

“Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”

Luis Aníbal Maggio¹

1. Universidad Argentina de la Empresa, Universidad de Morón, Argentina.

I: Al referirse a la ímproba labor de los juristas medievales, Savigny cuenta unos 47 jurisconsultos desde Ihering hasta Accursio. Son unos 160 años durante los cuales los glosadores reconstruyeron los textos, detectaron concordancias y contradicciones, intentaron conciliaciones, indagaron y explicaron en notas interlineales o marginales la real significación de las palabras de la ley, “cuya publicación y propagación sirvieron para formar, acreditar y constituir progresivamente la ciencia jurídica de aquellos tiempos”. “Volvían y resolvían en todos los sentidos como un labrador inteligente hace con sus campos”. Las glosas enlazadas en torno a un título formaban “*aparatus*”, los resúmenes “*sumae*”, las circunstancias legales referenciadas “*casus*”, las reglas o máximas extraídas de los textos “*brocardica*”. Se planteaban “*distinctiones*” (distinciones), “*dissensiones*” (disputas), “*quaestiones*” (problemas teóricos), etc.² “Con este método y con la interpretación literal más aguda, los boloñeses pudieron sistematizar toda la materia, establecer con seguridad los principios fundamentales y las ideas directrices, así como extraer las consecuencias lógicas: definir, distinguir, clasificar, unificar y luego eliminar dudas e incertidumbres, y, en breve, someter el pensamiento jurídico al análisis más intenso que jamás haya habido en la historia”³.

El aserto “*ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*” aparece como “*brocardica*” en Azon 18,3. Aun cuando no conste en la grilla medieval y la de Savigny, el término “*aforismo*”, si nos atenemos a la etimología griega y latina, es muy probable que haya sido utilizado desde mucho antes en el ámbito del saber jurídico. No obstante, y dado que trataremos sobre las generosidades del lenguaje, si vemos la definición que ofrece el Diccionario y los términos semejantes habitualmente utilizados, bien podemos considerar al que es objeto de este trabajo como un “*aforismo*”.

Según la RAE, aforismo es “*frase o sentencia breve y doctrinal que se propone como regla en alguna ciencia o arte*”. Se suele mencionarlo también como *sentencia*, *máxima*, *apoteagma*, *refrán*, *axioma*, *dicho*. En la fraseología del derecho, “*prima facie*” podríamos relacionarlo con el concepto de “*regula*” de Paulus⁴, pero en este caso se trataría de una “*norma*” en su momento positivizada, mientras que el enunciado que estamos considerando es fruto de la experiencia jurídica; no sería un mandato jurídico sino una pauta de interpretación, un acto “*ilocucionario*” o “*perlocucionario*”, no sólo “*locucionario*” (vid. *infra* actos del habla).

“*Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*” (en otras, “*nec nos distinguere debemus*”): donde la ley no distingue, no debemos distinguir. Donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir. Dicen que decía Sócrates que quien sabe el significado de las palabras sabe todas las cosas. Aristóteles comienza el abordaje del concepto de justicia por el examen de las palabras⁵ También San Pablo apreciaba su valor comunicacional (“si ignoro el sentido de las palabras, seré como un extranjero para el que me

2. M. Ortolan, *Historia de la Legislación Romana*. Ed. Hijos de Leocadio López, Madrid, 1912, págs.503/515.

3. Riccobono, S: *Roma, madre de las leyes*. Ed. Depalma. Bs.As. 1975, pág.16.

4. *Regula est, quae res quae est breviter enarrat*. Dig. 50.17.1. Trad. García del Corral. Jaime Molina Editor, Barcelona 1859. Tomo 3.

5. *Etic. Nicomaquea*. UNAM, México. 1954. V, 1129 a y b, págs..105/7.

habla y él lo será para mí”)⁶, y, según la regla hermenéutica de Santo Tomás⁷, por allí ha de iniciarse todo proceso interpretativo (“*omnes sensus fundantur super unum, scilicet litteralem, ex quo solo potest trahi argumentum*”), preceptiva a la que no es ajena nuestro ex Código Civil (art. 16) que, sólo si no alcanzan ni las palabras ni el espíritu de la ley para resolver una cuestión, remite a otros recursos interpretativos como la analogía y los principios generales del derecho. Similares pautas establece el artículo 2 del actual Código Civil y Comercial. Porque, claro, quedarse en el limbo de las palabras sin llegar a las realidades que designan, es como quedarse columpiando en los “*flatus vocis*” del nominalismo. El mismo Austin (infra) nos advierte que el lenguaje no es la última sino la primera palabra⁸. Los romanos prudentemente emparejaron la cosa: “*Verbum “ex legibus”: tan ex legum sententia, quam ex verbis*” (“La frase “en virtud de las leyes” ha de ser entendida así: “tanto según el espíritu como según las palabras de la ley”⁹, cita que es sólo una de las 246 que componen todo un título del Digesto (“*De verborum significatione*”) como para que no queden dudas sobre “de qué estamos hablando” cuando hablamos en el lenguaje del derecho.

Desde estas coordenadas intentaremos en esta comunicación examinar si pudiera resultar posible interpretar la letra y/o el sentido de la ley sin hacer distinciones cuando la ley no distingue.

II: La calidad normativa de este aforismo ha sido largamente evaluada y halagada como fuente de “seguridad jurídica” y “claridad jurídica” al posibilitar el conocimiento anticipado y cierto de las conductas reguladas y su aplicación por los poderes del Estado, y se sostiene histórica y científicamente en sólidas razones iusfilosóficas. Responde nítidamente a la concepción del llamado “realismo aristotélico” de la que, al par de la Stoa, son tributarias las bases filosóficas de la jurisprudencia romana. Sólo existen los seres entes particulares (no las ideas platónicas), pero consisten en un universal abstraído de ellos por el intelecto. Es la “forma” “ousia”, causa o “esencia” que hace que cada cosa sea lo que es y no otra cosa¹⁰.

Hay pues una relación cabal entre la existencia (óntica) de los seres y la esencia (ontológica) de la que participan, abstraída por el intelecto humano, representada mentalmente en el concepto, traducida lingüísticamente por la definición y expresada en un juicio que será verdadero en cuanto produce una “*adequatio rei et intellectu*” (teoría de la correspondencia). Es por todo ello que no hay ciencia de lo particular y el afán de conocimiento del humano se orienta a descubrir en las cosas lo exacto, lo perfectamente determinado, lo universal, lo esencial definitorio de cada ente¹¹. De tal postura gnoseológica derivan las máximas “*clara non sunt interpretanda*” e “*interpretatio cessat in claris*”

6. San Pablo: 1. *Corintos*.14, 11. La Biblia Pueblo de Dios. Ediciones Paulinas. Buenos Aires, 1980, pag.2315.

7. Santo Tomás: *Summa Theologiae*. BAC, Matriti, MCMLXXVIII. Tomo I, Quaestio 1, 10, pág.13. Etiam: “*Providentissimus Deus*”. Ench.Bibll. N.92.

8. L. Austin. *Philosophical Papers*. Oxford Univ, 1961, págs. 130/31.

9. Dig.L.XVI,6,1. Op.cit. Tomo 3.

10. Aristóteles. *Metafísica*. Ed. Sudamericana, Bs.As. 1978, 1ra.ed. Trad. Hernán Zucchi. 1012b/1015a, pág.3239.

11. Cfr: Abel JAristegui, *La coprogramación definitoria de la Filosofía y los principios que la rigen*. Bs.As. Talleres Gráfico Registro Oficial, 1991, cap.2, págs. 18/23.

(doctrina de la claridad), abundantemente cultivadas en el ámbito jurídico.

A la luz de estos principios, la lógica tradicional distingue entre proposición y juicio. “La proposición verbal enunciativa consta de palabras, que, a su vez, se componen de letras. Es un producto del lenguaje, constituido por estos elementos. En cambio, el juicio que se expresa en la proposición no consta nunca de palabras y los elementos del juicio, los conceptos, no se componen nunca de letras. Por otra parte, el juicio está formado por conceptos que no son nunca elementos de una proposición verbal. Por lo demás, la diferencia que existe entre la proposición y el juicio se manifiesta en el hecho de que con una misma proposición, en casos distintos, pueden expresarse juicios muy diferentes. A ello corresponde que también un mismo juicio (al menos en algunos idiomas) pueda expresarse con distintas proposiciones”¹². “En el juicio pueden distinguirse tres capas: la lingüística, la lógica y la objetiva. Todo juicio se nos presenta como una forma lingüística. Esta forma lingüística se llamará proposición. Formulamos juicios con las proposiciones que son, por tanto, como el ropaje exterior del juicio. En una capa más profunda se encuentra el juicio mismo que constituye la capa lógica oculta bajo el estrato gramatical. Como a su vez el juicio se dirige al objeto o situación objetiva, éstos constituyen por así decirlo la capa ontológica, subyacente bajo el estrato lógico”. El conocimiento supone una relación entre un sujeto y un objeto que se interrelacionan y afectan reciprocamente ¹³. En síntesis, la proposición es la forma lingüística, juicio es lo expresado sobre algo. La “definición” (de-finire) traduce la “esencia” de la cosa, cuyas notas conformantes contiene el concepto.

La concepción cientificista de la Filosofía del Derecho marcha en dicha orientación al paso de autores notables como von Ihering, Savigny, Radbruch, Larenz, Bentham, etc. El declarado propósito de “conceptuar el derecho”, es decir, de perfilar un concepto exacto y cabal del fenómeno jurídico produce en la Teoría del Derecho aportes de enorme valía como los de Hans Kelsen, John Austin, el danés Alf Ross y otros importantes autores. Para esta visión cientificista racionalista, los conceptos tienen una entidad objetiva clara, distinta e inteligible que hace innecesario cualquier intento de interpretación. Según la leyenda, ante la primera tentativa de interpretación del Code Civil, Napoleón habría exclamado: ¡mi Código está perdido! Entre nosotros, el gran penalista que fuera Sebastián Soler aspiraba a conceptos jurídicos tan exactos como los de la geometría¹⁴. Bueno, en cuanto a restringir y hasta prohibir las interpretaciones, los romanistas pueden competir aliados de Juliano, Adriano y especialmente Justiniano¹⁵, no sin advertir que, en nuestra modesta opinión, las motivaciones difieren. Mientras que para el racionalismo los conceptos y las definiciones lucen con radiante nitidez despejando las nubes de las incertidumbres, para los romanos eran siempre entidades peligrosas y vulnerables a las alteraciones¹⁶, por lo que necesitaban ser acotadas para su uso correcto.

III: El Estagirita muestra gran preocupación por la equivocidad del lenguaje con

12. A. Pfander. *Lógica*. Espasa-Calpe. Bs.As-México, 2da.edic, 1940, págs. 43/44.

13. Johannes Essen. *Tratado de Filosofía*. Ed. Sudamericana. Bs.As. 1957, Tomo I, Segunda Parte, Introducción, págs.227/239.

14. S. Soler, *Las palabras y la ley*. Ed. Praxis Jurídica, última edic. Bs.As. 2018.

15. Justiniano: *De confirmatione Digestorum*. Dig. Op.cit, tomo I.

16. Dig. Op.cit. L.XVII,202.

respecto al “sentido” en que han de entenderse la justicia y la injusticia. El término “ser” –sentenció para la posteridad– se dice de diversos modos, tiene muchos significados, pero todos ellos en relación con algo único y con una naturaleza única. “Todos estos significados no tienen una mera coincidencia nominal, sino que... los diferentes significados del ente están referidos a un principio único”. “Es imposible encontrar los elementos de los seres si antes no se distinguen los múltiples significados del ente. Y si las palabras carecen de significado, se elimina la posibilidad de diálogo con los demás y con uno mismo”. “Concédasenos, que la palabra tiene un significado”¹⁷. En cuanto a los desajustes entre la norma general y los casos particulares, atribuye la dificultad no a la ley o el legislador sino a la “naturaleza del hecho concreto”¹⁸.

Los romanos desconfiaron de las definiciones, cuyo peligro trataron de conjurar con la batería de aquellas 246 aclaraciones mentadas precedentemente, sin perjuicio de legión de otras que abundan en los distintos autores y evidencian sus precauciones por la precisión, claridad y justeza verbales¹⁹. En esta concepción emanada del realismo aristotélico, la verdadera significación de las palabras es la que integra y conforma el concepto y expresa la definición que, aunque en su generalidad pueda ser imprecisa y peligrosa, convenientemente “reperfilada” lleva a una adecuada correspondencia entre el intelecto y la cosa, al par que posibilita una identidad de comprensión entre los hablantes²⁰.

El interés exploratorio por el sentido de las palabras caracteriza las indagaciones de la Lingüística moderna, de la Filosofía del lenguaje y la Teoría de la comunicación con novedosos y sustanciales aportes que han hecho tambalear la construcción tradicional. Las teorías modernas de la interpretación, desde diversas perspectivas y fundamentaciones, convienen en que los textos legales no son acabadamente claros y deben ser interpretados. Sin quedar abolida, la concepción cientificista fue sucedida por la llamada versión “conceptualista” del derecho, sustentada por las citadas disciplinas, especialmente en clave de la tradición analítica aplicada en el mundo del derecho. Extenso en demasía y no tolerable para los límites de esta comunicación sería exponer cabalmente sus indagaciones y logros en esos campos del conocimiento, pero permítasenos al menos consignar su principales y perdurables mojonos.

El lenguaje ordinario, como es cosa sabida, puede ser abordado desde tres enfoques: sintáctico (coherencia del lenguaje consigo mismo), semántico (significación de lo mentado) y pragmático (uso intersubjetivo en distintos niveles). El enfoque pragmático, que dichas y otras disciplinas ponen en la mira, ha dado lugar al llamado “giro lingüístico” que contempla en el fenómeno de la intercomunicación verbal la expresión de la racionalidad humana y la posibilidad de llegar a acuerdos racionalmente sustentables²¹.

El ángulo visor de la tradición jurídica frecuenta dos niveles de conocimiento: sintác-

17. Aristóteles, *Metafísica*, op. cit, IV 1003^a, I,992^a, IV 1006^a,b. IX, 1051^a.

18. Aristóteles. *Ética Nicomaquea*, op.cit, V,1,10, pág.130.

19. Dig, op.cit, L.XVII,202. Dig. L.XVI: *De verborum significatione*. Sobre este tema cfr. Actas Congreso sobre Principios y principios romanos. UFLO, Bs.As.2019.

20. Dig, op.cit. Tomo 3, L. XVII.

21. Cfr: J. Habermas, *Facticidad y Validez*. E. Trotta. Madrid,1998, cap.I, págs..63/82. G. Fernández Comp, *El giro aplicado*, UNLa, R.de Escalada. Pcia.Bs.As. Autores varios, 2002. A. Cortina, *Ética Comunicativa*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Vol.2. Concepciones de la Ética. Ed. Trotta. Madrid,1992, págs. 177/198.

tico y semántico. Gottlob Frege (1848-1929), matemático, filósofo y padre de la lógica moderna, alemán, en su obra “Escritura Conceptual” propuso un dispositivo lingüístico nuevo a fin de evitar la ambigüedad y asistematicidad del lenguaje ordinario, al par que permitiera expresar la forma de las proposiciones y la cadena deductiva de los razonamientos con la máxima precisión, mediante reglas explícitas y rigurosas. En la Filosofía del lenguaje introdujo las nociones de “sentido” y “referencia” que habrían de influir en la filosofía analítica posterior. Para Frege es importante la noción de “significado”, que está compuesta por dos elementos: el sentido (Sinn) y la referencia. El sentido es una entidad abstracta (no mental o psicológica) que determina las propiedades que debe tener un objeto para calificar como tal y consiste en un conjunto de propiedades o datos descriptivos que sirven a los hablantes para determinar el “referente”. El sentido incluye una forma peculiar de ver o caracterizarlo (al objeto), lo que se conoce como “modo de presentación”. Los “sentidos” equivalen a los “conceptos”. Los enunciados considerados verdaderos son conocidos en razón de la experiencia o en razón de su significado. No hay otras fuentes de conocimiento más que el dato de los sentidos o el significado que le damos al enunciado. Los conceptos, entonces, en vez de una representación mental de la esencia de la cosa, son “significados” que, al ser aprehensibles por el uso, requieren un tercer nivel de conocimiento: el pragmático.

La teoría del significado pasa a ocupar una posición dominante en la Filosofía del lenguaje contemporánea en paralelo con el movimiento cultural del llamado “giro lingüístico”. Uno de los importantes autores de los que podríamos hacer mención es Hilary W. Putnam (1926-2016), matemático, filósofo e informático norteamericano que desarrolló, junto con Saul Kripke y otros, la teoría causal de la referencia y formuló una teoría del significado propia inventando la noción de externalismo semántico. El autor considera que el problema central de la semántica es un problema de significación: las distinciones sentido-referencia y extensión-intención tienen como objetivo clarificar la ambigüedad del lenguaje presente. Al respecto de que una palabra pueda tener varios sentidos, Putnam propone una solución idealizada que consiste en considerar a cada sentido de cada palabra como palabra diferente, entendiendo que el repertorio de sentidos está fijado de una vez y para siempre.

En consonancia con esta visión, el filósofo del lenguaje Michael Dumett (1925-2011), filósofo británico, desarrolla una teoría del significado: propone que para erigirse como tal, dicha teoría requiere, en primer lugar, de una teoría de la referencia (que especifique el valor semántico de las expresiones, es decir, los valores semánticos); en segundo lugar, de una teoría del sentido (ya que cada expresión posee un valor que le es propio, o mismo, un rol semántico); y por último, una teoría de la fuerza (que ponga en relación el significado de las proposiciones con las diferentes situaciones pragmáticas). Dumett enfoca la teoría de la significación como una teoría de la interpretación, entendiendo esta última como “comprensión” (aquello que conocen los hablantes cuando hablan). Para satisfacer una teoría de la comprensión, es necesario preguntarnos acerca del funcionamiento del lenguaje. Así, Dumett propone tres requisitos para una teoría de la significación: debe ser atomista o molecular (partes de la proposición y su relación), y no holista (donde las partes dependan del todo para ser comprendidas); asimismo, debe ser vigorosa (que pueda explicar puntualmente el significado de las expresiones), y no modesta (carente de valor explicativo); y por último, debe ser rica y no austera (que

contemple no solo el conocimiento de los participantes, sino también el conocimiento de su condición). Tales nociones, importadas de lenguaje natural, pueden colaborar para superar los escollos a los que a menudo suele enfrentarse la dogmática jurídica en su tarea interpretativa de la ley. En este sentido, una teoría del lenguaje rica desemboca en un conocimiento de los roles semánticos (a diferencia de una teoría austera que no puede más que aspirar al conocimiento de los valores semánticos a secas). Acceder a los roles semánticos, implica penetrar a una condición por la cual reconocemos las situaciones bajo las cuales puede significarse el enunciado establecido. Este acceso, guarda alguna semejanza con el método de identificación del espíritu de una ley, aplicado a menudo por la dogmática jurídica²².

Ludwig Wittgenstein (1889-1951), célebre por su “Tractatus”, aborda posteriormente uno de sus conceptos más relevantes: el juego del lenguaje. Mientras para Hume, Locke y otros los conceptos son representaciones mentales y para Frege sentidos, para este autor equivalen a “habilidades”. La definición de una palabra es una tarea desesperada. La definición explica algo mediante palabras que, a su vez, necesitan ser explicadas por otras palabras que también necesitan ser explicadas y así llegamos a un ingreso al infinito. Si vamos a una definición “ostensiva” (que designa el objeto al que se refiere) nos encontramos con una pluralidad de palabras que no designan ningún objeto: y, o, por qué, etc. Se hace pues necesaria otra estrategia de abordaje como la que ofrece el uso de las palabras que permite identificar el “significado” de las mismas y para ello deben fijarse ciertas reglas. Wittgenstein propone el “principio de verificación modificado”: cada situación vital tiene su lenguaje, no se utiliza, por ejemplo, el lenguaje del biólogo, del físico para hablar del amor. El significado de cada palabra depende del uso concreto, nadie habla de la misma manera al inspector de tránsito que a la novia, el médico de cabecera al paciente, el político al público. Al vincularse el lenguaje con la acción humana, el sentido de una palabra surgirá de su utilización en un contexto, de su lugar en un hecho y resultará de una estrategia lúdica ante las circunstancias. Tenemos entonces los “juegos del lenguaje”²³. Cada coyuntura vital tiene su lenguaje. Las proposiciones de la ética, como de la estética, son proposiciones de sentido indeterminable. Puesto que no habla de hechos, sus proposiciones no se rigen por la lógica. Los imperativos éticos son absolutos y categóricos, pero no pertenecen a la razón sino al ámbito de lo místico, son incomunicables²⁴. Los juegos del lenguaje son variadísimos (aporta muchos ejemplos en Cuaderno marrón (1934-1935) y en las Investigaciones filosóficas, tomando como clásico el ejemplo del “lenguaje del constructor” de San Agustín y tampoco generan definiciones precisas. En tales emergencias, Wittgenstein apela al uso de las analogías.

22. M. Dumett: *¿Qué es una teoría del significado?*, en J. M Valdéz Villanueva, *La búsqueda del significado*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, págs 307-409.

23. Cfr: R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima, Perú, 2007, 3,3.1,3 ,1,1,3,12, págs..84/92. Gerard Brand. *Los textos fundamentales de Ludwig Wittgenstein*, Alianza Editorial, Madrid, 1981, págs.68,80,102,115,138. C.W.K.Munde, Una crítica de la filosofía lingüística. FCE, Breviarios 249, México, 1ra edición 1975, págs..2017/324.

24. V. Camps, *Concepciones de la Ética*. Encic. Iberoamericana de Filosofía. Ed. Trotta. Madrid, 1992. Presentación, págs.11/27. L. Wittgenstein. *Conferencia sobre ética*. Paidós ICE, Barcelona, 2da.reimpresión, 1995, págs.33/63. A.T.Bassols, *El Tractatus y los límites de la significatividad*, en *Wittgenstein en Español*, autores varios, edic.UNLa, Lanús, 2009, págs..59,1103.

Michel Foucault no se contenta e intenta escarbar en el aspecto lingüístico de los discursos recurriendo al concepto angloamericano de “juegos (*games*) estratégicos de acción y reacción, de pregunta y respuesta, de dominación y retracción, y también de lucha”. El discurso en determinado nivel es para el autor un conjunto de hechos lingüísticos, pero polémicos en unos y estratégicos en otro²⁵.

John L. Austin (1911-1960), relevante filósofo británico, realiza una incursión que apunta a tal dimensión pragmática del lenguaje. Para ello distingue los actos de habla “locutivos” (realización del acto de decir algo), actos “illocutivos” (carácter del acto al decir algo), y actos “perlocutivos” (efectos del acto en el interlocutorio). “Denomino al acto de decir algo en este sentido normal y completo, la realización de un acto locucionario... incluye la emisión de ciertos ruidos, la emisión de ciertas palabras en una cierta construcción, y su emisión con cierto “significado” en el sentido filosófico favorito de esta palabra, i.e con un cierto sentido y con una cierta referencia”. El acto ilocucionario consiste en la “realización de un acto al decir algo como opuesto a la realización de acto un acto de decir algo”. Y perlocucionario es el acto que produce “ciertos efectos subsiguientes sobre los sentimientos, pensamientos o acciones del auditorio o del hablante o de otras personas. Llamaremos a la realización de un acto de este género, la realización de un acto perlocucionario”²⁶. Naturalmente, clasificación ha sido objeto de observaciones críticas y disensos, pero sustancialmente la triada se ha aposentado en la teoría lingüística y filosofía del lenguaje.

Sin lugar a duda, el lenguaje jurídico es una expresión de fuerte naturaleza pragmática y cierto significado prescriptivo, donde podemos entender esto último como una semántica prescriptiva (acto de ilocución). Es también posible pensar en la fuerza perlocucionaria de la norma jurídica como su condición de vigencia. Austin distingue además entre actos directos (donde el acto locutivo es equivalente al acto ilocutivo), y actos indirectos (el acto locutivo no es igual al acto ilocutivo). Quizá podría aspirarse a una máxima equivalencia entre las distintas dimensiones del lenguaje pragmático como la situación ideal a la que apunta la lectura e interpretación de la norma jurídica²⁷.

Por otra parte, Austin ha brindado esclarecedores aportes en cuanto a los usos del lenguaje. Desde este ángulo, el de la pragmática, el lenguaje se despliega a través de distintas significaciones. Un enunciado que narra informa o describe algo implica un uso “descriptivo” del lenguaje: la tierra es redonda, la vida es breve. En cambio, un enunciado que ordena algo hace un uso “prescriptivo”: ¡venga para acá! Pero también usamos el lenguaje para traducir ciertas impresiones como ¡la pucha!, ¡caramba!, ¡qué cosa! con lo que le damos un “uso expresivo”. Cuando el tío rico deja testado “lo instituyo mi único y universal heredero” o el Jefe del Registro Civil “los declaro marido y mujer”, el lenguaje desempeña una función, en estos supuestos la de crear un estado o situación jurídica; por cumplir aquí una “performance” se le designa como uso “preformativo” u “operativo”. Y

25. M. Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*. Ed. Gedisa. Barcelona, 1984, Conferencia Primera, págs.13/33.

26. J. L. Austin, *Philosophical Quarterly*, 1964, 14 (1964). G. Carrio, *Notas sobre el derecho y el lenguaje*. Abeledo-Perrot. Bs.As, 1986, 3ra edición. 1ra Parte, págs.37/48. C.W.K.Munde, *Contribución del prof. Austin a la lingüística*, op.cit, págs.. 111/127. R. Alexy, *Teoría de la aargumentación jurídica*, op.cit. La teoría de los actos del habla de Austin, A 3,1,2, págs.93/99.

27. R. Alexy, op. et loc. cit. A 3,1,2.

hay otros usos varios. “Perdido manantial, llanto sonoro/ dilapidado ayer en la ribera/ de la tribulación, ¡quién me dijera/ que pesarías en balanza de oro”. No importa si el poeta (Marechal) quiso describir algo, si lo expresado tiene algún significado racional u emotivo; la mejor manera de arruinar un poema es tratar de buscarle alguna explicación lógica, dejemos que esa tarea preocupe a los críticos, para nosotros es sin duda es un bello poema, nos colma de gozo estético²⁸.

Al análisis científicista sucede el “análisis conceptual” del derecho, especialmente merced a la obra de H. L. E Hart (1907-1992), británico, uno de los más importantes filósofos del derecho del siglo pasado. “The Concept of Law”²⁹, un verdadero hito en la literatura iusfilosófica, en la que resalta la equivocidad del concepto de derecho sobre el que no hay una respuesta valedera en cuanto a su naturaleza o esencia, que sería la preocupación de la teoría del derecho. A su entender, la principal misión de la Filosofía del Derecho es la del análisis de dicho concepto de derecho y otros relacionados, pero ante la dificultad de alcanzar una definición a la manera de Austin y Kelsen, en línea con la corriente de la filosofía analítica y el positivismo jurídico y, en base a los trabajos de Austin, Wittgenstein, Strawson y otros que acabamos de sintetizar, aplica el enfoque analítico a los usos del lenguaje cotidiano en la regulación normativa de las conductas, a partir de la “textura abierta del lenguaje”, a la que se debe una gran porción de los conflictos jurídicos. De lo que se trata es de explicitar las condiciones de los usos lingüísticos en los contextos sociales dejando de lado las esencias metafísicas sobre las que se estructuran diversas teorías definicionistas.

Hart, a diferencia de Raz, descrece de la posibilidad de lograr un “concepto” claro y definitivo del derecho, como fuera la preocupación de la teoría jurídica positiva anterior, a causa, como dijimos, de la “textura abierta del lenguaje” que, si bien en ciertos casos expresa un núcleo claro y preciso de significados, deja en otras zonas periféricas y penumbrosas susceptibles de diversas interpretaciones. De similar manera, las leyes generalmente perfilan un “caso típico” en torno al cual orbitan incertidumbres de distintos rostros. Propone entonces una metodología que, a diferencia del análisis científicista, desagrega y clarifica las partes sustanciales de los enunciados, ya que la ambigüedad y vaguedad del lenguaje ordinario dificulta la definición precisa de conceptos, como el de derecho, cuya equivocidad los hace susceptibles de diversas respuestas. En lugar de la búsqueda de exactitud, prefiere cierto método y propósito para satisfacer a la pregunta sobre qué es el derecho. Descompuestas y analizadas las distintas partes de los enunciados, se ensamblan en una nueva unidad de significación.

En el lenguaje del legislador puede lucir algunas palabras técnicas (habeas corpus, interdictos, etc.) pero en sustancia es el lenguaje usual, “vulgar”, de su comunidad que, como todo lenguaje, responde a determinadas reglas gramaticales y sintácticas, adolece de vaguedades y ambigüedades y ofrece distintos usos³⁰. Un enunciado se conforma en función de ciertas estructuras lingüísticas que mientan un campo semántico, una “refe-

28. J.L Austin. *Cómo hacer cosas con las palabras*. Paidós Estudios. Bs.As. 1990. Conferencia I, págs.40/ 52. Abate H. Bremond, *Plegaria y Poesía*. Ed. Nova, Bs.As. 1947, XI, págs. 103/107.

29. H.L.E Hart. *The Concept of Law*. Oxford University Press, 1961. G. Carrio Trad. *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Bs.As. 1977, cap.I, págs. 1/21.

30. G. Carrio, *Notas sobre el derecho y el lenguaje*, op.cit, 1ra Parte, págs..17/36.

rencia”, pero, a partir de Frege, como vimos, se advierte también “sentido” que otorga el verdadero “significado” de la expresión verbal o escrita, significado que, como señalara Wittgenstein, está modulado por los juegos del lenguaje, modulados a su vez por diversas circunstancias e intenciones.

Una misma significación puede expresarse de distintas formas, incluso no verbales. Con un simple gesto, el profesor puede indicar a los alumnos que se pongan de pie o el policía que un automovilista se detenga. La existencia de diversos idiomas hace que con distintos enunciados expresemos la misma significación: *“Alea jacta est”*. Si usted sabe latín o ha leído algo sobre Julio César, entenderá qué quiso decir: “la suerte está echada”. Mientras aquí sale el “arco iris”, en Francia aparece el “arc en ciel”, pero es la misma maravilla. Si retornamos a lo dicho respecto de Frege, este autor denomina “modos de presentación” del referente, a las expresiones divergentes de igual referencia, ej.: “el lucero matutino” y “el lucero vespertino”, ambas refieren a Venus.

En un mismo idioma con iguales palabras podemos estar expresando distintas realidades: “el gato es útil” quizá se refiere al felino que mantiene la casa indemne de ratas o al artefacto que auxilió a nuestro mal humor ante una pinchadura en la ruta; y hay otra especie de gatos, quizá no tan útiles como atrayentes. A la vez, con distintas palabras solemos expresar la misma realidad: “prohibido fumar”, “no se permite fumar”, “fumadores abstenerse”, tienen un mismo e inequívoco significado: no se puede (debe) fumar ³¹. Por otra parte, una forma de expresión puede tener diacrónicamente significados diversos (vgr. la referida a “la moral y las buenas costumbres”) o revelar su significación según las circunstancias o intenciones del hablante (actos de ilocución de J. Austin). Es que, como dijera Ortega y Gasset³², el significado real de cada vocablo depende de quién lo dice, a quién lo dice, cuándo y dónde lo dice, citando como ejemplo la palabra “negrita” que puede tener significado de color o racial, pero dirigida al camarero al entrar en una cervicería, inequívocamente se entenderá referida a la refrescante bebida. En la praxis jurídica, esa misma palabra puede ser una galantería cariñosa o una causal de divorcio. Tenemos la palabra “cosa”, quizá la más polisémica de todas. Los romanos llamaron al juicio “res litigiosa”, asunto litigioso. Cosa puede ser un objeto cualquiera, pero ser “cualquier cosa” puede ser una calificación menoscabante. “¿Cómo es la cosa?” pregunta un alumno que no entiende al profesor posmoderno y el interrogado se fastidia con un “pero qué cosa, ¡Éste no entiende nada!”. Es cosa de pensarlo, dice otro ante una propuesta interesante. No sea cosa que tenga otras intenciones, desconfiamos. ¡Qué cosa bárbara!, dice alguien ante algo fuera de lo común. Los filósofos se desvelan por la incognoscible “cosa en sí”, otros hablan de la cosa pública, de las cosas de la vida, del estado de cosas y Heidegger se despacha con un libro preguntándose “por la cosa”, pregunta de la que, aunque según el mismo autor, se reirían las mucamas, lo lleva a introducirse en el misterio de la “cosidad de la cosa”³³.

A propósito de las “cosas”, es interesante observar que, según Silvio Maresca, los romanos tuvieron la palabra “res”, pero los griegos no tuvieron ninguna para nombrarla. Los griegos usaban adjetivos neutros plurales (τα καλλα), y ante la dificultad de trasladar

31. <http://filosofia.blog.uces.edu.ar/files/2016/10/Luis-A.-Maggio.pdf>

32. *Del Imperio Romano. Concordia*, Rev. De Occidente, Alianza Editorial. Madrid, 1985.

33. M. Heidegger, *La Pregunta por la Cosa*, Ed. Memphis, Bs.As, 1992, A 1/6, págs. 13/31.

a otras lenguas las significaciones griegas de esos vocablos (καλοσ es bello, καλη bella, καλον, lo bello); cómo traducir el plural neutro τα καλλα?, los traductores optaron por “cosa” (res los romanos, cosa en español). Τα καλλα: cosas bellas³⁴. En “Ser y Tiempo”, Heidegger expresa: Los griegos tenían un adecuado término para “cosas”: πραγμα, es decir, aquello que se tiene que ver en el andar, que se cura de (πραξις). Pero dejaron ontológicamente en la oscuridad justo el carácter específicamente “pragmático” de los pragmata y lo definieron “inmediatamente” como “meras cosas”³⁵.

En la periferia de las palabras pueden emerger zonas de penumbras, de incertidumbres, susceptibles de diversas lecturas. Un hecho puede tener distintas consecuencias según ocurra de día o de noche, pero ¿qué diremos si ocurre al “anochecer”? En español tenemos palabras que podríamos llamar “escurridizas” para ser interpretadas o traducidas, vgr: huidizo, enamoradizo, enfermizo, resbaladizo, etc., que parecen camuflarse tan pronto queremos entenderlas. ¿Cuándo un conjunto de árboles es un bosque que se prohíbe talar? ¿Qué es una propuesta interesante? Una misma palabra puede responder a significaciones primarias u “oficiales” que distan de las de uso corriente. Cuando se usa una de esta últimas y el destinatario, al sentirse ofendido, pide explicaciones, el ofensor suele disculparse alegando que lo hizo con “otra intención” (la oficial de las Academias). “¡Fuego!” puede ser una orden en el campo de batalla o el grito de alerta ante un incendio. Con el avance de los medios de comunicación, ¿quién es hoy un presente o un ausente en el derecho? Aunque en derecho toda definición sea peligrosa, cuando muchas veces se señalan los elementos que configuran una institución jurídica (habrá contrato cuando...) o se precisan significaciones³⁶, ¿se trata de enunciados descriptivos, prescriptivos, performativos? ¿Cuál es el “uso” de que hace “uso” el Legislador cuando dictó tal ley? En fin, interminable sería la procesión de palabras y sus usos que expresa o clandestinamente nos confunden a los hablantes. A la luz de la textura abierta del lenguaje Hart llega a poner en crisis significados establecidos acriticamente en los lenguajes jurídicos como “órdenes y mandatos”, órdenes respaldadas por amenazas”, “hábito general de obediencia”, “regla de derecho” y otros similares con los que se ha intentado identificar el sentido del derecho.

Ocurre que la generalidad de ley contempla casos típicos u obvios, pero la naturaleza o la invención humana presentan singularidades que sólo muestran algunas de las características del tipo legal. Los “cánones de interpretación” pueden atenuar, pero nunca eliminar las incertidumbres ya que son reglas generales que emplean términos generales que, a su vez, dada la “textura abierta” del lenguaje, requieren interpretación.

El esforzado intento de definir el derecho, según el autor, se encuentra asediada por tres problemas recurrentes: 1) En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas y qué relación tiene con ellas. 2) En qué se diferencia la obligación jurídica de la moral y qué relación tiene con ella. 3) Qué son las reglas y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas. La respuesta a estas preguntas provoca actitudes como el aserto de saber qué es un elefante, pero no poder definirlo o la de San Agustín sobre el tiempo (si no me lo preguntan, lo sé, si me lo preguntan, no lo sé). A las dificultades

34. Silvio J. Maresca, *Ética y Poder en el fin de la historia*, Catálogos, Bs.As., 1992, págs.13/14.

35. *Ser y tiempo*. FCE, México, 1951, trad. José Gaos, 1ra.edic. argentina, 1980, III,A,15, pág.81.

36. Dig. op.cit. L.XVI, *De verborum significatione*.

para definir el concepto de regla, se añade la insuficiencia de las definiciones verbales o acerca de las palabras por las indeterminaciones del lenguaje ordinario. “La categoría que se presenta en forma más obvia para ser utilizada de esta manera en la definición del derecho, es la familia general de reglas de conducta; sin embargo, el concepto de regla, como hemos visto, es tan desconcertante como el derecho mismo, de tal manera que las definiciones que comienzan identificando a los preceptos jurídicos como una especie de regla, por lo común no hacen progresar mucho nuestra comprensión de aquel”. “En este aspecto, el autor critica largamente el concepto de derecho como órdenes respaldadas por amenazas” de Austin. En el abordaje de los mentados problemas recurrentes que subyacen a la pregunta “qué es el derecho”, nada es “lo suficientemente preciso como para ser considerado una definición que pueda proporcionarle una respuesta satisfactoria”. Por ello, el propósito de Hart no es dar una definición del derecho a través una regla que puede poner a prueba la corrección del uso de la palabra, sino de hacer un aporte a la teoría jurídica mediante un análisis más elaborado de la estructura distintiva de un sistema jurídico nacional³⁷.

El formalismo jurídico patrocinado por Kelsen concibe al orden jurídico como un compuesto predominantemente de preceptos legislativos que conforma un sistema auto-suficiente (provee todas las soluciones sin necesidad de recurrir a otros criterios) completo (no adolece de lagunas) y consistente (no presenta contradicciones) con la virtualidad de poder resolver cualquier caso por dudoso que fuere; en última instancia, el axioma ontológico de la libertad (todo lo que no está prohibido está permitido) provee la vía apia de las soluciones. Consecuentemente, para el formalismo jurídico que asume Kelsen, la aplicación de la norma al caso concreto se realiza mediante el proceso de subsunción. A modo de silogismo, la norma oficia de premisa mayor, el caso de menor y la conclusión resulta de forma automática. Es un juicio de hecho³⁸. Hart, por lo contrario, argumenta que el lenguaje ordinario del legislador deja aquellas zonas alledañas, neblinosas y hasta vacantes, frente a las cuales los tribunales cumplen con diversos tipos de razonamiento una “función no meramente heurística sino creadora de derechos”.

Pero, no obstante su postura científicista, Kelsen, al analizar el deber ser como el sentido de un querer dirigido a otro, y teniendo en cuenta que una expresión lingüística puede tener varios significados o el mismo significado puede expresar con distintas expresiones, considera necesario distinguir la expresión y su sentido o significado que debe ser entendido de la misma manera por el emisor y el receptor. Ejemplifica algo jocosamente con “El gallo que llama con su canto a los pollitos”. El gallo canta de diversas formas, pero hay unas que para los pollitos son indiferentes y otra que “si interpretamos el canto de gallo como una “llamada”, es necesario también interpretar la reacción de los pollos, quienes sólo reaccionan si entienden que ese canto es diferente a los demás cantos del gallo y los mueve a obedecerlos”. Kelsen toma este ejemplo de Wittgenstein, pero difiere cuanto pareciera que para el autor del “Tractatus” hay una relación causal entre el canto del gallo y la reacción de los pollos, sin tener en cuenta que la norma es una expresión lingüística que implica orden y obediencia, y pasa por alto los procesos inte-

37. H.L.E Hart, *El concepto de derecho*, op.et loc.cit.

38. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho. Dinámica Jurídica*. V,3, c. Trad. Vernengo, UNAM, México, 1979, V,3,c. *Teoría de las Normas*. Ed. Trillas. México, 1994, nros. 9 y 10.

riores del agente ordenador y el destinatario de la orden³⁹. “Debido a que una expresión lingüística puede tener varios significados, de aquí se sigue la necesidad de distinguir entre la expresión lingüística y su sentido. Si puedo referirme mediante la misma expresión lingüística a varias cosas, es decir, si dicha expresión puede tener diversos sentidos en cuanto a su contenido, tiene que existir un proceso interno distinto del mero proceso de pronunciar expresado mediante sonidos o signos escritos. Este proceso se refiere al sentido último que tales palabras contienen⁴⁰.”

Para Kelsen, todo acto de aplicación de una norma implica un acto de “producción” de derecho. “Pero inclusive en el caso en que el contenido de la norma jurídica individual que deba producir el tribunal se encuentre predeterminado por una norma jurídica positiva general, tiene que dejarse a la función productora de derecho del tribunal “un cierto juego de discrecionalidad”. Si bien la teoría kelseniana no ofrece una metodología de interpretación “in concreto”, sino marco de posibles soluciones, “ese marco puede ser más o menos estrecho o amplio”⁴¹.

Desde el ángulo de la pragmática, J. Wroblewski⁴², notable iusfilósofo polaco, sintetiza el canon de las argumentaciones con que se impugna la concepción de la claridad meridiana: a) Existen dudas sintácticas si la estructura de la expresión lingüística se comprende de diversas maneras y da como resultado diferentes significados de la expresión en cuestión. b) La expresión es polisémica a pesar de los límites obvios de las clases de designata mencionadas en los significados especiales de la misma. c) La expresión es monosémica pero confusa, viz, el caso en cuestión pertenece a una penumbra semántica y existen dudas con respecto al uso. d) La expresión es polisémica y confusa al mismo tiempo.

La confusión es una característica pragmática que se da en situaciones concretas, pero no se puede decidir “a priori” si un término es confuso o no, dependerá de las variantes de la realidad a que se refiere el lenguaje en uso en diversas situaciones. Claridad significa que en un acto concreto no existen dudas sobre el significado de un término del lenguaje legal. Pero tal claridad es siempre relativa si se tiene en cuenta todos los elementos de un “acto de comunicación”, que difieren según las teorías de la lingüística general o sociolingüísticas. Una vaca para nosotros es un animal mamífero, para un hindú es un animal sagrado.

Las hoy llamadas “neurociencias”, entre las que la “filosofía de la mente” también intenta hacer su aporte, están desveladas tratando de entender cómo las estructuras neurológicas que, aun en su mínima conformación, son físicas, materiales y observables microscópicamente puedan generar algo tan misteriosamente inmaterial como el pensamiento⁴³. Veamos: yo, tú y él pensamos “el marido debe fidelidad y asistencia a

39. Teoría General de las Normas. Ed. Trillas. México, 1994, pág.286. <http://filosofia.blog.uces.edu.ar/files/2016/10/Luis-A.-Maggio.pdf>

40. H. Kelsen, *Teoría de las Normas*, op.cit. nota 39, págs. 286 y 54.

41. Teoría Pura del Derecho V,35. Trad. Vernengo. UNAM, México,1979.

42. Jerzy Wroblewski, “Interpretación operativa, claridad y comprensión de un texto legal”. *Actas Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*. La Plata, Argentina. 1987, volumen I, págs. 603/11.

43. Cfr: Jean-Pierre Changues-Paul Ricoeur: *La naturaleza y la norma*. Lo que nos hace pensar. FCE. México, 2001, caps.I,II,III. La mente. John Searle, *La mente*, Ed.Norma, Colombia, 2006, Introd. y caps.4,5,6.

la esposa”. Tenemos aquí tres actos de pensar, el mío, el tuyo, el suyo, producidos por procesos cerebrales que puede estudiar las neurociencias y la psicología, decir, todos actos individuales, subjetivos, intransferibles. Pero los tres hemos pensado “algo” que es común a los tres: el deber de fidelidad y asistencia del marido para con la esposa, aunque tengamos diferentes opiniones sobre qué ha de entenderse en cada caso y cómo pueden cumplirse; por otra parte, es imposible verificar, salvo por las reacciones, que lo que el emisor entiende por x, sea igualmente entendido por el destinatario.

Con relación a este punto, también es sumamente interesante la cuestión de si la atribución de significados jurídico-normativos a determinados comportamientos solamente responde a emociones, sentimientos o mero arbitrio de voluntad o, por el contrario, si las normas expresan realidades, si hay en ciertas acciones o circunstancias alguna especie de “necesidad o correspondencia normativa” que constriñe de alguna manera y se impone racionalmente a la voluntad del legislador. Para una respuesta a este tema, es determinante clarificar el sentido del “deber ser” que establece la norma. Alchourron, Bulygin, han denominado “hilética” a la concepción que identifica la norma con el significado de las expresiones normativas⁴⁴. Si no se distingue entre la expresión y el significado, se trataría de distintas interpretaciones de una misma norma, como ocurre generalmente con los “cambios de jurisprudencia”. Si, en cambio, la norma se identifica con el significado de la expresión, con el “mensaje” que trasmite, estaríamos ante dos normas distintas. La mutación es del significado porque el texto de la norma sigue siendo el mismo, lo que lleva a juristas del llamado “realismo americano” a decir que “el derecho es lo que los jueces dicen que es”, tesis resueltamente desarticulada por Hardt⁴⁵. Con los dictados de la llamada Filosofía Analítica, el análisis del lenguaje del derecho ha sido intensivamente abordado por respetados juristas con una producción científica de excelencia.

Frente al problema de la vaguedad y ambigüedad del lenguaje, en síntesis, caben distintos posicionamientos. Según Joseph Raz, el embrollo puede resolverse porque los conceptos –“que consisten en cómo concebimos el mundo y se encuentran entre las palabras en las cuales son expresados y sus significados, por un lado, y la naturaleza de las cosas a las que se aplican”– pueden ser fijados y no habría lugar para equívocos respecto de los usos en relación con “las propiedades esenciales” que debe tener todo concepto. Eugenio Bulygin le replica: “es dudoso que existan propiedades esenciales o necesarias de una cosa independientes del concepto que usamos para identificar esa cosa”. Para Carnap y el Círculo de Viena se trata de construir convencionalmente un lenguaje artificial, preciso y unívoco. El “segundo Wittgenstein” reconoce que el lenguaje ordinario es el único posible por lo que deben aceptarse sus problemas y convivir con ellos⁴⁶.

En la filosofía del eterno retorno de Nietzsche “no hay hechos sino interpretaciones”, aserto tan repetido como por lo general malentendido. “Que todo suceda como si”... no se da más que en virtud de vuestra interpretación y de vuestra mala filología. No es un

44. C.Alchourron-E. Bulygin, Norma *Jurídica*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. II El derecho y la justicia. Ed. Trotta, Madrid, 2000, págs.133/47.

45 El Concepto de derecho. Abeledo-Perrot. Bs.As.1977, págs..81/82; 169/83. <http://filosofia.blog.uces.edu.ar/files/2016/10/Luis-A.-Maggio.pdf>

46. Raz-Bulygin-Alexy, *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Marcial Pons. Madrid, 2005, págs.56, 101. Russo, Eduardo Angel, *Teoría General del Derecho en la modernidad y posmodernidad*. Abeledo-Perrot. Bs.1995, pág.340.

hecho real ni un “texto”, sino simplemente un apaño y una tergiversación del sentido ingenuamente humanitario, con los que halagáis sobremanera los instintos democráticos del alma moderna. “Igualdad ante la ley en todas partes...”, he aquí una frase con seductora segunda intención, que sirve para ocultar una vez más la hostilidad de los plebeyos a todo lo privilegiado y soberano, así como una nueva forma más de sutil ateísmo. Tampoco vosotros queréis tener “ni Dios ni amo” y por ese gritáis “Viva la ley natural”. ¿A que sí? Pero esto, como ya he dicho, es una interpretación, y no un texto”⁴⁷. El furibundo autor no niega ni podría negar que existan hechos o textos, sería un absurdo, sino que todo hecho o texto, en tanto conocido, es una interpretación. Todo es subjetivo y los sujetos interpretantes son una interpretación; el intérprete está dentro de la interpretación, es parte de ella. En otras palabras, no conocemos hechos sino interpretándolos de alguna manera (ya había dicho Kant que la “cosa en sí” es incognoscible), todo lo que puede predicarse sobre algo a través de cualquier categoría, es una interpretación, una forma de entenderlo. Desde este ángulo que las cosas claras no deben ser interpretadas implicaría, en términos de Apel, una “contradicción performativa”, desde que la no interpretabilidad de la claridad es una forma de interpretarla. En otras palabras, que las cosas claras no deban interpretarse es también una interpretación.

La Hermenéutica conforma, según G. Vattimo⁴⁸, la “koiné” cultural desde mediados de los años setenta, en la que lucen las figuras descollantes de Fiedrich Scheleirmacher (1768 – 1834) en la interpretación teológica y Hans-Georg Gadamer en la cultural con su obra “Verdad y Método”⁴⁹.

Describe Gadamer que, junto con la hermenéutica filológica, existieron una teológica y otra jurídica que comportan con la primera el concepto pleno de hermenéutica. Y para ello se plantea “Volver a determinar la hermenéutica espiritual científica a partir de la teológica y la jurídica”. La interpretación jurídica tiene para el autor un significado “paradigmático”. En su opinión, Savigny ignora la tensión entre el sentido jurídico originario y el actual porque entiende la hermenéutica jurídica como tarea puramente histórica y, al distinguir la visiones del historiador y del jurista, nos dice: “Sólo hay conocimiento histórico, cuando el pasado es entendido en su continuidad con el presente, y esto es lo que realiza el jurista en su labor práctico-normativa cuando intenta “realizar el derecho como un continuum y salvaguardar la tradición de la idea jurídica”⁵⁰.

La moldura clásica de la interpretación en el racionalismo asumido por la Escuela Histórica se asentó en dos puntales: la traslación mental del intérprete a la situación concreta del autor del texto y la neutralidad aséptica del intérprete. Ambos soportes se encuentran puestos en cuestión por la moderna hermenéutica. La “neutralidad científica” es una ficción. Todo intérprete es alguien modelado por una cierta visión del mundo, un cierto “ethos” cultural, un cierto modo de pensar, que concurre al proceso interpretativo revestido de un repertorio de las llamadas “precomprensiones” o prejuicios propios de

47. F. Nietzsche, *Mas allá del bien y del mal*, Obras Selectas Edimat Libros, Madrid, sin fecha edición, Madrid, 22 , págs.. 281/2..

48. G. Vattimo, *Ética de la interpretación*. Ed.Paidos Studio, Bs.As.1992. Prefacio y Prikmera Parte, págs..9/95.

49. H. J. Gadamer, *Verdad y Método*, Ediciones Sígueme. Salamanca, 2007. Entrevista de R. Maliandi a Gadamer en “*La Ética Cuestionada*”. N.Zavdivkver Comp. Ed. Prometeo,Bs.As.2007, 3ra. Parte Entrevistas, págs..261/282.

50. H. J. Gadamer, op.cit. págs... 379, 382, 399.

una tradición que lo ha modelado, y en este sentido forma parte e influye en la interpretación. A su vez, el autor y el texto a los que accede el intérprete no son meramente un objeto inerte de conocimiento sino algo que tiene algo que decir al intérprete; es decir, autor e intérprete son dos actores que intercambian significados conformantes del evento de la comprensión. Verificar que tal autor en tales circunstancias produjo tal texto es una comprobación de un hecho histórico. Entender qué quiso decir el autor con ese texto es otra cosa porque la comprensión es un diálogo de ida y vuelta, transcurre en un “círculo hermenéutico”. La comprensión integral de un texto culmina en la aplicación; de allí que interesa desentrañar no sólo lo que el autor quiso decir en su tiempo y circunstancias a un auditorio que quizá ya no existe sino especialmente qué puede estar diciéndonos hoy a nosotros y que nosotros, modelado por nuestra tradición cultural, podemos dialogar con el autor en torno al texto que nos dejara. La interpretación es la mediación misma entre dos tradiciones, y como resultado de la “tradición hilativa” entre ambas que desagua en la aplicación, el texto puede estar significando algo más o algo distinto a lo que pudo haber dicho *“in illo tempore”*. En un infinito (Scheleimacher), en el mundo de la vida (Dilthey), en el despliegue del ser en el mundo (Heidegger), un texto es como un manantial de agua viva en el que pervive indefinidamente y en el que pueden abreviar distintas interpretaciones según los tiempos. Al igual que una partitura, un texto literario nunca se agota, está siempre abierto a distintas miradas interpretativas epocales o personales. “La interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión...en este sentido nos vemos obligados a dar un paso más allá de la hermenéutica romántica (Escuela Histórica) considerando como un proceso unitario no sólo la comprensión e interpretación, sino también la aplicación... la aplicación es un momento del proceso hermenéutico tan esencial e integral como la comprensión y la interpretación”. “No es sostenible la idea de una dogmática jurídica total bajo la que pudiera fallarse cualquier sentencia por mera subsunción”⁵¹.

En la entrevista con Ricardo Maliandi, en oportunidad de visitar nuestro país⁵², Gadamer, entre otras enseñanzas, dice: “La actividad del jurista no consiste en subsumir un caso bajo un parágrafo, sino en encontrar el parágrafo preciso bajo el cual se puede subsumir el caso de modo que comparativamente se produzca un juicio justo”. Summun ius, suma iniuria. “No es cierto que podamos decir “esto y aquello ocurre por naturaleza y, por tanto, es justo en todas partes”. Pero, en cambio, podemos decir, en el caso, “el derecho natural está en contra de algo determinado, contra lo afirmado por el derecho positivo. El derecho positivo tiene que llegar a su límite”.

A tan amplio panorama discursivo sobre el lenguaje se acopla la llamada “Epistemología de la complejidad”⁵³. Permítenos también un escueto bosquejo.

El hilemorfismo aristotélico postula que todo ente se compone de materia y forma; materia y forma son un *synolon*, no puede existir una sin la otra. La conjunción de materia y forma genera la sustancia. La sustancia es como lo que no se ve, lo que está

51. H.J.Gadamer, op.cit, págs.. 379, 402.

52. La Etica en la encrucijada. N.Zavadviker, comp, op.cit.pág.276.

53. E.Morin, Epistemología de la Complejidad y Educación. Ed. Octaedro. Colombia, 2017, 198 páginas. G.Bonaccorso, “L’epistemologia della complessità e la teologia”. *Rivista di teologia*. (Roma, 2013, nro.54, págs. 61/95).

oculto, sobre o detrás; a las espaldas de cada ente reside en un nivel ontológico superior. Preguntar por lo que significa cada cosa lleva implícita una desconfianza por la dispersión de las apariencias y una búsqueda de certezas en una instancia trascendente como principio unificador. Es universal, invariable, en un mundo concebido como un orden perfecto (Descartes, Newton, Laplace) en el que siempre existe un principio, un fundamento, un “*arché*” y un “*telos*”. Pero, mientras la realidad del mundo es infinitamente compleja, la forma de pensamiento que se nos impone desde la infancia dice Edgard Morin, tiende a eliminar la complejidad separando, clasificando, buscando ideas simples, leyes y fórmulas simples abstrayendo de los entes singulares sus formas inmateriales, sus “esencias”. Hay un paradigma profundo oculto que modela nuestras ideas: creemos ver la realidad, en tanto en realidad vemos lo que el paradigma nos pide ver y ocultamos lo que el paradigma nos impone no ver.

Al “paradigma de la simplicidad” sucede hoy el “paradigma de la complejidad”. La “revolución paradigmática” cambia el enfoque y se orienta en dirección a una realidad cada vez más enmarañada, selvática. El universo desde siempre es gobernado por una dialógica de orden y desorden, por lo que se impone afrontar y trabajar con el desarreglo y la incertidumbre. Hay complejidad cuando hay un entramado denso de acciones, interacciones y retroacciones, que pueden darse tanto en el polo empírico (efecto mariposa) como en el polo lógico (complementariedad de Bohr). La complejidad modifica hasta lo que consideramos lo más inmodificables de la vida (por ejemplo, la Genética ha modificado el concepto de madre).

La epistemología de la complejidad propone entonces pensar la complejidad de base de toda realidad viviente, trabajar con el desorden y la incertidumbre, sin caer en ella sino enfrentándola. No se consideran objetos, sino sistemas. La noción de “objeto”, que es cerrada, monótona y uniforme, debe ser sustituida por la de “sistema”. Para la epistemología de la complejidad, el objeto nunca es algo sustancialmente identificable (objeto material) susceptible de ser estudiado desde distintos puntos de vista (objeto formal) sino un sistema constituido por relaciones internas y externas caracterizadas por determinadas funciones. La realidad es, pues, multifactorial, extremadamente proteica. En la filosofía, el arte o las ciencias ya no existe un único punto de vista desde el cual todo puede ser comprendido. Ya no existe un sistema de pensamiento que no parta del supuesto de que la realidad no se deja comprender de modo único, a partir de un solo elemento, en una sola dirección.

Todos los objetos que conocemos están dotados de cierta organización de elementos que interactúan, se ensamblan y articulan. El todo es la suma de las partes, pero en cada parte, como en un holograma, habita el todo (ejemplo, átomo de carbono). Tradicionalmente se ha entendido que la organización dependía del orden, pero ocurre que el todo tiene propiedades que no tienen las partes cuando están separadas; las cualidades que surgen cuando hay un todo son “emergencias”. Las emergencias son características de los sistemas complejos que no son totalmente explicables sólo por el comportamiento de uno de sus componentes. El sistema es uno y no puede descomponerse en partes individuales que pretenda ser el sistema mismo. En el nivel superior de complejidad el sistema produce algo que en las partes individuales no existe. Entre las diversas relaciones que se dan entre los fenómenos existe también la de causa, pero no es la única que merece ser considerada. La emergencia, zona intermedia entre conceptualidad y causalidad (ejem-

plos: la gracia de Dios, el enamoramiento) comporta una perspectiva no reduccionista imposible de explicar con las categorías aristotélicas. No todo lo conocido lo es por concatenación de causas.

La EC disuelve la idea metafísica de “sustancia” como una totalidad estática; toda realidad de hecho es el tejido de las relaciones de sus componentes. Se revierte además la relación sujeto-objeto. El observador se introduce en el objeto y lo modifica (Bohr). Jamás se puede hablar del objeto independientemente del sujeto. No existe una distinción absoluta entre sujeto y objeto, sino una distinción instrumental. El sujeto observador queda implicado en lo que observa porque, en el mismo momento en que observa, se introduce en el sistema y lo modifica de algún modo. Las neurociencias contribuyen a cualificar a este sujeto explorando la relevancia de la esfera emotiva, o sea la estrecha conexión entre acción y emoción. Se ha descubierto que en nuestro cerebro se activan las mismas conexiones tanto cuando alguien cumple una acción intencional como cuando ve que la realiza otro. Se ha superado la distinción entre sujeto y objeto que se basaba en la objetividad del cuerpo respecto del yo.

Por ello es imposible racionalizar y engrillar en una categoría al ser humano. Las interacciones en el cerebro son mayores que las interacciones en el cosmos. La capacidad de entendimiento humano está integrada por dos fases: la magia, los mitos, los sueños, las fantasías conforma el pensamiento simbólico o mágico. La otra es la racional, pero: “La razón (observación, pensamiento, conocimiento) – cuyo punto más alto no coincide con el pensamiento– no es “causada por”; se instituye gracias a las dinámicas entre acción y emoción, entre actuar y ser actuado a través de los sentidos”. No se aprende a hablar porque nos expliquen la gramática. “El término que a la luz de las neurociencias, sobre todo la neurofrenología, expresa la complejidad de tales dinámicas y relaciones, es sin duda, el cuerpo”.

La EC ayuda a superar las dicotomías sujeto-objeto, cuerpo-mente, materia espíritu, naturaleza-cultura. Excluye el unitarismo, pero no el monismo: existe un solo mundo con una increíble variedad interna. No hay un mundo uniforme. El cuerpo humano no puede ser reducido a los demás aspectos físicos de la naturaleza. La cultura no es simplemente otra forma de la naturaleza, ni puede ser juzgada a partir de ella; es un sistema más complejo y, por lo tanto, una emergencia.

Al encarar el mundo del obrar humano, el Estagirita advierte que se trata de cosas que “pueden ser de otra manera”, aun cuando lo fuere por naturaleza, ya que la naturaleza también es mutante⁵⁴. Y atribuía el desajuste entre la norma y los hechos, como se dijo supra, a la generalidad de la ley. Si el derecho versa sobre cosas “que pueden ser de otra manera”, las normas que lo componen por definición también pueden ser de otra manera, pueden ser objeto de otra lectura, por más claras que se presenten. Santo Tomás abonó sabiamente el concepto de “sustancia”, pero un uso no apropiado del mismo orientó a la dogmática jurídica a buscar en el concepto de derecho algo que fuere “por naturaleza”, fijo e inmune a las peripecias del tiempo, con olvido de que el obrar humano no era objeto de la filosofía “contemplativa”, sino “práctica” y, por ende, susceptible de cambio. Cierta interpretación dogmática del Aquinate sostiene que todo cambio de la forma produce un cambio de la sustancia, pero hoy se advierte que, si nos atenemos

54. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, op.cit. I, III.

al carácter dinámico de la realidad, bien puede darse un cambio de la forma sin que se altere la sustancia⁵⁵. La filosofía del derecho comparativa dice A. Kaufmann, se esfuerza por descubrir principios universales; durante mucho tiempo vio esos principios en el “derecho natural”, luego en los principios generales del derecho, pero Santo Tomás ya había sentenciado que “*Ordo non est substantia, sed relatio*”. El hombre no como puramente empírico ni como noumeno sino como persona es decir “el conjunto de relaciones en que se encuentra con los otros hombres y con las cosas”. “El derecho no es una concordancia, no tiene carácter substancial, sino un carácter relacional; la totalidad del derecho no es, por ende, un conjunto de párrafos no es una unidad de normas, sino una unidad de relaciones”⁵⁶. Que el derecho sea un “orden” (orden jurídico) siempre se ha dicho, pero si el orden es una estructura de relaciones que interactúan entre los humanos y las cosas, un complejo de vínculos, tensiones y desligamientos, al decir de Hartmann, la propia naturaleza de la acción en cuanto proceso determina que se encuentren sujetas a las lábiles circunstancias de la realidad y, en consecuencia, los significados de las normas que las regulan no puedan ser fijados de una vez y para siempre. En tal sentido, Stuart Mill destacó que “la conducta no puede ser conformada de manera que no exija excepciones” y el citado Nicolai Hartmann que “el peso entero del problema ético recae sobre la situación, y ello de tal modo que ni un solo valor puede responder a todas las situaciones”⁵⁷.

No obstante, los esfuerzos de los juristas romanos en buscar la verdadera, no la aparente filosofía, lo que en todo tiempo y lugar sea de la misma manera, los “daimones” de la complejidad acompañan toda la historia de nuestro derecho. Mientras las doctrinas racionalistas y científicas aspiran a un conocimiento claro y distinto, impermeable a toda interpretación que no sea única, los juristas desconfían del peligro de las definiciones, ya que es claro que pueden ser alteradas; mientras los compiladores se esfuerzan en precisar el sentido de las palabras (De verborum *significatione*), Celso había aclarado que de todos modos saber derecho no se agota en las palabras sino “su fuerza y potestad”⁵⁸.

Desde este mirador, un atento observador no podría dejar de preguntar si, por más clara que pareciere ser una norma, la complejidad de la realidad a la que pretende regular no eclipsará su luciente brillo o, si para que pueda exhibirlo en plenitud no habrá que despejar cúmulos de nubes que ensombrecen la univocidad de las palabras.

¿Qué “significados” en la coyuntura tendrán los conceptos y palabras de la ley? ¿Qué acto del habla habrá realizado o de qué juego del lenguaje se habrá servido al legislar de esa manera? ¿Cuál ha sido el uso de su lenguaje? Cuando en Dig. L.XVII,1 se define lo que sea una “*regula*”, ¿es una descripción o una orden?; tendrá acaso una sanción coercitiva quien haga un uso defectuoso o la recite incorrectamente? ¿El caso que perfila la norma es típico y las palabras empleadas unívocas o, aplicadas en concreto, ingresan en zonas de penumbras e incertidumbre? ¿El factor tiempo, de cuya labilidad e influencia ninguna norma o lenguaje se sustraen, no habrá horadado al menos en parte su “*vis*

55. Stella Morra, *Dios no se cansa*. Agape Libros. Bs.As. 2019, cap.III, págs.53/71.

56. Santo Tomás, *Summa Theologiae*. I,116,1. Kaufmann, Arthur. *Filosofía del derecho*. Univ. Externado, Colombia, 1991, págs. 63, 383, 508, etc.

57. S. Mill, *Utilitarismo*, Aguilar, Bs.As. 1980, cap.II, pág.55. N. Hartmann, N. Introducción a *la Filosofía*. UNAM, México, 1991. *Ética*, B,4. *Ética*. Ed. Encuentro. Madrid 2001, I,6.

58. Dig. I,1,1, 11; III,17.; L. XVII.202.

ac potestas”? Estas y muchas otras inquisiciones de previo y especial pronunciamiento deberá hacerse quien hoy en día pretenda traducir lo que el legislador autor de aquella norma diría si “*hic et nunc*” en trance de tener que aplicarla. Si el derecho no es orden sino relación (*proportio hominis ad hominem*), la claridad no está fijada de una vez para siempre, sino que dependerá del entramado de relaciones al momento de su efectivización. Dice Robert Alexy, recordando a Karl Larenz, que ya nadie puede afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas sean sólo un acto de subsunción lógica bajo premisas mayores abstractas⁵⁹. Larenz se había preguntado si sería posible reconducir todos los juicios de la experiencia jurídica a meros juicios subsuntivos: “no lo creo”, responde tajantemente⁶⁰. Vimos supra igual postura en Gadamer.

Para concluir, valga recordar que Pierre Menard escribió partes del Quijote exactamente con las mismas palabras que utilizara Cervantes llevado por la inercia del lenguaje y la invención, pero no fue una tautología, ni una transcripción mecánica, ni una copia, ni una nueva obra. Las palabras literalmente eran iguales, pero no era lo mismo componer una obra a principios del siglo diecisiete que a principios del veinte: ya no decían lo mismo⁶¹.

En atención a todo lo expuesto y seguramente otras mejores razones que estudiosos más lúcidos y preparados podrían aportar, no resultaría temerario propiciar una inversión del aforismo postulando que “donde la ley no distingue, el jurista debe distinguir para aplicarla correctamente”.

Esta perspectiva no implica escepticismo o relativismo cultural. Ya hemos visto que trabajar con el desorden y la incertidumbre no implica hundirse en la perplejidad, sino afrontarla reciamente. Sea que el jurista busque lo universal y necesario en la labidad de las cosas y las acciones, sea que se atenga a su intrínseca complejidad, siempre estará con ansia al servicio de la “verdadera filosofía, no la aparente” teniendo como presupuesto la cognoscibilidad de lo real⁶². “La epistemología de la complejidad parte del presupuesto de que la realidad es multifactorial. Esto no significa que nada podrá ser ya comprendido por ser irresolublemente complicado. Significa más bien que no existe una única ley que valga siempre y del mismo modo, sino que hay que hay que tener en cuenta las múltiples variables, aceptando las mismas acciones, en sistemas diversos, producen efectos diferentes”⁶³.

Hay, no obstante, un “*modus in rebús*” et “*certi denique fines*” (Horacio). Una visión aristotélica, abonada por la famosa “navaja de Occam”, señala que los entes no deben multiplicarse innecesariamente (*entia non sunt multiplicanda*). Mantener inalterables las normas o pretexto de claridad, conduce a la llamada “cosificación” del derecho por su inmovilidad y a la “abstracción” irrelevante por su alejamiento de la realidad. Considerarlas en perpetuo vaivén, conspira contra la *ratio* del derecho, que es la de brindar ciertas certezas al menos provisorias en el oleaje de los conflictos humanos. El jurista puede

59. R. Alexy, Teoría de la argumentación jurídica, op.cit, Introducción, p.27.

60. K.Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho. Ariel, Barcelona, 1966, p.229.

61. Jorge Luis Borges. Cuentos: *Pierre Menard autor del Quijote*. Obras Completas. Emecé Ed- Bs.As.1974, Tomo I, págs.444/50.

62. Dig, op.cit, I,1,1. J. J. Hessen, op.et loc.cit.

63. S. Morra, Stella, op.cit. Cap.VI, p.113.

permanecer indefinidamente como el burro de Buridán, pero el juez por su propia función está como Edipo acorralado por la Esfinge: “Adivina o vencerás”. En estos trances extremos, Paulus enseña: “*minime sunt mutanda, quae isonterpretationem certam semper habuerunt*”⁶⁴. Poco debe ser cambiado lo que siempre tuvo una cierta interpretación. Y “*Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpres consuetudo*”. Si se trata de la interpretación de la ley, ha de investigarse primero, de qué derecho había usado antes la ciudad en semejantes casos; porque la costumbre es la mejor intérprete de las leyes⁶⁵. Si hay una interpretación sostenida en el tiempo, esa “tradición hilativa” (Gadamer) merece ser mantenida y no ligeramente modificada “al conjuro de vientos exóticos que insuflan allende los mares”, al rimbombante decir de unos de mis antiguos profesores. Tal es la misión de la jurisprudencia y la doctrina que distinguiendo y distinguiendo va alumbrando ciertas claridades necesarias en las penumbras de todo sistema jurídico.

64. Dig. op.cit., I.III.23.

65. Dig: I-III, 37.