

RACIONALIDAD FORMAL O RACIONALIDAD HERMENÉUTICA PARA EL DERECHO DE LAS SOCIEDADES COMPLEJAS.

Autor: Carlos María Cárcova

Profesor emérito, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Correo electrónico: cmcarcova@derecho.uba.ar.
<https://orcid.org/0000-0002-5906-5875>

(Formal rationality
or hermeneutical
rationality for the law
of complex societies)

Fecha de recepción: 12 de enero de 2017.
Fecha de aceptación: 25 de marzo de 2017.

Resumen: Preguntándose por la racionalidad que el complejo fenómeno de la juridicidad demanda, el autor indaga en los debates contemporáneos confrontando el explicativismo y el comprensivismo epistemológico en relación con el pensamiento moderno y el tiempo de los derechos, aportando al debate desde el punto de vista de la teoría crítica, desde la cual hace énfasis en la necesidad de 'despurificar la teoría', apostando por una renovada visión epistémica que pone en la centralidad las cuestiones del lenguaje, visto el derecho como una práctica discursiva.

Palabras clave: Racionalidad, Teoría Crítica, Análisis del discurso; Derecho; Hermenéutica.

Abstract: Asking himself for the rationality that the complex phenomenon of the juridicidad demands, the author explores in the contemporary debates confronting the explicativism and the comprehensive epistemology in relation to the modern thought and the time of the rights, contributing to the debate from the point of view of the critical theory, from which he emphasizes the need to 'deflate the theory', betting on a renewed epistemic vision that puts in the centrality to the questions of language, seen the law as a discursive practice.

Key-words: Rationality; Critical Theory; Discourse Analysis; Law; Hermeneutics.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



30

Jul. 2017-Dic 2017

Nuestrapraxis. Revista de Investigación Interdisciplinaria y Crítica Jurídica, año 1 / no. 1, Jul-Dic 2017, pp. 30-44. ISSN 2594-2727.

1. La racionalidad y sus fundamentos epistémicos.

El término “racionalidad”, como el de “lógica” o “sistema”, gozan de prestigio y por ello son usados no sólo en sentido estricto, sino, con mayor frecuencia, en sentido figurado. Así se habla de “racionalidad administrativa” o de “lógica productivista” o de “sistema de enmiendas”.

Sin embargo, lo que resulta racional en el campo del conocimiento es el entramado de conceptos, prácticas y elaboraciones que responden a ciertos fundamentos epistémicos. Es conocido que la epistemología como teoría del conocimiento científico, no como filosofía, tiene una historia relativamente reciente. Para muchos autores se desarrolla en línea con el pensamiento moderno y en su primera versión con apoyo en el método empírico (Galileo / Bacon), la filosofía de Descartes y la física de Newton. El exitoso despliegue de las ciencias naturales desde finales del s. XVII a la actualidad, le otorgó preeminencia a un modo de pensar la producción de conocimientos que, desde la física, se extendió al resto de las ciencias naturales y conquistó, más tarde, también a buena parte de las ciencias sociales.

Baste recordar que Augusto Comte, el padre de la sociología, denominaría a una obra principal, *Tratado de física social*. Su idea acerca del conocimiento social se basaba en el método empírico, en la observación y la experimentación y en las premisas del fisicalismo, el causalismo y el monismo metódico, compartiendo esa perspectiva con John Stuart Mill. Resulta así construida una mirada acerca del conocimiento y la racionalidad, que adopta el nombre de explicativismo / positivismo y que adquiere sus desarrollos más elaborados dentro del empirismo lógico con Carl Hempel y en un registro más autónomo, con Karl Popper.

Pero a finales del siglo XIX surge otra corriente epistémica que se nutre de influencias post-kantianas y post-hegelianas; entre sus integrantes se encuentran figuras de gran porte como Dilthey, Simmel, Weber, Windelband, Rickert, Croce y Collingwood, entre otros. Ellos rechazan las premisas monistas y sostienen la especificidad del conocimiento social que fundan en otras nociones; comprensión, empatía, tipos ideales de conducta, socialización, cuestión semántica, construcción del sentido.

Esta corriente que también incluye a positivistas críticos como John Dray o Elizabeth Abscombe, termina denominándose “comprensivismo” y confronta en el campo de las ciencias sociales con el explicativismo, en una pugna aun no superada, que lleva más de dos siglos.

Por último, a mediados del siglo pasado surge una tercera perspectiva epistémica genéricamente denominada como “nueva ciencia” o constructivismo, que introduce variaciones y problemáticas de nuevo tipo, de la mano de autores como Winner, Bigelow, Von Foester, Von Glasserman, Varela y Maturana y Luhmann, entre otros. Aquellas problemáticas refieren a la idea de propósito, función, sistema, retroalimentación, autopoiesis, teleología, incertidumbre, complejidad o riesgo.

Frente a este matizado panorama, es posible preguntarse: ¿cuál es el tipo de racionalidad que el complejo fenómeno de la juridicidad demanda y cuál ha demandado en el pasado? En este punto seguramente las respuestas serán discrepantes, según se trate de distintas escuelas de pensamiento jusfilosófico, jusnaturalistas, positivistas, críticos, realistas, trialistas, etc. Sospecho, sin embargo, que podrían ponerse de acuerdo en que en los últimos treinta años, para poner



una fecha aproximada, se ha producido un cambio, una mutación en relación con los criterios de racionalidad y sus bases epistémicas, que al derecho conciernen.

Intentaré probarlo con referencias que no podrán sino ser sintéticas y esquemáticas.

2. ¿Cuál de los Kelsen?

Ciertamente los jusnaturalistas, tanto en su versión objetivista, medieval y religiosa, cuanto en su versión subjetivista, racionalista y utilitarista, tienen el mérito de haber luchado denodadamente para mantener en la agenda de los juristas los temas de la legitimidad y la justificación. Durante las primeras décadas del siglo XX parecía que habían perdido esa batalla, a expensas de la impronta kelseniana, que tuvo y mantuvo una fuerte preponderancia teórica. Sin embargo, como argumentaré más adelante, las cosas empezaron a cambiar a partir de los años 60' del siglo pasado y hoy por hoy, aquellos temas de la legitimidad y la justificación, quizás resemantizados, están en discusión permanente en todo el mundo, aunque por lo general, habiendo perdido sus envolturas metafísicas (El caso de Robert Alexy debe ser una de las pocas excepciones en este aspecto) y enmarcadas en otros presupuestos conceptuales.

Pero volvamos a Kelsen y su concepción del derecho. La visión canónica acerca de este autor, por muchas razones emparentado en diversos aspectos con el paleo positivismo, nos presenta una idea de derecho como ciencia formal, ajena a los contenidos de las normas, entre las que se establecen relaciones de jerarquía y procedimiento. El derecho sería un tipo de conocimiento a-valorativo, basado en una premisa cognitiva, "la *gründnorm*" de la cual toda validez es inferida. El derecho sería políticamente neutral y decididamente autónomo, en relación con la moral y con el mundo del ser, con el mundo de la facticidad y, por ello, diverso de las ciencias sociales que se ocupan de la conducta humana, de manera ajena a sus dimensiones normativas, de manera, diría Kelsen, causal y no imputativa.

El derecho se piensa, entonces, como un conjunto finito de prohibiciones, más una norma de clausura expresa o tácita, que establece que todo lo que no está prohibido está permitido.

Antes de mostrar que contemporáneamente lo jurídico parece definirse por el lado de los derechos y no de las prohibiciones, me gustaría señalar que la lectura deconstructiva de la versión canónica, nos muestra a otro Kelsen, sorprendentemente más político y menos formalista. Casi como un hermenéutico crítico. No puedo aquí desarrollar exhaustivamente esta otra mirada, por lo que aludiré a algunas cuestiones incluidas en la teoría que parecen contradictorias con lo señalado anteriormente y que me resisto a suponer que constituyen errores, inadvertencias, o simples recursos tendientes a preservar la coherencia de la teoría, puesto que Kelsen fue durante toda su larga vida, un hombre de gran honestidad intelectual.

La cuestión más importante, en mi opinión, concierne a la teoría de la norma como marco abierto de posibilidades. A través de ella la voluntad del juez (facticidad) se vuelve necesariamente constitutiva en el proceso de adjudicación, tanto como la voluntad del intérprete en general (legislador) al aplicar la norma constitucional. La actividad de los operadores se torna paradigmáticamente política, entendiendo este término como selección preferencial de finalidades sociales. La cuestión se vuelve más explícita con su idea acerca de la norma alternativa. Frente a la objeción de cómo explicaría la validez de una norma pasada en autoridad de cosa juzgada que, por ejemplo, exorbitara el máximo de la pena en ella prevista, Kelsen contesta que todas las normas poseen un contenido explícito y otro implícito que opera como alternativo. El primero diría: frente al ilícito la pena a aplicar deberá ser de "x" a "y"; el segundo diría "o lo que el juez decida en cada caso".



Sumemos su teoría de la “desuetudo” y de las lagunas (todos estos aspectos han sido tratados con su habitual claridad por el Prof. Ricardo Guibourg en su trabajo de tesis doctoral, al que remito “brevetatis causae”).¹ Me permito aludir en el mismo sentido, finalmente, al giro copernicano que introduce Kelsen en su teoría, poco antes de su muerte, al explicar con precisión y claridad que la naturaleza epistémica de la norma fundamental no es la de ser una hipótesis cognitiva, como sostuviera durante más de 40 años, sino la de una “ficción completa” en el sentido tematizado en su “Tratado del como si”, por Hans Vahinger. Con los elementos referidos, puede concluirse que por entre brumas axiomáticas se atisba la imagen de un hermenéutico. Algunos datos biográficos resultan coadyuvantes para alentar esta otra visión² del gran maestro de la pureza metódica. Me refiero a ellos en nota al pie.

Hans Kelsen dice que su hermenéutica es la de su discípulo Fritz Schreider: la interpretación es cognición y también valores, voluntades, intereses.

Años más tarde será Tulio Ascarelli el que retomará esta línea que no es puramente formalista y que introduce una interesante distinción entre texto y norma. Para el maestro italiano, donde los juristas ven normas hay apenas textos, puestos a disposición del intérprete para formular aplicaciones sucesivas. El texto ofrece una guía para la transitoria construcción de la norma decisoria, que es tarea del intérprete. La norma nace, cuando es el resultado de la especificación del texto respecto de un caso concreto. En su conocido ensayo sobre “Antígona y Porzia”, Ascarelli sostiene que esta última no se entretiene en especulaciones acerca de evanescentes naturalezas jurídicas. Actualiza el texto convencional legitimándolo: “una libra de carne sí, pero sin derramar una gota de sangre”.

En un sentido semejante, dos autores contemporáneos, Jack Balkin y Sanford Levinson, han conceptualizado al derecho como una “performing arts”. El derecho sería como una partitura musical, un guión cinematográfico, una obra de teatro o una Constitución. Fenómenos que requieren actualizaciones de sentido, requieren al autor y además al intérprete y por cierto a la audiencia que co-actúa, intersubjetivamente, porque celebra o rechaza, aplaude o silba.

Tal como nosotros lo apreciamos -volveremos sobre el asunto- la interpretación en un acto complejo, heurístico, hermenéutico, político y cultural, que carece de resultados unívocos. No hay, como dice Calvo González, verdad en las sentencias. A lo mas, verosimilitud.³ Y bien, hasta aquí tenemos severos interrogantes, ¿cuál de los Kelsen posibles resulta más adecuado?

¿Podemos pensar que el tránsito de un ordenamiento jurídico pensado como prohibición y sanción, hacia otro pensado como organización de facultades y de derechos, ha puesto en juego una nueva racionalidad jurídica?

1- V. “Derecho, sistema y realidad”, Ed Astrea, BsAs, 2010.

2- En julio de 1932 se produce un golpe de estado en Prusia. El Gral. Von Papen destituye (“suspende”) el gobierno socialista de Braun Severing. Se plantea un litigio y finalmente el Tribunal Constitucional Alemán convalida el golpe basándose en los argumentos del Kromjurist, en el caso, no por acaso, Karl Schmidt. En noviembre, en la Revista Die Justia, H.K sostiene que en el amplio marco interpretativo de la norma aplicable, cualquiera de las posiciones de las partes, podría ser acogida, aunque se inclina por la más democrática.

Entre 1926 y 1927, siendo juez constitucional, resuelve de manera contradictoria una cuestión acerca de la dispensa de competencia en caso de “cosa juzgada administrativa”. Primero dice que no puede revisarse por el tribunal la cosa juzgada administrativa. En la segunda oportunidad el contexto político y social se ha tornado más ominoso y vota por revisar la cosa juzgada administrativa, sellando su suerte personal, pues debe renunciar a la presidencia del tribunal y emigrar de inmediato. La construcción que auspicia no es lógica, sino explícitamente política y debe huir de la Austria de los obispos, como la llama su amigo S.Freud. (Los datos se han tomado de la obra “Hermenéutica Jurídica Radical” del Prof. de la Univ. De Sao Paulo, Dr. Ari Marcelo Solon, Mimeo, 2013.)

3- [“La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo”, en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, IV Serie, LXX-VI, Fasc.1, 1999, pp. 27-54. También en Id., Octroi de sens. Exercices d’interprétation juridique-narratif, Les Presses de l’Université Laval, Québec, 2007].



Si fuera así, ¿ella está más vinculada con una tarea argumentativa basada en convenciones, o en una tarea hermenéutica?

Y en ese caso, ¿quiénes y cuántos son los intérpretes?

3. El tiempo de los derechos dispara nuevas y distintas controversias jurídicas

Por cierto, pensar lo jurídico a partir de los derechos, reclama comenzar por los denominados derechos fundamentales que en las últimas décadas han encontrado consagración positiva no sólo en tratados y declaraciones internacionales, sino también en las Constituciones de la enorme mayoría de los países de tradición democrática en el mundo entero. Hablar de derechos fundamentales es pues, a mi ver, co-extensivo de hablar en términos de democracia radical.

Pero que algunas normas sean fundamentales en un ordenamiento jurídico, es diferente a que lo sean en alguna concepción filosófica, ética, religiosa o política, sostiene Gianluigi Palombella, desde una postura, digamos, neopositivista⁴. Este autor entra decididamente en el análisis de esas nuevas controversias antes aludidas. Algunas de ellas parecen importantes y definitorias y otras más superficiales. A las últimas, sólo las aludiré, y en las primeras habré de detenerme brevemente.

Ante todo, cabe señalar que los ordenamientos jurídicos se encuentran siempre precisados de una justificación y de imponerse más allá de los conflictos. Pero esa justificación debe provenir en la visión positivista antigua o actual, no de un ámbito filosófico, ético o religioso, sino de su propia estructura, la positivación del derecho lleva esa procura, haciéndolo depender, sobre todo en el positivismo tradicional, en forma fundamental del poder político. Al mismo tiempo, como pensaba Rousseau, el derecho debía limitar el poder de la política. Luhmann sostiene, con acierto, que garantizar los derechos fundamentales refuerza la fe en el Estado, cuyo poder así aumenta, pero además, el derecho no solo protege a los individuos contra el Estado, sino que estructura el ambiente de la democracia para consolidar al Estado como subsistema social, posibilitando una actividad comunicativa más eficaz e influyente. El poder limitado, resulta más potente. Esto es lo que permite comprender a los derechos fundamentales como una conquista no sólo del ciudadano sino también del Estado.⁵

La idea de que los derechos fundamentales adquieren justificación por la función que cumplen como garantías para los individuos y como datos funcionales que estructuran y dan sentido a la actividad del Estado, resulta interesante pero no resuelve otras cuestiones como el carácter normativo, los fundamentos de su aceptación, la coordinación de acciones, etc.

Estos problemas han sido especialmente discutidos por dos corrientes teóricas de fuerte influencia en el ámbito anglosajón, en la perspectiva del liberalismo democrático. La historia comienza, posiblemente, con la aparición de la celebrada obra de Herbert Hart "El Concepto del Derecho" (Abeledo-Perrot, Bs.As, 1963) que constituyó una exitosa y reconocida culminación de sus investigaciones y trabajos previamente publicados. Sus ideas tuvieron un rápido y generalizado impacto y en cierto sentido desplazaron los ejes impuestos por la perspectiva kelseniana.

Tres o cuatro años más tarde comienzan a conocerse los ensayos críticos de Ronald Dworkin que, desde mediados de los sesenta, escribe y debate infatigablemente, hasta su muerte, recientemente acaecida. En controversia plena con las posiciones de Hart, que derivan hacia el llamado

4- Aut. Cit. "La autoridad de los derechos", Ed. Trotta, Madrid, 2006.

5- "Il diritto fondamentale come Instituzione", Ed. Dédalo, Bari, 2000.



convencionalismo e incluyen a un conjunto grande y destacado de discípulos como Coleman, Lewis, Postema, Marmor, Shapiro, Bratman, entre muchos otros. Cada uno, debe advertirse, con sus matices y perspectivas propias.

Antes de entrar en el análisis somero de este debate, quisiera volver a algunas controversias a las que aludí en el inicio de este apartado.

3.1. Palombella, ya citado, dedica un largo trecho de su obra a la discusión acerca de la semejanza y la diferencia entre los llamados derechos fundamentales y los denominados derechos humanos. Las finas distinciones a las que se puede arribar en este punto, no son a mi entender relevantes. Por cierto, los derechos humanos tienen por referencia a los seres humanos de manera directa y los derechos fundamentales serían más amplios en cuanto abrazarían intereses y objetivos transpersonales. Pero en este asunto no me parece que haya más que criterios de uso del lenguaje. Se homologan unos conceptos con otros y se utilizan indistintamente. Los explicitaciones semánticas, cuando necesarias, expuestas en el plano comunicativo resuelven el problema.

3.2. Otra cuestión que ha sido discutida acerca de los derechos fundamentales, es si ellos deben considerarse únicamente declarativos mientras no se reglamenten, o si en cambio poseen fuerza normativa plena e inmediata operatividad. Se sostuvo que algunos eran derechos que implicaban obligaciones negativas del Estado que podían satisfacerse fácilmente, mediante la abstención. Bastaba con no impedir, no obstruir, no perturbar el ejercicio de ciertos derechos, por ejemplo el derecho de propiedad. Distinto sería el caso de las obligaciones positivas. Pues estas ponían prestaciones a cargo del Estado, que demandaban previsiones y recursos presupuestarios. La falacia de esta argumentación ha sido claramente denunciada entre otros por Victor Abramovich y Christian Curtis en relación a los derechos sociales.⁶ Por cierto, el Estado precisa recursos y los invierte tanto en un caso como en el otro. ¿Cómo protegería la propiedad privada sin registros, catastros, fuerza pública, etcétera?

Se trata de prioridades y políticas selectivas que pueden privilegiar unos valores por sobre otros, en un marco de equilibrio y sensatez democrática. Afirmar lo contrario es invertir al poder de burda inmoralidad. Te prometo, pero para no darte.

3.3 Otra discusión frecuente refiere al carácter universal o relativo de los derechos fundamentales. Como ha dicho Ernesto Laclau, el universalismo es sólo un particularismo triunfante que deviene hegemónico y crea las representaciones del mundo que le resultan funcionales. Estamos en el siglo XXI, convivimos en la globalización, que nos ha permitido entender las diferencias, provenientes de tradiciones, culturas e historias heterogéneas. Los seres humanos tienen muchos denominadores comunes, pero practican distintas religiones, ingieren alimentos muy diversos, tienen distintas filosofías, poseen sistemas de representaciones acerca de lo bueno y lo malo, de la sexualidad y de la higiene que no son homologables.

A los occidentales puede parecerles propio de la naturaleza humana, el valor igualdad, pero si quieren ser respetuosos de la igualdad de otras culturas, debieran aceptarlas con sus diferencias y particularismos. Lo contrario sería fatalmente contradictorio.

3.4. Otra de las cuestiones discutidas en torno a los derechos fundamentales tiene que ver con una disputa que evoca lejanamente la de Kelsen/Schmitt sobre quién es el guardián de la Constitución.

Se trata ahora de resolver el papel que debe atribuirse en la custodia, construcción y control del despliegue individual y social de los derechos fundamentales, a los distintos poderes del Estado.

Las tesis más radicales en contra del control de legalidad y legitimidad por parte de los jueces en relación con la producción legislativa, las viene sosteniendo el autor neozelandés Jeremy Waldron, lamentablemente seguido en esta cuestión por un activo publicista de nuestro

6- "Los derechos sociales como derechos exigibles", Ed. Trotta, Madrid, 2002.



medio. Repasemos algunas de las ideas generales de Waldron, antes de argumentar sobre el rol de los poderes.

El autor piensa, en eso estamos de acuerdo, la política como conflicto, lo que genera innúmeros desacuerdos en la vida social, que son más relevantes que las visiones clásicamente homogeneizadas del liberalismo actual.

Los desacuerdos que considera, no incluyen a aquellos vinculados con los intereses. De otro modo, Waldron no quiere entrar en la cuestión de las diferencias sociales y de la desigualdad, a pesar de que sostiene su preocupación por la dignidad humana y la autonomía de las personas. Sin embargo, como dirían Peces Barba o Ferrajoli o Sen, sin igualdad no hay libertad y sin libertad no hay dignidad. Curiosa postura de un neozelandés dado que su país aloja una población indígena maorí que alcanza a un 30% del total de habitantes, que vive severos problemas de segregación y aculturación. Suma curiosidad la circunstancia que, por otra parte, el autor piensa que el *derecho a la participación* es el más importante de los derechos de una democracia, porque es el que restituye a todas las personas como iguales. ¿Cree Waldron, seriamente, que en Nueva Zelanda los maoríes y otras minorías étnicas, pueden participar de la vida política, en condiciones de igualdad con neozelandeses y europeos migrantes, que suman el 70% restante de la población?

Sería de mayor interés intentar una crítica pormenorizada de la obra de Waldron, que para muchos autores termina en una franca aporía (Bayon). Pero sólo puedo señalar algunos temas y confrontar su idea en relación con los poderes. Su teoría versa, en mayor medida, sobre la autoridad y la democracia que sobre la justicia. Defiende a ultranza una concepción “mayoritarista” de la política, olvidando que la democracia no es sólo voluntad mayoritaria, sino también respeto y reconocimiento de las minorías. Los valores que defiende se encarnan en el Parlamento que se constituye, opina, mediante la voluntad popular. Argumenta que la judicatura es un poder contramayoritario, porque no es elegido popularmente y sostiene que también los jueces votan y deciden sobre la base de la ley de la mayoría, lo que probaría el carácter sistémico de un modelo democrático.

En oposición franca a esta postura y tomando el ejemplo más próximo de nuestra experiencia nacional y latinoamericana, diré:

Es un recurso retórico “malicioso” denominar “contramayoritario” al Poder Judicial. Podría denominárselo “no mayoritario”, pero al decir contramayoritario parece indicarse que siempre está contra las mayorías, lo que es obviamente falso.

Luego, el proceso de selección de los magistrados incluye en diversas etapas la opinión y decisión de parlamentarios, al principio y al final del procedimiento mediante el cual serán seleccionados. En ese procedimiento intervienen representantes de los tres poderes del Estado y también abogados y académicos.

Vayamos ahora a las representaciones parlamentarias. ¿Son éstas realmente elegidas por los votantes o las listas de candidatos (sábanas) se forman en el seno de las burocracias partidarias y los ciudadanos solo tienen como opción “take it or leave it”?

El sistema de sanción y subsiguiente control de la legalidad y legitimidad de las leyes resulta de la participación en distintos grados e instancias de la actividad complementaria de los tres poderes, con más el control de la sociedad civil que tiene posibilidad de intervenir en las audiencias públicas y producir impugnaciones o denuncias durante el proceso. Esto parece responder adecuadamente a los requerimientos de la sociedad compleja.

Todo lo anterior no significa, ni de lejos, apostar al gobierno de los jueces. Ya se ha visto, en los últimos tiempos, cuán negativas consecuencias ello puede implicar. Se trata de que la democracia de nuestro tiempo, demanda pluralidad y coordinación que no puede quedar en manos de un solo poder.



Una futura reforma constitucional debería recoger la interesante experiencia de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que adjudica al más alto Tribunal local competencia difusa, como la que posee cualquier juez del país y también competencia concentrada.

En este supuesto, cualquier habitante capaz puede interponer acción para que se declare la inconstitucionalidad de una norma sancionada. Quien demande debe formular su planteo en abstracto, sin que ello implique la formación de un “caso”, ni que el actor posea interés legítimo o derecho subjetivo afectado. El Tribunal puede rechazar la acción o acogerla; en este caso, declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada y remite la sentencia a la Legislatura. Este cuerpo tiene 90 días para manifestarse: puede insistir con mayoría calificada, en la viabilidad de la norma que entonces permanecerá vigente. Si no se pronuncia en el plazo previsto, la norma se entenderá tácitamente invalidada.

Este mecanismo establece una especie de reenvío, que es funcional para una coordinación más adecuada y complementaria de la producción legislativa.

3.5. Por último, la más compleja y gravitante de las polémicas que el tiempo de los derechos, como lo hemos denominado, parafraseando al gran Norberto Bobbio, ha desplegado con abundante producción bibliográfica, es la que divide a “convencionalistas” por un lado, y “hermenéuticos” por el otro. Como siempre ocurre, estas denominaciones no son necesariamente precisas, pero cuando ganan aceptación generalizada, facilitan los intercambios argumentativos.

Ya se ha visto que H. Hart alcanza gran influencia con su obra “*El Concepto de Derecho*”, al inicio de los 60. Desde su perspectiva los fundamentos de las proposiciones jurídicas son determinados por criterios compartidos acerca del uso del propio concepto de derecho. Elabora la muy divulgada noción de “regla de reconocimiento”, mediante la cual los súbditos identifican un cierto núcleo de normas básicas y a los órganos instituidos que con recurso a dicha regla, podrán intervenir en la producción y aplicación del derecho. La regla de reconocimiento no surgiría de convenciones específicas, sino de comportamientos coordinados y complementarios de los individuos. Para Palombella (op. cit), los derechos fundamentales son reglas de reconocimiento. La idea de Hart que tiene un fundamento socio-antropológico, coincide con las investigaciones de Arthur Ghelen y con las nociones desarrolladas mucho antes por David Hume, para quien las reglas que explican lo jurídico, no poseen un fundamento natural, racional o de naturaleza presocial, sino convenciones humanas (conf. G. Postema). Tales convenciones que no son acuerdos explícitos y formales, sino un sistema de comportamientos coordinados, surgen para resolver problemas propios de la interacción humana. No se trata de promesas recíprocas, sino de expectativas de conducta generalizadas. Concepto que N. Luhmann prácticamente homologa en su definición de derecho, con la que también coincide Habermas.

En el tránsito de “*El Concepto de Derecho*” al “*Postscriptum*”, texto en el que Hart contesta las críticas de R. Dworkin, la noción de “convencionalismo”, como regularidades sociológicas que resultan de la vida social, recibe de su parte plena aceptación.

Gerald Postema⁷ sostiene que la proyección actual de las evocadas ideas de Hume, implica:

- a) Que las interacciones sociales generan convenciones.
- b) Que las mismas se materializan en un sistema de reciprocidades.
- c) Que las acciones y las expectativas de las partes son interdependientes.
- d) Que las convenciones no son naturales, sino artificios humanos.

Esta actividad compartida cooperativamente, como también la caracterizan Coleman y Sha-

7- “The normativity of law”. In *Issues in contemporary legal philosophy*, Oxford, Clarendon, 1987



piro, implica para Postema que la unidad del sistema jurídico es garantido por la “regla del reconocimiento”, que instituye el sistema de validez de sus normas, permitiendo el reconocimiento compartido de las autoridades.

Al concluir esta “jibarizada” presentación del convencionalismo, no puede obviarse un singular mérito de Hart. A él le cupo introducir en el campo de la teoría jurídica el “giro lingüístico”, apoyado en el primer Wittgenstein.

Con ello amplió y enriqueció significativamente su problemática y puso en discusión cuestiones que el positivismo lógico había dejado de lado: el tema de la objetividad y el conocimiento como representación, por ejemplo.

El impulso que la filosofía del derecho gana con el aporte hartiano y el de sus discípulos, no protege sin embargo al convencionalismo, de las perseverantes e implacables críticas y objeciones que le dispensan Ronald Dworkin y sus seguidores, mediante una estrategia discursiva sin duda afortunada, pues consiguen, en particular Dworkin, tratar con claridad arduos núcleos filosóficos y referirse siempre a temas que interesan necesariamente a juristas prácticos, abogados y jueces. Desde los alcances de la democracia hasta el aborto, la eutanasia, el sistema de salud, etc. Además, claro, de las cuestiones más teóricas sobre el concepto de derecho, la hermenéutica, la normatividad, los principios, la moral y en general sus muchas perspectivas innovadoras.

En “*El modelo de Reglas I*”, Dworkin sostiene que, a pesar de intentar describir el derecho Hart, no lo hacía de manera adecuada, pues la regla de reconocimiento no podía tener sólo una dimensión fáctica, sino también valorativa. Dado que al lado de las normas jugarían su papel los principios, toda interpretación jurídica contendría argumentación moral. Las razones para la acción, sostiene, no implican mera coordinación compartida de conductas, sino también de valores. Este aspecto pone en crisis la separación positivista entre derecho y moral.

La deriva de esta confrontación produjo alto impacto en el positivismo, al punto de generar una ruptura entre quienes se mantenían consistentes con sus posiciones tradicionales (Raz) y quienes reconocían alguna razón a la crítica dworkiana. De ahí la emergencia de un positivismo excluyente: “el derecho y la moral son órdenes distintos de fronteras infranqueables» y un positivismo incluyente, que admite cierta capilaridad en la frontera. Podría decirse que los positivistas incluyentes constituyen en la actualidad opinión mayoritaria (muchos han sido citados en el ap. 3).

Desde la perspectiva de Dworkin el convencionalismo falla al tratar la dimensión argumentativa del derecho, que él concibe, precisamente, como una práctica social de esa índole; falla al describir la normatividad que las prácticas exhiben; no describe acertadamente la tarea interpretativa de los jueces; no advierte que los individuos usan normativamente, lenguaje moral en el ámbito jurídico. En los juegos de lenguaje el sentido de lo verdadero se basa en las mejores justificaciones, que implican valores concurrentes, contruidos en los intercambios en la esfera pública. Por último, el convencionalismo carece de respuesta, sostiene Dworkin, sobre la vigencia del derecho en situaciones de disputa o desacuerdos en la vida social.

Hasta aquí he tratado de describir una parte importante de los debates actuales sobre el derecho que constituyen al mismo tiempo, un cierto modo de racionalidad, como se ha visto, en el marco de serias discrepancias. Lo he hecho, intentando no deformarlas, ni inclinarme por alguna de ellas en función de mis propias convicciones. Debo confesar que esto no me ha resultado difícil, pues las posiciones expuestas precedentemente padecen a mi juicio de una grave enfermedad que podría denominarse *miopía liberal severa*. Ellas refieren a los derechos y al juego de las instituciones democráticas, con notoria y casi sorprendente abstracción respecto de las cruciales diferencias existentes en las sociedades humanas reales. Asimetrías sociales, económicas, étnicas, culturales, de género, de opción sexual, etc. Los grupos que interactúan, no coordinan sus acciones ni en función de expectativas compartidas, ni de principios morales que puedan considerarse comunes



a todos ellos. Interactúan en el marco de sus propias identidades y mediante estrategias a partir de las cuales, defienden sus intereses y visiones del mundo. En la interacción social hay una marca indeleble de conflictualidad.

El valor igualdad es el principio iluminista que menos hemos conseguido concretar y como dicen los pensadores igualitaristas que he mencionado y otros que no he mencionado, sin igualdad no hay libertad. La igualdad es la condición de posibilidad de la libertad, pero lo cierto es que vivimos en sociedades abominablemente discriminatorias, discriminación que se materializa desde el poder, la violencia, el prejuicio, el egoísmo acaparador. Y este no es sólo un problema de las sociedades capitalistas fundadas en la lógica del mercado y el utilitarismo individualista, también lo es de otros contextos civilizatorios, a veces en grados aun más insidiosos. Sin embargo, Waldron no quiere ocuparse de los intereses, pero supone que un sistema mayoritarista y parlamentarista, constituiría garantía de igualdad; Hart y sus seguidores piensan que la sociedad funciona mediante convenciones y conductas de reciprocidades institucionalizadas; Dworkin afirma que los derechos permiten defender la autonomía de los individuos contra las decisiones colectivas, es decir, contra la autonomía pública, contestando de esa manera la legitimidad postulada por autores como Habermas y Darenhdorff de un discurso deliberativo, de naturaleza igualitarista y redistributiva.

Con el mayor respeto ¿no precisa ese ambiente teórico de un “oftalmólogo de los valores”? ¿No perciben estos autores la realidad de la miseria, la exclusión y la marginalidad; de la discriminación racial; o de género, etnia o religión; no les llegan los ecos de las bombas arrojadas sobre poblaciones civiles en Irán e Irak, ni tienen noticia de las lapidaciones femeninas en algunos países orientales; ni de los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, ni del aumento repentino de las epidemias que creíamos superadas hace ya años? ¿Será que el derecho, los derechos, el Estado, las instituciones, las deliberaciones, no tienen incumbencia en estas cuestiones o son en cambio el único camino racional (uso la expresión *ex profeso*), el camino regio para construir sociedades humanas más justas, más equitativas y más libres?

Es claro que hay otras líneas de pensamiento a las que no hemos aludido. En la tradición anglosajona el Movimiento de los Critical Legal Studies, autores como Neil MacCormick, Stanley Fish, Owen Fiss, Robert Post, Reva Siegel o Jack Balkin; y muchos otros. Y luego los europeos más emblemáticos: Ferrajoli, Foucault, Habermas, mencionados a efectos metonímicos, las teorías sistémicas, las líneas controvertidas y ricas de naturaleza argumentativa de muchos españoles e italianos, Boaventura de Souza Santos, el pensamiento latinoamericano. Quiero decir, hay juristas que no se escapan del mundo e intentan lidiar contra sus peores rostros.

4. El punto de vista de la teoría crítica.

Como es conocido el punto de vista crítico se ha diferenciado de las líneas teóricas tradicionales en el campo de la jursfilosofía por enfatizar, básicamente, dos cuestiones: la necesidad de “depurificar la teoría”. Es decir, la necesidad de entender el derecho como un fenómeno de naturaleza y estirpe social, alejado de las visiones objetivistas de las ciencias naturales y de las visiones puramente deductivistas de las ciencias formales. Asumiéndolo como un producto histórico de la evolución de las sociedades humanas, constitutivo de la construcción de sentido en la interacción social, en intercepción y cruce permanente con diversas dimensiones de la socialidad; con la economía, con la política, con el poder, con la ideología, con la moral, etc. b) la apuesta a una renovada visión epistémica. Todo conocimiento crítico, desde Heráclito para acá es visto como conocimiento interviniente. Esto es, al desplegarse sobre el objeto que tematiza lo modifica, lo recompone, lo transforma. La objetividad del conocimiento en el campo social es intersubjetividad y el lugar del



observador en el campo, su perspectiva diría Husserl, no es indiferente al modo en que aquel puede aprehender el objeto que observa. Reductivamente planteados, estos presupuestos epistémicos cercanos a algunas tradiciones comprensivistas, en particular la de Alfred Schutz y a algunos presupuestos sistémicos, explican el modo y las finalidades de las intervenciones teóricas de la crítica jurídica. En la actualidad, esta corriente está particularmente interesada en los desarrollos que ha realizado el Movimiento denominado “Law and literature”, específicamente en los autores del enfoque denominado “Law as literature”. En otros términos, en el punto de vista de quienes piensan que constituye un aporte valioso y además insoslayable, incorporar los desarrollos contemporáneos de la semiótica y de sus múltiples ramas, a la teoría jurídica. Entre aquellas ramas aludo a la teoría del discurso, a la semiótica del texto, a la narratividad, a la teoría de la recepción, etc.

Ya se recordó que Hart y la corriente del análisis del lenguaje natural, acercaron al campo del derecho las reflexiones del primer Wittgenstein y tematizaron un importante campo problemático que en una ya célebre polémica entre Carrió y Soler, pasó a denominarse como el de “las palabras de la ley”.

Sobrevino entonces una muy útil teorización acerca de las incertidumbres del lenguaje o mejor sería decir de las palabras que integran los lenguajes naturales, todas ellas portadoras de ambigüedad, vaguedad y textura abierta. Se abría así un panorama extraordinariamente interesante y prometedor para la jusfilosofía. Sin embargo, el positivismo analítico derivó hacia otros problemas: el de las lógicas deónticas, es decir, el de los lenguajes artificiales y, abandonando la ruta que se había abierto; no prestó atención al segundo Wittgenstein y su preocupación por los usos del lenguaje y la pragmática de la comunicación y con ello olvidó o ignoró que los problemas del lenguaje se alojaban también en unidades de sentido más complejas que las palabras; de forma particular aunque no excluyente en lo que al derecho concierne, en los textos. Y los textos ofrecen además de los problemas ya conocidos otros, de los que se ocupan numerosas disciplinas que, por cierto, no se enseñan en las Escuelas de Derecho, salvo raras excepciones. Por citar sólo algunas a manera de ejemplo: a) *la autoreferencialidad del lenguaje*: con palabras hablamos entre otras cosas de palabras, construimos textos que tienen por objeto de reflexión otros textos, lo cual obliga a distinguir niveles del lenguaje y hacerse cargo de problemas que la lingüística estudia, pero el derecho no, como son los de intertextualidad, paratextualidad, contextualidad, etc. b) el sentido circula al interior de los textos bajo la forma de *tropos del lenguaje*, esto es, metáforas, sinécdoques y metonimias, que implican desplazamientos de sentido. Así, cada acto de lectura, aun el que el mismo sujeto pueda realizar en forma más o menos sucesiva, reaviva el sentido, lo que lo torna potencialmente diferente, porque el sujeto no es el mismo sujeto, en cada nuevo acto de lectura y porque los contextos y los paratextos pueden venir a jugar su misión rearticuladora.

En el diseño propuesto por el paleo positivismo aplicar la ley era cuestión de lectura y deducción lógica. En la medida de lo posible, había que entender los textos de la manera y con el sentido con que ellos habían sido sancionados oportunamente (en USA el llamado “originalismo”) y en caso de dudas, aplicar el método interpretativo “correcto”, que no sería otro que aquel que condujera a desentrañar la “verdad” de la o las normas aplicables, partiendo además de la premisa de que saber en cada caso cuál era la norma o set de normas aplicable, resultaba una cuestión naturalmente obvia. Kelsen que se animó a afirmar tempranamente que el acto de adjudicación no era sólo un acto de conocimiento, sino también de voluntad, escandalizó a la Academia y tuvo, en los hechos, esto es, en los Tribunales, poca influencia. Más allá de su innegable talento, él mismo no es ajeno al reproche. Fue precisamente su concepción acerca de la pureza metódica del derecho, lo que aisló la teoría jurídica de la teoría social y de las humanidades, artificiosa y arbitrariamente, de modo que esta última llega tarde al encuentro de problemáticas que tienen larga historia en disciplinas como la filosofía, la historia o la antropología.

Los lingüistas nos han explicado que no existe estabilidad del signo, es decir, que las palabras no dicen siempre lo mismo y que el sentido del que son portadoras se modifica y transforma en



términos históricos, científicos, políticos, valorativos, etc., al hilo de las propias transformaciones sociales. Ello implica que la pretensión de leer siempre el mismo texto, es ilusoria. Por otra parte el texto no se autoabastece. Es mudo, no dice que es lo que dice. Necesitamos un lector. No hay texto sin lector, dice Umberto Eco. Del mismo modo cabe afirmar que no hay norma sin intérprete; no hay derecho sin jueces o cualquier otra denominación que le otorguemos a los aplicadores. El derecho se vale permanentemente de expresiones que son lábiles semánticamente: buen padre de familia, mujer honesta, salario justo, vivienda digna, debidos cuidados. El legislador o el juez deben explicitar sentidos, concretar significaciones y por cierto, lo hacen en términos sociales y no solipsísticos, porque como decía Wittgenstein, toda interpretación es social. Por cierto tal circunstancia les atribuye un enorme poder político, pero como he sostenido en otro texto⁸, una visión del proceso y por ende de la adjudicación, que desmonta ficticias seguridades al no presentarlo ya como el resultado de prolijos y aceitados 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 “tribunalcia”. Las actuales perspectivas teóricas, no implican irracionalidad, sino otra racionalidad, al colocar en distinto marco conceptual el análisis de algunas problemáticas tradicionales e inducen a explotar el enorme desarrollo de la lingüística contemporánea.

4.1 Otra epistemología; más semiótica

El advenimiento de las llamadas nuevas ciencias (teoría de sistemas, cibernética, neurociencias, autopoiesis) vino a proponer una nueva perspectiva epistemológica, denominada por lo general como “constructivismo radical”⁹. 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”, lo “objetivo”, 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.

A partir del lenguaje y de la comunicación como fenómenos inherentes a la interacción social, la subjetividad o mejor la intersubjetividad, queda restituida en un lugar de especial significación en el proceso de producción de sentido y de aprehensión del mundo.

Desde una tal epistemología, resulta claro que la perspectiva de una interpretación unívoca o mecánica aparece como ingenua o ideológica. La interpretación unívoca remite al formalismo, al mecanicismo, al universalismo, es decir, a todo aquello que la nueva epistemología y la crítica jurídica han venido a poner en cuestión.

La adquisición del conocimiento en general y también del conocimiento jurídico implica el tratamiento de procesos de significación. De allí que la semiótica resulte imprescindible a los fi-

8- “Ficción y verdad en la escena del proceso”, en *Las Teorías Jurídicas post positivistas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

9- V. entre otros, Ernst Von Glaserfeld, “La Construcción del conocimiento” en *Nuevos Paradigmas, Cultura y Subjetividad*, Paidós, Bs.As., 2002, p- 91 y ss.



nes de su producción e interpretación controladas, sin que por ello su papel sea menos relevante en las situaciones en las que se lidia con las cualidades sensibles de los objetos y de los individuos, que ponen también en discurso sus pasiones.¹⁰

Como afirmaba Luis Prieto¹¹, la semiología no se muestra como una atomización de conocimientos dispersos, sino como una relación coherente de los sistemas de comunicación y de sus consiguientes usos sociales.

Umberto Eco en su *Tratado de Semiótica General*, ha realizado un enorme esfuerzo por sintetizar las tradiciones relativamente divergentes representadas por Saussure y sus seguidores (semiología) y por Pierce y los suyos (semiótica), a partir de entender la producción de signos como una fuerza social en sí misma, capaz de desencadenar otras fuerzas sociales. Para el talentoso autor que menciono, una teoría de los códigos (de significación) exhibe las conexiones secretas y ocultas de un sistema cultural determinado. El cambio en los estados del mundo –sostiene– no podría materializarse si tales estados no son concebidos como sistemas semánticos, pues transformarlos requiere nombrarlos y organizarlos. La producción de signos produce ideología y también crítica de la ideología. Por ello, la semiótica constituye una forma de crítica social, es decir, una manifestación de la praxis.¹²

Dado que el derecho puede concebirse como la más importante estructura de comunicación y de interacción social del mundo que nace con la modernidad, parece claro que entender su específica forma de organización, su carácter textual y no textual, la manera en que operan al interior del discurso que le es propio, las nociones de código, mensaje, recepción, demandan estudios de semiótica general y de semiótica jurídica, tal como tempranamente lo advirtiera Luis Warat. La complejidad de esta problemática, al mismo tiempo filosófica, epistémica y disciplinaria, también recusa la posibilidad de una interpretación pacífica, ineludible y transparente de los textos normativos.

4.2 La teoría del discurso.

Los estudios del discurso han resultado de enorme interés para las ciencias sociales contemporáneas y aunque reconstruir una noción precisa, resulte una empresa compleja por la extrema multivocidad del término, es posible desde una perspectiva digamos “técnica”, entender al discurso como un *acontecimiento comunicacional, interacción verbal o proceso social de producción de sentido*. Se trata del análisis de *quién* utiliza el lenguaje, *cómo* lo utiliza, *para qué* y *cuándo*, de modo de poder formular una teoría sobre las relaciones entre el uso del lenguaje y las creencias, en el marco de la interacción social.

Con ese alcance, abarca los textos tanto escritos como hablados y estudia fenómenos de homóloga interlocución, tanto en los primeros como en los segundos, puesto que el lenguaje escrito tiene también destinatarios/receptores, cuyo papel dista de ser pasivo en la constitución del sentido, como tampoco lo es el conjunto de circunstancias y situaciones que rodean al acto de recepción. Luego, puede afirmarse que la teoría del discurso comprende la comunicación verbal, los textos y los contextos.

Desde un punto de vista estructural el discurso consiste en una secuencia proposicional, dispuesta en un cierto orden. Gestos, movimientos, posturas, volumen elocucional, completan el sentido de la interacción verbal; cuando la interacción es textual, la intertextualidad y la contextualidad,

10- Conf. Ana Atorresi, “Los estudios semióticos”, Ed. Conicet, Montevideo, 1996.

11- Aut. cit. “Semiología de la Connotación”, en Pertinencia y práctica, Barcelona, G.Gilli, 1977.

12- V. Op cit., Barcelona, Lumen, 1981, p.457



cumplen igual misión. Finalmente el sentido alude siempre a ciertas representaciones semánticas.

Algunos autores, como Herbert Grice, destacan que la comunicación demanda cooperación; por parte del emisor, administrando de manera adecuada la cantidad de información, la cadencia y la forma en que es transmitida, por el lado del receptor con disposición para la escucha. Cuando el proceso falla, el sentido queda finalmente constituido por operaciones del polo receptivo, a partir de lo que el autor denomina *implicaturas*, para distinguirlas de las implicaciones lógicas; las primeras son interpretaciones basadas en mensajes no satisfactorios y por tanto reconstructivas de su sentido. En esta tesis, como en las de Wolfgang Iser, se pone énfasis en la estética de la recepción como dato constitutivo del mensaje, privilegiándose de tal modo el papel del receptor/lector en la concreción del sentido.

El análisis del discurso atiende, además de las reglas semánticas y sintácticas, las formas deliberadas o no, con las que los usuarios se comunican a través de procesos estratégicos. Las representaciones mentales que provienen de la lectura de un texto o de la escucha, no constituyen reproducciones mentales mecánicas, esto es, no copian sentidos portados en los mensajes, sino que deconstruyen y reconstruyen sentido, utilizando elementos conversacionales, textuales y contextuales, conjuntamente con el conjunto de creencias que los usuarios ya poseen antes de iniciar la comunicación. Y así como el contexto influye en el discurso, éste puede modificar el contexto. Como explica con acierto Teun A. Van Dijk, cuyas ideas parafraseamos “...en todos los niveles del discurso encontramos ‘huellas’ de un contexto en el que las características sociales de los participantes desempeñan un papel fundamental, se trate del género, la clase, la filiación étnica, la edad, el origen, la posición u otros rasgos que determinan su pertenencia a un grupo”.¹³

Hace ya muchos años intentamos, con apoyo en estas y otras categorías teóricas, reconstruir una noción discursiva para el derecho. Lo caracterizamos (hablo aquí en plural porque fue una tarea colectiva en la que Alicia E. C. Ruiz y Ricardo Entelman pergeñaron las ideas fundamentales) como una práctica social específica, de naturaleza discursiva, que expresaba los niveles de acuerdo y conflicto en una formación social determinada. Su especificidad, sosteníamos, provenía de la posibilidad de distinguirla de otras prácticas (políticas, económicas, morales, etc); se trataba de un discurso, en tanto proceso de producción de sentido, que albergaba tres niveles, el de las normas, el de las interpretaciones de las normas producidas por los operadores jurídicos -de modo particular en el proceso de adjudicación- y el que operaba en el imaginario de la sociedad, bajo la forma de creencias, informaciones, lugares comunes, mitos e ideologías, referidas al derecho. Esos niveles eran distinguibles sólo analíticamente, en la práctica se articulaban y rearticulaban recíprocamente, en un juego incesante de circulación de sentido que coagulaba, precipitaba, circunstancialmente, en un producto legislativo o en una decisión judicial, para pasar de inmediato a formar parte nuevamente del proceso. El sentido incorporado a las normas por el legislador se aloja en un texto que es mudo, como dice José Calvo González; para hacerlo hablar se necesita de los lectores, pues es sabido, no hay texto sin lector¹⁴. De modo que aparece así el aporte de los diversos lectores, abogados, escribanos, practicantes, amateurs y jueces, estos últimos los lectores/interpretes paradigmáticos. Pero la actividad del Juez, su lectura/interpretación de las normas debe acoplarse, ecualizarse, con muchas otras interpretaciones, las de las partes, los testigos, los documentos, los peritajes y ese complejo proceso, que toma en cuenta la jurisprudencia vigente y la doctrina actualizada, no deja de lado tampoco las experiencias existenciales que constituyen a los magistrados como seres sociales situados. En este aspecto es que el imaginario de la sociedad, el sistema de

13- Aut. Cit. “El estudio del discurso”, en *El discurso como estructura y proceso*, Gedisa, Barcelona, 2000, p.43 ss.

14- *Comunidad Jurídica y Experiencia Interpretativa (Un modelo de juego intertextual para el Derecho)*, Ed. Ariel, Barcelona 1992.



representaciones sociales (el contexto) cumple su papel operativo. El resultado será el que produzca la intercepción articulada de los textos (normas), las interpretaciones acerca de los textos y las representaciones sociales vigentes. Estas ideas, fatalmente esquemáticas en el presente contexto, las comenzamos a divulgar en los tempranos 70 con menos información, pero seguramente mayor intuición de la que ahora disponemos. Ellas guardan fuertes semejanzas con un divulgado trabajo de François Ost, en el que juega con la metáfora del derecho de la posmodernidad, como encarnado por Hermes, el dios mensajero, modesto intermediario en la circulación incesante del sentido y en la construcción de los juegos del discurso.¹⁵ Cómo lo manifestamos al inicio de este texto, traducir, es decir, interpretar las normas es un proceso complejo, heurístico, hermenéutico, político y cultural, carente de resultados unívocos. No hay verdad en las sentencias, sino verosimilitud.

Estas notas deben concluir aquí, pues ya han excedido la extensión prevista. No puedo dejar de señalar que he intentado, de los múltiples aspectos a considerar, comenzar por los de rango más general: epistemología, semiótica, discurso. Sin embargo, quedan pendientes de tratamiento cuestiones de gran importancia: el impacto producido por el denominado "Law and Literature Movement"¹⁶, en particular por los desarrollos actuales de las teorías narrativas; la originalidad de muchas de las tesis expuestas en una pequeña gran obra, transformada ya en un clásico, "La fábrica de historias" de Jerome Brunner y la vastísima literatura existente sobre las cuestiones de la interpretación (Gadamer, Ricoeur, Iser, Davidson, entre otros).

Tal como se ha expuesto en este último apartado, el enfoque crítico postula una racionalidad distinta como marco actual para la aprehensión de la problemática jurídica. Ella parte de presupuestos epistemológicos que asocian conceptos comprensivos y constructivos; piensa al derecho como producto histórico, positivo, público y social; señala el conflicto y la contradicción entre grupos hegemónicos y grupos subordinados en la estructura social, como dato constitutivo de lo jurídico, que cumple una función paradójica: a la vez que sirve para dar estabilidad y reconduce ciertas formas de distribución del poder, sirve también, en contextos democráticos, para transformar las relaciones de poder con sentido progresivo.¹⁷

Atribuye centralidad a las cuestiones del lenguaje y a los desarrollos de la semiótica y concibe al derecho como una práctica social discursiva, es decir, productora de sentido. Sentido que se aloja en los textos, en las interpretaciones y en las representaciones sociales acerca de los mismos y también en prácticas materiales: arquitecturas, sitiales, togas, embanderamientos etc. Como se advierte nos alejamos de las versiones tradicionales de la teoría, pero también nos acercamos a muchos de sus planteamientos. Como Dworkin, enfatizamos el papel de la hermenéutica y creemos que el debate acerca del sentido de las normas implica contenidos morales vigentes en una determinada cultura de época. Como Hart sostenemos que el derecho es creación humana y positiva. Como, Kelsen que los jueces crean derecho y que sus funciones específicas y las características propias del lenguaje les otorga un poder que, señalamos no se hipertrofia porque sobre ellos pesan determinaciones y limitaciones que provienen de distintos niveles de la estructura social. Ya hemos expuesto nuestras importantes diferencias.

Lo cierto es que el debate contemporáneo se ha enriquecido y los esclarecimientos que él produzca, serán sin dudas, en consecuencia, más fructíferos.

15- François Ost, "Tres modelos de jueces y de derecho", *DOXA*, Alicante, N°14, 1993.

16- Una exhaustiva y calificada información puede encontrarse en André Karam Trindade y Roberta Magalhaes Gubert, *Derecho y Literatura: acercamientos y perspectivas para repensar el derecho*, ensayo con el que introducen los textos de una excelente compilación sobre el tema editada en dos tomos, por la Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.

17- V. C. M. Cárcova "Análisis Funcional del Derecho", en *Las Teorías Jurídicas post positivistas*, Ed. Abeledo- Perrot, Bs.As. 2012.

