

La hermenéutica en la Teoría Comunicacional del Derecho: la teoría de textos



Juan Pablo Sterling Casas
Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia

Pedro María Osma
Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia



La hermenéutica en la Teoría Comunicacional del Derecho: la teoría de textos*

Resumen: la Teoría Comunicacional del Derecho –TCD– del profesor español Gregorio Robles Morchón asumió desde su concepción la idea de que el derecho es básicamente un ejercicio de comunicación de significados. A partir de las teorías de Dilthey y Gadamer, Robles replantea la noción de texto superando la limitación que imponía la visión clásica del positivismo (ahora en crisis). Partiendo del derecho como ejercicio hermenéutico (Teoría Hermenéutica del Derecho) y de una visión optimista de la hermenéutica, se verá como la TCD ofrece una revitalización del quehacer hermenéutico y se torna útil en la enseñanza del Derecho.

Palabras clave: Teoría Comunicacional del Derecho, Hermenéutica Jurídica, Interpretación Jurídica, Filosofía del Derecho, Teoría de los Textos.

Hermeneutics in the Communicational Theory of Law: Theory of Texts

Abstract: The Communication Theory of Law –TCD– of the Spanish professor Gregorio Robles Morchón assumed from the beginning the idea that Law is basically an exercise of communication of meanings. Using the theories of Dilthey and Gadamer, Robles rethink the notion of text overcoming the limitation imposed by the classic view of positivism (now in crisis). Starting from Law as a hermeneutic exercise (Hermeneutic Theory of Law) and from an optimistic vision of hermeneutics, it will be shown how the TCD offers a revitalization of the hermeneutic work and becomes useful in the teaching of Law.

Keywords: Communication Theory of Law, Legal Hermeneutics, Legal Interpretation, Philosophy of Law, Theory of Texts.

Fecha de recepción: 30 de abril de 2017

Fecha de aceptación: 15 de julio de 2017

Forma de citar (APA): Sterling, J. y Osma, P. (2018). La hermenéutica en la Teoría comunicacional del derecho: la teoría de textos. *Revista Filosofía UIS*, 17(1), doi: <http://dx.doi.org/10.18273/revfil.v17n1-2018012>

Forma de citar (Harvard): Sterling, J. y Osma, P. (2018). La hermenéutica en la Teoría comunicacional del derecho: la teoría de textos. *Revista Filosofía UIS*, 17(1), 243-269.

Juan Pablo Sterling Casas: colombiano. Magíster en Hermenéutica jurídica y derecho. Profesor Universidad Pontificia Bolivariana, Bucaramanga.

Correo electrónico: juan.sterling@upb.edu.co

Pedro María Osma: colombiano. Magíster en Derecho. Profesor Universidad Pontificia Bolivariana, Bucaramanga.

Correo electrónico: pedro.osma@upb.edu.co

* Artículo de reflexión derivado de investigación.

La hermenéutica en la Teoría Comunicacional del Derecho: teoría de textos

1. La captura y el monopolio por parte de lo “jurídico” en la enseñanza del derecho

Es muy común que en la enseñanza del derecho, particularmente en ciertas regiones de Colombia distintas a las grandes capitales con prestigiosos centros de educación superior como Bogotá, Cali o Medellín, se omita una reflexión sólida y contextualizada de la hermenéutica jurídica. Lo anterior tiene su génesis en la frecuente creencia según la cual es posible abordar la hermenéutica jurídica sin contar con una fundamentación básica en hermenéutica general. Este fenómeno presente en la pedagogía del derecho no es exclusivo de la enseñanza de los contenidos de la hermenéutica jurídica, pues en asignaturas como lógica jurídica y filosofía del derecho suele llegarse a la misma creencia: que son exclusivas del mundo jurídico y por lo tanto no existe la necesidad de conexión con la lógica o la filosofía en general. En otras palabras, puede decirse que se concibe una idea reduccionista en la enseñanza de varias áreas del derecho como la hermenéutica, la lógica, la filosofía o la sociología que se caracteriza por una apariencia de existencia de feudos propios, exclusivos y aislados; una especie de captura y monopolio de áreas generales que pasan ahora a ser feudo “jurídico”.

Pretender abordar la hermenéutica jurídica desconociendo los aportes de Friedrich Schleiermacher, Wilhem Dilthey o Hans George Gadamer, sólo por citar tres grandes autores, resulta perjudicial en tanto se desperdicia una oportunidad de abarcar lo que la hermenéutica pretende ser a nuestro juicio: la fundamentación de la verdad en las ciencias sociales a través del proceso de la comprensión del sentido por medio de la evaluación de interpretaciones, y bajo este concepto hablar de una hermenéutica del derecho encaminada a la evaluación y corrección de interpretaciones de textos jurídicos para lograr su comprensión. Es frecuente, por ejemplo, que se asuma hermenéutica e interpretación como sinónimos, algo

cuestionable si partimos de que lo que hace en sí la hermenéutica es ofrecer herramientas para corregir la multiplicidad y arbitrariedad de resultados que supone el ejercicio de interpretación. De esta manera es necesario abrazar una visión optimista de la hermenéutica que la reconoce como un instrumento corrector del caos y el relativismo. La anterior reflexión sólo es posible cuando se enfrenta el quehacer hermenéutico de una forma amplia, crítica e histórica; situación en la que se falla a la hora de la enseñanza, que sólo se limita a la hermenéutica como método además de exclusivo del derecho y limitada por lo que éste pueda ofrecerle. Aspirar a ser un hermeneuta jurídico sin conocer las bases y la evolución de la hermenéutica es tan absurdo como pretender ser un sociólogo o filósofo del derecho sin conocer aspectos esenciales de la sociología y la filosofía. Lamentablemente el panorama actual parece mostrarnos, por ejemplo, que existen muchos abogados haciendo “sociología” sin el mayor rigor conceptual y académico. Razón tiene el sociólogo que cuestiona este escenario, pues bien, ello no es menos frecuente en la filosofía, la argumentación o la hermenéutica.

En el caso de la filosofía del derecho, para citar otro ejemplo, es reconocible también la posición de reducción que suele tomarse frente a la hermenéutica jurídica y que se ilustró líneas arriba. La asunción de una filosofía propia para la problemática del derecho conlleva a un desconocimiento de la existencia de la filosofía en general como un referente condicionante. Conceptos como “responsabilidad”, “causa”, “libertad”, “moral”, “Estado”, “poder” y otros, que son objeto de numerosa literatura filosófica moral y política, parecen ser ahora monopolizados por el derecho, capturados y dotados de sentido sólo por lo que éste considere necesario cortando así una conexión con la filosofía. Muchos de los problemas que se suelen llamar “jurídicos” son en principio problemas de origen filosófico y por lo tanto para su entendimiento prescindir de la filosofía es inconveniente, al respecto Ronald Dworkin sostiene que:

En su labor cotidiana los jueces toman decisiones sobre muchos asuntos que son también, por lo menos en apariencia, objeto de una importante literatura filosófica. Por ejemplo los jueces toman decisiones sobre cuándo las personas mentalmente enfermas acusadas de un delito, son efectivamente responsables de sus actos no obstante su condición, y sobre si una acción particular del demandado causó realmente el daño que el demandante alega, igualmente los conceptos de responsabilidad y de - y resultaron de inevitable referencia en las dramáticas decisiones recientes de la Suprema Corte sobre el aborto, la discriminación positiva [*affirmative actions*], el suicidio asistido y la libertad de expresión (2010, p. 8).

Si en el caso de la filosofía es necesario su conocimiento —al menos básico— por parte del juez para enfrentar problemas propios de la moral o la política que suponen muchos asuntos jurídicos, no es menos cierto que ello aplique también para el quehacer hermenéutico. Parece entonces que es apenas comprensible y exigible que se tenga cierta familiaridad con los conceptos y evolución de

la hermenéutica para poder resolver asuntos que plantea la hermenéutica del derecho o jurídica. Dworkin continúa (sobre la filosofía): “Por tanto, parecería natural esperar que los jueces tengan alguna familiaridad con la literatura filosófica, así como esperamos que la tengan con la economía y, en el caso de los jueces constitucionales, con la historia constitucional” (Dworkin, 2010, p. 10). Este análisis calza también en el panorama de la hermenéutica jurídica.

En este texto se resaltaré la urgencia de abandonar de las huestes de una hermenéutica limitada y reducida sólo a textos normativos escritos por ciertas autoridades e interpretables sólo por vía gramatical. Se requiere entonces el atrevimiento de repensar a la hermenéutica y su especialidad jurídica, como un ejercicio universal de comprensión a partir de la razón histórica y crítica anclado en la filosofía para así poder generar una actitud y una formación más sólida y contextualizada de los estudiantes de derecho conscientes de los amarres que supone una visión exclusiva de la hermenéutica del derecho marcada por la ritualidad y la formalidad. Se pretende, en conclusión, plantear como inicio una propuesta para romper con el monopolio de la hermenéutica por parte del derecho y acabar así la reducción propia de “lo jurídico” como límite.

2. El derecho como ejercicio hermenéutico: la Teoría hermenéutica del derecho (THD)

Muchos autores han identificado al derecho con nociones como norma, poder, regla, ideología o creencia. Pero proponemos pensar en que el derecho puede ser asumido como un ejercicio de hermenéutica a partir de la idea bajo la cual todo actuar jurídico supone, en primer lugar, partir de un texto para encontrar varias lecturas, en segundo lugar, asumir que la hermenéutica no genera caos —es útil— para finalizar con una nueva noción del texto a partir de la denuncia de una crisis en el positivismo.

2.1. La escuela de la *Gestalt*: unidad de texto, diversidad de lecturas

Una propuesta para pensar el derecho en clave hermenéutica parte de la premisa según la cual se puede entender el fenómeno jurídico a partir de la expresión unidad de texto y diversidad de lecturas. En el texto de Andrej Kristan “Hiperliteratura y derecho: unidad de texto, diversidad de lecturas” (2009, pp. 13-24) se aborda de una manera bastante novedosa el concepto y funcionamiento del derecho como potencial ejercicio hermenéutico. En primer lugar se sugiere un cambio paradigmático en la conceptualización del derecho como ejercicio de hermenéutica a partir del análisis de la estructura “unidad de texto y diversidad de lecturas” usando los postulados de la escuela psicológica de la Gestalt.

La idea que se pretende presentar parte de la afirmación según la cual el derecho es un ejercicio hermenéutico en tanto se trata de un fenómeno que supone siempre la escogencia de una interpretación sobre otras por parte del juez y esto es causado porque a la hora de abordar un problema jurídico se presenta la referencia a un solo texto del cual se desprenden diversas lecturas, muchas de ellas viables o ajustadas al sistema jurídico en principio, al final el juez decide cuál de dichas lecturas o interpretaciones es la que mejor permite comprender el sentido del enunciado normativo que se encuentra en el texto. Lo anterior no parecería algo novedoso pues se ha dicho antes que los jueces escogen la respuesta “correcta”, pero este ejercicio supone necesariamente que éstos puedan determinar con claridad qué es lo “correcto” y qué no lo es.

Es necesario entonces repensar el anterior esquema reconociendo que las diversas lecturas o interpretaciones pueden ser viables o justificables de manera racional lo que complica la labor judicial, pues una cosa es elegir entre lo correcto y lo no correcto, y otra más compleja y desafiante es escoger entre dos o más soluciones correctas a la luz de un ordenamiento jurídico determinado, esta noción que suele denominarse “caso difícil” ocurre: “[...] cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica” (Dworkin, 1984, p. 146).

El derecho así visto es un ejercicio eminentemente de selección interpretativa y argumentativa donde las normas positivas no son suficientes para dar cuentas de ciertos problemas que implican moral y ética; según el profesor Luíís Prieto Sanchís, esta visión del derecho: “[...] haya de concebirse como algo más que un conjunto de normas; los principios, morales y jurídicos a un tiempo, sabiamente administrados por el juez, ayudarán a resolver los casos difíciles y a tutelar los derechos fundamentales frente a los embates del utilitarismo” (Prieto, 1985, p. 356). El concepto de caso difícil ha sido explicado por autores como Dworkin, Atienza, McCormick, entre otros, se pretende aquí dar una explicación alternativa para su comprensión.

El surgimiento de casos difíciles como aquellos que plantean dos o más soluciones viables a partir de dos o más interpretaciones de un texto —igualmente viables— puede ser entendido desde los postulados de la escuela psicológica de la *Gestalt*¹ (palabra alemana que tiene varias acepciones: conjunto, configuración,

¹ El iniciador de esta corriente, también llamada “*psicología de la forma*” o *Gestaltpsychologie*, es el alemán *Max Wertheimer* que en 1913 publica su trabajo “Estudios experimentales sobre la visión de los movimientos”, considerado la piedra fundacional de la escuela *Gestalt*. Wertheimer realizó algunos experimentos sobre la naturaleza de la percepción del movimiento formulando lo que denominó “*fenómeno phi*”. Descubrió que si dos líneas cercanas entre sí se exponen de forma instantánea y sucesiva a una velocidad determinada, como cuando se hace con un proyector de cine, el observador no verá dos líneas sino una sola que se desplaza de la primera a la segunda. Si se reduce el intervalo de presentación más allá de un umbral determinado, el observador verá dos líneas inmóviles. Pero si se aumenta mucho dicho intervalo, se verán separadas en el tiempo y el espacio. Wertheimer

totalidad o forma). Su postulado central consiste en que la interpretación de fenómenos es mucho más que un conjunto de datos sensoriales, es una estructura organizada donde experiencias previas y creencias determinan lo que las personas interpretan de determinadas situaciones. La percepción es un acto organizado ya que los objetos producen ciertas sensaciones que muchas veces difieren del todo, por lo tanto al relacionarse producen diferentes resultados o visiones. El núcleo de la psicología de la *Gestalt* parece ser que la percepción del ser humano no es simplemente la suma de los datos sensoriales, sino que pasa por un proceso de reestructuración mediante el cual se configura una forma. Así las cosas, para la *Gestalt* es el sujeto quien al conocer ejerce su acción sobre las sensaciones, percepciones y representaciones para describir e interpretar formas completas y estructuradas, al respecto Guillaume dice:

Los hechos psíquicos son formas, es decir unidades orgánicas que se individualizan y se limitan en el campo espacial y temporal de percepción o de representación. Las formas dependen, en el caso de la percepción, de un conjunto de factores objetivos, de una constelación de excitantes; pero son transportables, es decir que algunas de sus propiedades se conservan en cambios que de cierta manera afectan a todos esos factores. ... La percepción de las diferentes clases de elementos y de las diferentes clases de relaciones corresponde a diferentes modos de organización de un todo, que dependen a la vez de condiciones objetivas y subjetivas (1976, p. 21).

El principio básico de la *Gestalt* se resume entonces en que una forma no siempre es lo perceptible a primera vista (el todo), sino algo más que la suma de las partes, en otras palabras, las propiedades de la forma no surgen de la sumatoria de las propiedades de los distintos elementos que la componen. Lo que denominamos “el todo” es una realidad compuesta por varios elementos, analizar lo primero sin la presencia de aquellos sería un error. Por ejemplo: se tiene la percepción de “un paisaje”, no simplemente colores, volúmenes, sonidos, contrastes, y dimensiones sumadas, la naturaleza del paisaje no es simplemente un todo.

Dos de los principios de la *Gestalt* nos ayudan a entender el siguiente ejercicio; uno es el de relación fondo-figura, importante porque muestra como “el notorio énfasis puesto en el concepto de contorno como elemento inherente a la forma, aún no explica el modo en que se puede llegar a tener informaciones sobre cómo un objeto puede estar articulado con otros conformando un paisaje” (Oviedo, 2004, p. 95). El segundo es el principio holístico que plantea, como se dijo, que el todo es siempre más que la suma de las partes que lo componen. Se puede afirmar entonces que las propiedades de las formas poseen cualidades que las distinguen de sus elementos y al mismo tiempo las sensaciones se organizan en la conciencia

denominó *Gestalt* a ese factor que unifica, que combina elementos separados en un todo, provocando dicha “ilusión”, así las cosas el todo es mucho más que la suma de las partes.

y crean cualidades formales que pueden ser novedosas. Como consecuencia de este proceso captamos figuras que nos demuestran que nuestras percepciones son la suma de experiencias organizadas y que no somos simples receptores pasivos de estímulos sensoriales pues ejercemos cierto tipo de voluntad a partir de experiencias o creencias sobre lo que representamos. Para ejemplarizar lo anterior partamos de la premisa según la cual ante una misma imagen pueden obtenerse dos percepciones distintas pero igualmente sensatas o viables (un objeto, varias visiones). Para ilustrar el punto de la relación fondo-figura y el principio holístico observemos la imagen 1 que popularmente se denomina “mi suegra o mi esposa”:

Imagen 1. *Mi suegra o mi esposa*

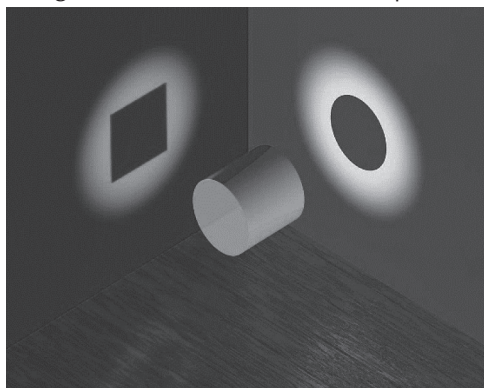


Fuente: Matlin y Foley, 1996, p. 163.

Se propone ahora el siguiente ejercicio mental: La percepción que se puede tener de esta imagen concuerda, en primer lugar, con una dama joven y elegante (la esposa), pero si se detiene un momento esta percepción y se cambia la perspectiva de abordaje de la misma imagen también se puede percibir una anciana (la suegra). Las dos percepciones son igualmente viables o comprensibles a la luz de los sentidos, pero no es posible ver las dos imágenes al mismo tiempo, pues entre más concentración o fijación haya en tratar percibir por ejemplo a la esposa, poco a poco desaparece la percepción de la suegra y viceversa. Es aquí cuando se explicita el postulado que más adelante se aplicará en el mundo del derecho: de una misma imagen podemos obtener dos percepciones viables. Una verdadera concepción del derecho como ejercicio hermenéutico surge entonces cuando se necesita ilustrar por qué se decide ver una “imagen” y no la otra; en el caso del derecho se reemplaza la idea de imagen por la de interpretación, resultando, análogamente, que pueden existir dos o más interpretaciones simultáneas y válidas.

El anterior proceso, curiosamente, puede ser ejemplificado también acudiendo a postulados de la física cuando se aborda el fenómeno de la dualidad onda-corpúsculo (también llamado dualidad onda-partícula)². Este fenómeno ha sido experimentado en varias ocasiones y permite explicar la posibilidad desde la cual un mismo objeto puede producir imágenes (reflejos) distintas al ser iluminado. Veamos la siguiente imagen:

Imagen 2: Fenómeno dualidad onda partícula



Fuente: Benoist, J. C. , 2007, recuperado de <https://lejournal.cnrs.fr/articles/donner-dusens-a-la-mecanique-quantique>

Como se puede apreciar, la premisa es la misma que se ha manejado hasta ahora: una sola imagen u objeto del cual se pueden obtener percepciones distintas que dependerán de las perspectivas que se asuman frente a dicho objeto (en el caso del derecho la interpretación) con la característica de que las percepciones o reflejos tienen sentido. Esto supondría un conflicto ante la pregunta ¿qué se ve?

Un ejemplo desde el campo del Derecho implica asumir, como se ha dicho, que éste se caracteriza por presentar una estructura hermenéutica derivada de reconocer que todo enunciado normativo posee unidad de texto, pero genera diversidad de lecturas o interpretaciones simultáneas viables. En el campo de la hermenéutica constitucional un texto, que es el mismo para todos los lectores en cuanto a su estructura gramatical (así como la imagen es la misma para todos los receptores), puede generar diversas interpretaciones igualmente viables. Pensemos por ejemplo en el artículo 192 de la *Constitución Política de Colombia*:

² De acuerdo con la física clásica existen diferencias entre una onda y una partícula, esta última tiene una posición definida en el espacio y tiene masa, la primera, en cambio, se extiende en el espacio caracterizándose por tener una velocidad definida y masa nula. Actualmente se considera que la dualidad onda-partícula es un “concepto de la mecánica cuántica según el cual no hay diferencias fundamentales entre partículas y ondas: las partículas pueden comportarse como ondas y viceversa”. De esta manera es posible comprobar como un mismo fenómeno puede tener dos percepciones distintas.

“El Presidente de la República tomará posesión de su destino ante el Congreso, y prestará juramento en estos términos: Juro a Dios y prometo al pueblo cumplir fielmente la Constitución y las leyes de Colombia”.

Ahora bien, aunque el enunciado es el mismo, gramaticalmente hablando, para cualquier lector (es decir un solo texto u objeto) qué pasa ante la siguiente pregunta: ¿un Presidente ateo que se niegue a jurar por dios puede posesionarse? La respuesta a este interrogante permite generar dos interpretaciones o lecturas viables: la primera es un razonamiento de carácter formal, originalista y textualista que conlleva a un no, pues el texto constitucional es claro en la forma y los términos usados para la posesión y juramento del Presidente, además, si la intención del constituyente originario hubiese sido otra pues entonces así lo hubiese plasmado en el texto, por lo tanto, este requisito es inobjetable. Pero una segunda respuesta, lectura o interpretación permitiría la posesión, pues el objetivo del juramento no es profesar una determinada creencia religiosa, sino garantizar el cumplimiento de un deber a través de una solemnidad común pero no indispensable para la celebración de un acto, sumado a eso la misma Constitución establece un Estado laico, así la intención del constituyente primario era la de generar compromiso a través de un juramento, más allá de formalidades que pueden omitirse sin que se vea afectado el fin del enunciado. Se concluye entonces que la unidad de texto y diversidad de lecturas como fundamento del derecho entendido como ejercicio hermenéutico es algo plausible.

2.2. Pospositivismo y hermenéutica filosófica: una visión optimista

Veamos ahora cómo la hermenéutica del derecho, bajo una visión optimista, es necesaria en un escenario pos-positivista y cómo esta relación se encuentra presente en los primeros escritos del profesor Robles Morchón previos a la estructuración de su Teoría Comunicacional del Derecho (TCD).

2.2.2. La visión optimista frente a la hermenéutica

La hermenéutica puede considerarse como la llamada a determinar la pretensión de verdad de las ciencias sociales. Ante los problemas que supone el concepto de comprensión en dichas ciencias la hermenéutica es aquella que permite establecer los caminos para poder llegar a la correcta identificación de un mensaje dado. Así como en las ciencias naturales existe un método científico guiado por la lógica formal y las leyes naturales, en las ciencias sociales existen procedimientos aportados por la hermenéutica para poder lograr la comprensión de fenómenos sociales, pues éstos se comprenden mientras que los naturales se explican. En el derecho, para lograr la comprensión de los enunciados jurídicos —que funcionan bajo la premisa unidad de texto, diversidad de lecturas—, la hermenéutica es la clave metodológica pues es ésta la “lógica” de las ciencias sociales (Habermas, 2009).

Pero la hermenéutica ha trasegado un largo camino para poder posicionarse como aquella teoría sobre la verdad en las ciencias sociales. Ha debido superar una visión que la relegaba en la academia, particularmente la academia jurídica, pues generaba miedo o sospecha y la convertía en un elemento inútil, incluso esotérico o adivinatorio. Esta visión que denominaremos pesimista se opone a una visión que resalta el valor de la hermenéutica como una disciplina útil y encaminada a solucionar la arbitrariedad de la interpretación.

La tesis o visión pesimista se sustenta en el verbo de Nietzsche, particularmente en su famosa afirmación según la cual no existen hechos, sólo interpretaciones, pero también identificable en su *Genealogía de la moral* cuando afirma que:

Existe únicamente un ver perspectivista, únicamente un conocer perspectivista; y cuanto mayor sea el número de afectos a los que permitamos decir su palabra sobre una cosa, cuanto mayor sea el número de ojos, de ojos distintos que sepamos emplear para ver una misma cosa, tanto más completo será nuestro concepto de ella, tanto más completa será nuestra objetividad (Nietzsche, 1987, p. 155).

Así vista la hermenéutica tiene una clara impronta de sospecha, se torna en un escenario donde la verdad no existe de manera clara y unívoca pues todo resulta ser, en últimas, una cuestión de interpretación. El mundo terminaría siendo algo cognoscible siempre y cuando el conocimiento tenga algún sentido; pero al ser susceptible de diversas interpretaciones no tiene un sentido fundamental, sino muchísimos sentidos, lo que convierte a la hermenéutica en un espacio intelectual donde la verdad se desdibuja dando paso al perspectivismo (cf. Nietzsche, 1981, p. 277).

Es entendible entonces que esa posición relativista sea evitada en el mundo del Derecho, y con razón, más si se tiene en cuenta que uno de los pilares de lo jurídico es la construcción seguridad sobre el concepto de verdad evitando cualquier injerencia subjetiva en la resolución de problemas a través de normas objetivas y procedimientos formales, la diversidad de perspectivas no es buena, así las cosas “el perspectivismo no nos enseña nuestros límites, sino todo lo contrario: exalta los poderes creadores de la posición de la voluntad de poder, de modo que el acceso a la verdad siempre es perspectivístico en el sentido positivo de creación individual” (López, 2014, p. 111). Es esta la caracterización de lo que es una posición pesimista representa, aquella que desconfía de la hermenéutica pues la considera generadora de caos al multiplicar las interpretaciones de manera arbitraria refundiendo el concepto de verdad pasando a una verdad menos objetiva de la que se cree- comúnmente manejada en las ciencias naturales- y que se encuentra viciada por lo que el sujeto arbitrariamente añade; esta visión de la verdad es poco metodológica pues dota de libertad al intérprete permitiéndole manipular el contenido del mensaje, aquí la hermenéutica es un ejercicio político: “[...] la hermenéutica es política, como en Platón, donde Hermes altera

los significados originales en el proceso de entrega de los mensajes. Es en esta alteración donde tienen lugar la libertad o la existencia. La hermenéutica se muestra siempre como una contribución, no sólo como una simple recepción o anuncio" (Catalán y Zabala, 2011, p. 28). El profesor Jean Grondin explica el origen de esta visión así:

Verdaderamente uno de los posibles sentidos de la palabra 'hermenéutica' puede ser el de designar un espacio intelectual y cultural donde no hay verdad, ya que todo es cuestión de interpretación. Esta universalidad del dominio de la interpretación ha encontrado su primera expresión en el verbo explosivo de Nietzsche: no hay hechos sino sólo interpretaciones (Grondin, 2008, p. 14).

Sin embargo esta posición frente a la hermenéutica tiene su contraparte: una visión optimista. Esta posición parte de asumir una actitud contraria a la que representa a la hermenéutica como un elemento generador de caos. Es la hermenéutica la llamada a remediar tal desorden pues ante la multiplicidad y arbitrariedad de interpretaciones, aquella pone orden estableciendo reglas para lograr una mejor comprensión y encontrar la verdad en las ciencias del espíritu. Es precisamente aquello que los pesimistas le endilgan a la hermenéutica lo que genera la posición contraria: el caos en la interpretación no es resultado de la hermenéutica, es el punto de partida para su trabajo, así, la valoración y corrección de las interpretaciones para una mejor comprensión es la verdadera función hermenéutica. De nuevo Grondin dice:

Y sin embargo, como no nos cansaremos de recordar, esta concepción (la pesimista), se sitúa en las antípodas de lo que siempre ha querido ser la hermenéutica, a saber, una doctrina de la verdad en el dominio de la interpretación. La hermenéutica clásica ha querido, efectivamente, proponer reglas para combatir la arbitrariedad y el subjetivismo en las disciplinas que tienen que ver con la interpretación (2008, p. 15).

Esta visión optimista debe ser la asumida por el derecho en tanto permite garantizar la razón práctica en la toma de decisiones judiciales además de potenciar el uso de la hermenéutica jurídica como una herramienta que permite corregir la eventual arbitrariedad judicial (Sterling, 2013, pp. 139-161). Confiar en los métodos y técnicas de la hermenéutica jurídica es necesario para poder lograr la comprensión a la hora de analizar enunciados normativos y así construir la legitimidad en la decisión judicial. La posición optimista implica abandonar la idea según la cual toda interpretación, salvo la gramatical, debe ser evitada en el campo jurídico.

En el Derecho, ante la indeterminación de lenguaje y el enfrentamiento de los jueces a problemas filosóficos las reglas que proporciona la hermenéutica son elementos básicos para lograr una confianza del ciudadano en la práctica judicial pues éstas permiten no sólo la explicitación de razones acerca de por qué una interpretación es mejor que otra en el caso concreto, sino que también generan rigurosidad argumentativa. La interpretación, que puede ir desde la exégesis hasta la consulta del espíritu o fin de la norma, jamás será un ejercicio arbitrario mientras se fijen reglas y pautas mínimas para tal procedimiento en aras de lograr una comprensión de textos jurídicos armonizada con las disposiciones constitucionales. Ante estos retos de carácter lingüístico y moral la hermenéutica dice presente para dar una mano. La hermenéutica jurídica así entendida no genera, bajo ninguna circunstancia caos, por el contrario, es la esencia del Derecho, entendido éste como ejercicio de normas y lenguaje, como ciencia social. Sin hermenéutica no hay Derecho ni práctica judicial pues toda decisión de esta índole es un ejercicio selectivo de interpretaciones con resultados que transforman la realidad e impactan el mundo: “Sólo puede surgir una hermenéutica cuando resulta seguro que las imágenes del mundo no son sólo simples duplicaciones de la realidad tal como es, sino que representan interpretaciones pragmáticas, es decir, implícitas en nuestra relación hablante con el mundo” (Grondin, 2002, p. 41).

2.2.3. Hermenéutica filosófica, crisis del positivismo y pospositivismo

En el año 1988 se publicó el texto *Introducción a la Teoría del Derecho* del profesor español Gregorio Robles Morchón, obra que puede catalogarse como visionaria en la recuperación de la relación entre derecho y hermenéutica filosófica en los términos descritos líneas arriba. En la obra mencionada se puede entrever no sólo una conexión entre la teoría del derecho y los conceptos más elementales de la teoría hermenéutica, sino también se puede esbozar una idea de la hermenéutica como una herramienta útil en el campo jurídico.

La obra del profesor Robles termina siendo un hito en el estudio de la hermenéutica en Iberoamérica pues presenta una teoría del derecho que utiliza una visión de la hermenéutica marcada por elementos como: la historia, la filosofía del lenguaje, la teoría de textos, y la psicología; una concepción útil sin duda en la enseñanza del derecho y en la comprensión del mismo como fenómeno hermenéutico.

El planteamiento de la visión de Robles se enmarca dentro de lo que él denomina la “crisis epistemológica del positivismo” (Robles, 2003, p.179) y que se puede resumir con estas características: en primer lugar la carencia de una base gnoseológica lo suficientemente sólida para explicar por qué el positivismo puede considerarse a sí mismo una forma de conocimiento racional. Ante la imposibilidad de volver a la metafísica como soporte del objeto del derecho (algo propio del paradigma iusnaturalista) el positivismo requiere entonces una

estructura que satisfaga un mínimo gnoseológico distinto a la autoridad *per se* de lo racional.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el positivismo ha entrado en una crisis —que se reflejará en el positivismo jurídico— que se traduce en la necesidad de abrir el debate sobre cuestiones novedosas que surgieron como consecuencia de las complicaciones que supuso equiparar el método de las ciencias naturales al de ciencias sociales o del espíritu. Aquel lema del positivismo de “atenerse a los hechos” sería ahora cuestionado también al preguntarse ¿qué es un hecho? Ante esta situación el positivismo había mostrado una actitud “naturalista” (Robles, 2003, p. 180) que se limitaba a meras comprobaciones sensoriales. De ahí que la mente se comporte como un espejo de la realidad inmediata de los hechos, recordando la filosofía de Richard Rorty en su famosa obra *La filosofía y el espejo de la naturaleza* (Rorty, 2010), y ello supone la creación de una determinada concepción de la realidad que implica que se nos es pre-dado lo real a nuestros sentidos y al final éstos terminan doblegados ante la idea de dicha realidad. Como sostiene el profesor Fernández Membrive:

Pero, por lo pronto, ¿qué significa que un enunciado se corresponda con los hechos? (También podríamos preguntar, por supuesto, ¿qué es un hecho?). Si a lo primero respondemos que la correspondencia es un ajuste o una conformidad entre lo que se piensa y lo que es o existe, o entre lo que se dice y la realidad, tampoco adelantamos mucho en la aclaración del asunto; lo único que hacemos es nombrar de otra manera el problema, y el problema precisamente consiste en esclarecer lo que pueda significar esa exigencia de correspondencia, ajuste, conformidad, etc. Dicho de otro modo, el problema en todo caso consiste, por un lado, en explicar qué significa que las representaciones mentales o las proposiciones, que, se supone, son entidades de una determinada naturaleza, correspondan a los «hechos» o «estados de cosas», esto es, a entidades del mundo que, se supone también, son de una naturaleza distinta. Y por otro lado, el problema consiste igualmente en esclarecer cómo es que se lleva a cabo esa operación de contraste por la que resulta posible valorar qué representaciones o enunciados corresponden o no, de esa manera, a los estados de cosas. Esta última cuestión es la que resulta más importante para el tipo de rechazo que hacen tanto Habermas como Rorty de esta concepción de la verdad (Fernández, 2015, p. 38).

En ese orden de ideas la metáfora del espejo supone que para el positivismo, puntualmente el jurídico, el derecho refleja la realidad pero desconoce otros elementos que le son propios y que no se reflejan. Se habla por ejemplo de una decisión racional y de un proceso silogístico en su justificación para así crear la imagen de una realidad del derecho, pero, al mismo tiempo, omitiendo elementos que son indispensables —pero no perceptibles— como la ética, la moral, la política o la psicología y que no pueden reducirse a una visión descriptivista propia del positivismo.

En tercer lugar la insuficiencia epistemológica del descriptivismo afecta el positivismo y por ende el positivismo jurídico. El positivismo, ante la idea de que el conocimiento es una descripción de la realidad, solo podría ofrecer una especie de fotografía que registra un “estado de cosas” (Robles, 2003, p. 181) de la realidad con lo cual basta con la acomodación ordenada de imágenes en un fichero para conocer. Pero cuando se habla de la descripción de la realidad usando el ejemplo de un espejo con éste se refleja la realidad en sí misma e imposible de materializar por lo que no se puede registrar. Esta posición de Robles es interesante en tanto se parte de la premisa de que no se puede representar lo que se está viendo (diferencia entre la fotografía y el espejo), de ahí que la mentalidad positivista (fotografía) quiera describir la realidad de una manera artificial y estática, en palabras del mismo Robles: “El positivismo [...] prescinde de la metafísica, pero eleva la realidad misma a la metafísica, prescinde de la idea, y, sin embargo, rescata la realidad como idea. Podría decirse que fotografía la realidad, tratando, en definitiva de estabilizarla o, si se quiere, eternizarla” (Robles, 1977, p. 92).

Es decir, la fotografía describe la realidad en la medida que simplemente no añade nada nuevo a ella, es sólo un retrato o reflejo tal cual es, y como consecuencia no hay cabida para la interpretación distinta a aquella que se limita a describir los elementos del retrato, que en el caso del derecho, bajo un paradigma hegemónico positivista, sería una interpretación gramatical o textual que corta de tajo apreciaciones subjetivas relacionadas con la concepción del mundo y los elementos no perceptibles en la fotografía, como por ejemplo la vida y obra del autor/fotógrafo, todo con el objetivo de evitar tergiversar la realidad y crear subjetividad. Como consecuencia de estas características Robles se empieza a cuestionar el concepto de método en el positivismo:

Sustituyamos ahora la máquina fotográfica por la palabra milagrosa de la filosofía moderna: método. Veremos que el método del positivismo cumple, respecto de la realidad, idéntica función a la descrita para la cámara fotográfica. El método positivista tiene como meta la descripción de la realidad, esto es, de los hechos. [...] La descripción positivista excluye absolutamente la interpretación, allí dónde hay ciencia no hay interpretación, y viceversa: donde hay interpretación no hay ciencia, y, por lo tanto, no hay racionalidad (2003, p. 182).

La explicitación del profesor español resalta que el positivismo asume una posición pesimista frente a la hermenéutica, y pone de presente que dicha visión está en crisis y debe ser superada ante cuestionamientos acerca de si la ciencia admite o no interpretaciones, o incluso ir más allá y preguntarse si la ciencia requiere de forma determinante o no del lenguaje para su explicitación y por qué no comprensión. Lo anterior adquirirá ribetes interesantes en el surgimiento de un giro lingüístico que da importancia capital al análisis del lenguaje permitiendo así la revitalización de una visión optimista de la hermenéutica estructurada en

el concepto de la comprensión, además ingresando algo que resulta un punto notable: la teoría de textos enmarcada en su Teoría Comunicacional del Derecho, a partir de los aportes de Dilthey y Gadamer

3. La teoría comunicacional del derecho (TCD) y la teoría hermenéutica del derecho: teoría de los textos

En la construcción de su TCD el profesor Robles es bastante acucioso en el señalamiento de la filosofía de la razón histórica como fundamento de la revitalización de una teoría hermenéutica que supere las falencias del modelo positivista y que se caracterizará por una mayor rigurosidad en cuanto al fenómeno de obtención de la comprensión —que en autores como Friedrich Schleiermacher, por ejemplo, quedó en un escenario meramente adivinatorio—. De esta manera le es posible armonizar este punto de la evolución de la hermenéutica con la teoría de textos, que será notable en la visión actual de su TCD.

3.1. La filosofía de la razón histórica: Dilthey y Gadamer

Dentro de las diversas corrientes que han sido críticas del positivismo debe darse, para nuestro caso, especial atención a la propuesta por Wilhem Dilthey que puede denominarse filosofía de la razón histórica. Bajo esta visión, y para el caso de la hermenéutica jurídica, es posible dar cuenta de problemáticas que el positivismo había rotulado como peligrosas debido a que permitían la irracionalidad en la decisión judicial al alejarse del estricto carácter descriptivo y a-valorativo que suponía la esencia racional y objetiva del modelo.

La realidad hizo necesario el abandono del modelo descriptivista del positivismo permitiendo que se abriera paso para el derecho el modelo universal de Dilthey y posteriormente el de Gadamer. Ante el surgimiento de movimientos constitucionales que recogían las ideologías de sociedades cada vez más pluralistas y cambiantes se obtuvo como resultado la consagración en el texto constitucional de derechos con una vaguedad lingüística evidente, lo que hizo necesario enfrentar dicho escenario con un nuevo modelo que permitiera la coexistencia de paradigmas respecto del derecho y sus formas de conocimiento y comprensión: la fotografía ya no era suficiente pues mostraba un momento en la historia, un retrato, pero nada más.

Pese al avance sólido del positivismo durante el siglo XIX y gran parte del XX ello no logró eliminar la conciencia respecto de la importancia de las humanidades. Ante el auge del método científico la preocupación por los valores nunca desapareció y poco a poco se tomaba conciencia de que no todo podía ser explicado por las ciencias naturales y sus reglas. Por su parte la ciencia del derecho, en palabras de Robles, contaba con la Jurisprudencia como una forma

de tratar los textos y la investigación de su significado, en cuyo desarrollo jugaría un papel fundamental la historia sobre todo con los aportes, primero de Dilthey, y posteriormente de Gadamer. De esta manera la razón histórica como fundamento hermenéutico se oponía al feudo del positivismo y la pretensión de cientificidad predominante entonces.

La historia, ahora convertida en otro método, conllevaría la creación de un mundo histórico en oposición al mundo físico. Este mundo histórico no es nada distinto a historia elevada a la razón y que a su vez permite que la aquella sea la herramienta para comprender la realidad. Esto se tornará importante porque en la hermenéutica —como ejercicio de comprensión— la biografía o vivencias del autor serán determinantes para el hallazgo del sentido en los textos en la medida de que todo texto es la expresión de una espiritualidad, una intención del autor que desea transmitir para que perdure: “sobre el suelo de lo físico aparece la vida espiritual” (Dilthey, 2000, p. 121). Así las cosas, el sentimiento vivido (*Erlebins*) será el fundamento para el desarrollo de una hermenéutica que se sustente en la razón histórica y así la comprensión se lograría a través del análisis de la individualidad a partir de signos externos pues al final todo texto es la expresión de un autor, de sus sentimientos y aspiraciones: “Al proceso por el cual, partiendo de signos que se nos dan por fuera sensiblemente, conocemos una interioridad, lo denominamos comprensión” (Grondin, 2008, p. 40). La comprensión entonces sólo es posible en la medida en que se pueda recrear en uno mismo el sentimiento vivido por el autor a partir de una estructura triádica: Lo vivido por el autor, la expresión de esto a través de los signos y finalmente la comprensión que logra el receptor; este es el quehacer de la hermenéutica en la obra de Dilthey pues: “En las ciencias que nos interesan actúa una tendencia que se funda en la cosa misma. El estudio del lenguaje incluye tanto la fisiología de los órganos de la palabra como la teoría del significado de las palabras y el sentidos de las frases” (Dilthey, 1944, p. 102).

Pero pese a los notables aportes de Dilthey que permitieron la creación de una hermenéutica más universal y menos adivinatoria, superando el listón dejado por Schleiermacher, al proponerla como aquella que fundamenta la pretensión de verdad de las ciencias del espíritu, a saber: “el conjunto de las ciencias que tienen por objeto la realidad histórico social” (Dilthey, 1949, p. 13) o también denominadas “ciencias culturales” (Dilthey, 1944, p. 91). Dilthey parece dar una fundamentación de éstas que se aparta del positivismo pero, paradójicamente, con una notable influencia y similitud a éste. En otras palabras, Dilthey trató de crear un estatuto autónomo de las ciencias del espíritu que permitieran su diferenciación de las ciencias naturales a través de un modelo que terminaba siendo similar al de éstas últimas, una especie de ciencias del espíritu naturales. Lo anterior fue cuestionado por Gadamer permitiendo además una visión un poco más precisa.

Los aspectos que hacen la hermenéutica gadameriana tan valiosa radican, *grosso modo*, en que Gadamer sostiene que tanto la filosofía como la hermenéutica son útiles en la medida que se encargan de aquello que no ocupa al científico (que trabaja con una naturaleza sensible). El filósofo y el hermeneuta, lejos de presentar resultados medibles y visibles, le corresponde abordar lo problemático, lo que “da que pensar” (Gadamer, 2006, p. 49). El derecho, por ejemplo y entendido como un ejercicio hermenéutico, proporciona este escenario a partir del diálogo constante con la historia, pero además, su objeto de estudio al estar ligado a conceptos como Justicia, Poder, Libertad o similares, lo hace propenso a debates de índole político y moral. Estos conceptos provienen y se moldean a partir de realidades sociales, son parte de la memoria colectiva de un pueblo. Esto sirve como preámbulo a una posición en la que Gadamer plantea la importancia del reconocimiento de la autoridad del otro como elemento para combatir la arbitrariedad. Pero debe indicarse que dicha autoridad no es buena por sí misma ya que la autoridad por autoridad no tiene ningún sentido.

Dicha autoridad es la que da el contrapeso a la inteligencia propia de la ilustración y el auge las ciencias naturales: “Por eso lo válido aquí no es sólo la máxima de la Ilustración: ten el valor de usar tu inteligencia, sino también lo contrario: la autoridad” (Gadamer, 2006, p. 45). Y es que reconocer y obedecer la autoridad significa que la voz del otro importa, debe ser escuchada y retumba en el presente, es el reconocimiento de que alguien pudo haber comprendido algo mejor que uno mismo, una especie de ética del discurso a partir de la historia y el reconocimiento. Lo anterior supone una forma de combatir la arbitrariedad: el diálogo reconociendo limitaciones, igualdad, y autoridad a través de la experiencia: “Escuchar la tradición y permanecer en la tradición, es sin duda el camino de la verdad que es preciso encontrar en las ciencias del espíritu” (46). El concepto de autoridad también supone la eliminación del tratamiento peyorativo hacia los prejuicios, recordemos que éstos deben ser desechados según la ciencia natural, y a lo que Gadamer llamó “vieja receta” (Gadamer, 2002, p. 59) pues las ciencias sociales o del espíritu utilizan dichos prejuicios y a través del debate éstos se ponen en juego, Gadamer dirá que la “autoridad es la base de la educación” (61) —autoridad en un sentido emancipador y ético— y por lo tanto su reconocimiento supone una valoración inevitable de prejuicios.

Gadamer también es claro al reconocer la hegemonía metódica de las ciencias naturales en el siglo XIX como causa del porqué de la naturaleza lógica de las ciencias del espíritu. La posición gadameriana resulta valiosa en tanto en su monumental obra *Verdad y Método* aparece para cuestionar como la ciencia le ha dado más importancia al método que a la verdad, en otras palabras, el método, que es un instrumento, termina siendo más importante que la verdad, en este caso el fin de la ciencia. Robles, conocedor amplio de la obra de Gadamer, lo identifica y señala de esta manera: “La filosofía moderna se ha preocupado más hasta ahora del método, del camino, del trayecto. Hora es de que nos ocupemos del fin, del objetivo, esto es, de la verdad” (Robles, 2003, p. 188).

Valiéndose de lo anterior Robles propone el retorno a una hermenéutica filosófica sustentada en la tradición humanista que se podía entrever en Gadamer. Esta hermenéutica estaría centrada en la construcción de la comprensión a través de la búsqueda de la experiencia vital, más allá de los textos escritos (que serían sólo una parte de la expresión humana), una comprensión del todo, y así lo señala: “Mi aspiración es propiamente una aspiración filosófica: la cuestión no está en averiguar qué es lo que hacemos o deberíamos hacer, sino en qué es lo que pasa en nosotros, más allá de la voluntad de hacer” (Robles, 1982, p. 20). La pregunta central de la hermenéutica filosófica no estaría encaminada a una visión limitada a las ciencias del espíritu sino a la totalidad de la vivencia humana y sus prácticas vitales. ¿Cómo es posible la comprensión entonces? A través del olvido de reglas y la hegemonía del método, plantea Robles siguiendo la idea gadameriana, una reflexión sobre el “estar ahí” en un mundo histórico, dar cuenta de las experiencias del mundo.

Pero Robles identifica que esta posición eventualmente traería un problema: la hermenéutica puede caer en el campo y las falencias propias de la filosofía de la historia, es decir: hermenéutica como filosofía de la historia. Ello se vería reflejado en la imposibilidad de separar lo individual de lo universal: “[...] puesto que mi meta cognoscitiva es hallar el sentido, no de lo individual en cuanto que individual, sino en conexión con la historia efectual, de tal modo que nada escape a la integración en el todo dotado de sentido, incluso los más pequeños detalles” (Robles, 2003, p. 190). Someter la historia a la historicidad de ella misma es una trampa que acertadamente denuncia Robles. Cada época significa la creación de la historia así como los supuestos para su comprensión. La historia no es la panacea, en tanto herramienta de comprensión autónoma, sino que “ella misma se inserta en la hermenéutica” (190).

3.2. La teoría de textos

Para evitar el problema descrito anteriormente, que supone confundir la hermenéutica con la filosofía de la historia, Robles plantea que, a diferencia de la historicidad, la “lingüística (*Sprachlikeit*) subyace a todo fenómeno de comprensión, y éste a su vez es el marco dentro del cual necesariamente se inserta todo conocimiento, del tipo que sea” (Robles, 2003, p. 190). Por lo tanto puede hablarse de una universalidad de la hermenéutica fundada ahora un fenómeno inmediato —a diferencia de la historia— y también universal: el lenguaje.

El análisis hermenéutico de cualquier fenómeno se presenta en el tratamiento textual de éste en la medida que sólo a través de los textos se puede buscar la comprensión. El hombre se acerca a los fenómenos para aprehenderlos a través de la expresión textual que supone la transmisión de un mensaje o experiencia de vida, de ahí que: “Comprender e interpretar textos es la función paradigmática de

la hermenéutica” (Robles, 2003, p. 190). En este orden de ideas Robles se apunta a una concepción clásica de la hermenéutica —que ya había sido enriquecida por la visión amplia de Dilthey— y que tiene como una de sus características la de recaer principalmente sobre textos (cf. Grondin, 2008, p. 17).

Pero Robles va más allá de esta concepción y plantea, en 1988, que el texto debe ser elevado a una visión más amplia para dotarlo así de un significado universal, ya que sólo de esa manera podría llegarse también a un concepto universal de la hermenéutica como herramienta para lograr la comprensión. Por tal razón el texto, en la posición de Robles —que será luego recogida en su famosa TCD—, será: “Todo lo que el hombre hace, dice, piensa, habla, actúa, etc.” (Robles, 2003, p. 190). De esta manera el concepto de texto va ligado al de la experiencia vital que busca ser develada en el proceso de comprensión pero que sólo puede ser percibida a través de un discurso o un diálogo. El texto da cuenta de la experiencia humana en el mundo.

El texto así entendido representa un interés que suscita una pregunta para el intérprete, una pregunta sobre el horizonte histórico del autor y su presencia en él y que sólo es perceptible a través del mismo texto y de la conversación. Surge de nuevo un rasgo propio de la hermenéutica gadameriana consistente en la importancia del diálogo con el otro, en tanto ese otro se reconoce como un sujeto valioso que puede aportar conocimiento para luego generar transformación; ese otro representa también la autoridad en la medida que lo quiere decir es trascendental para el que está interesado en comprenderlo. Vemos cómo la lingüisticidad se presenta como la esencia del quehacer hermenéutico y la razón subyace en que la comprensión siempre requiere de un marco lingüístico, no porque ésta provenga después de las palabras, sino porque “tal comprensión se consume en el lenguaje” (Robles, 2003, p. 196). Se reafirma entonces la idea axiomática de Gadamer según la cual todo lo que se debe presuponer en la hermenéutica es lenguaje.

El gran aporte de la hermenéutica, dice Robles, será entonces que es posible hablar de una universalidad del lenguaje a la hora de interpretar y por lo tanto es posible hablar de una universalidad en la comprensión. Todo objeto puede ser comprendido y puede ser traducido al lenguaje. Lo que se interpreta no tiene que poseer necesariamente una naturaleza lingüística, como por ejemplo un texto en sentido tradicional, sino que puede ser una obra de arte o una pieza musical, pues si bien es cierto éstos no tienen en estricto sentido un carácter lingüístico son en últimas medios de expresión de una experiencia personal del sujeto en el mundo (cf. Gadamer, 1991, p. 65). Esta visión permite una concepción de texto que no es un amarre metodológico en tanto no pretende convertirse en algo dado e inmodificable, en algo que se entrega para acumular conocimiento y nada más. Robles acude a la visión de Gadamer para poner de presente la tradición humanística del conocimiento en donde se privilegia la construcción (*Bildung*)

autónoma o formación y no la simple acumulación de contenidos. En este orden de ideas el conocimiento ofrece verdades que transforman al ser humano a través de la elevación hacia la generalidad, Gadamer dice respecto de ese conocimiento:

[...] no está simplemente reducido a la formación teórica, y tampoco designa un comportamiento meramente teórico en oposición a un comportamiento práctico, sino que acoge la determinación esencial de la racionalidad humana en su totalidad. La esencia general de la formación humana es convertirse en un ser espiritual general. El que se abandona a la particularidad es 'inculto' (Gadamer, 2006, p. 41).

No es extraño entonces que Gadamer considerara a la hermenéutica jurídica como paradigmática por la siguiente razón: los métodos de interpretación utilizados afectan la dogmática jurídica y también decisión judicial, modifican la realidad. Esto está íntimamente ligado a la problemática sobre cuál es el concepto del derecho y el lenguaje de los juristas. En otras palabras: los juristas se han preocupado más por el problema de la definición del derecho olvidando las "demandas teóricas de los juristas" (Robles, 2003, p. 199). La abstracción del lenguaje jurídico conlleva a vivir de espaldas a la realidad convirtiendo a la filosofía y a la hermenéutica del derecho en elementos totalmente improductivos, altamente ideales y abstractos.

Robles no niega que el problema ontológico del derecho sea relevante, pero no puede llevar a una amputación metodológica. La formación del jurista y su posición frente al Derecho no puede ser simplemente una visión carente de construcción y limitada sólo a la acumulación de conocimientos a partir de textos en un sentido corriente ya su interpretación de manera gramatical o exegética únicamente. Antes de preguntarnos qué es el derecho deberíamos empezar por preguntarnos cómo construimos el derecho y cómo hablamos de él, esto es algo que sólo se puede lograr a través del texto en un sentido amplio, del texto como la evidencia de las experiencias humanas en el mundo. "¿Cómo construimos los hombres el derecho? La respuesta sólo puede ser esta: mediante las palabras" (Robles, 2003, 1999).

En su teoría del derecho, que recoge los fundamentos de la TCD (Robles, 2015, pp. 265-358). Robles presenta la relación entre dogmática jurídica y teoría de textos. La más reciente versión de la TDC habla del texto como "toda obra humana" (265), y ello implica que en esa categoría caben desde objetos artificiales (una silla o un bolígrafo), una obra de arte, una estructura civil como un puente o una carretera, una composición musical, un tratado de química o física, una ley o una sentencia judicial, etc. Dicha conceptualización es posible en la medida en que se habla de realidades construidas intencionalmente por el hombre, cosificadas, que poseen un sentido para él. Las construcciones del hombre, bajo esta perspectiva, serían obras, acciones, y la acción es fundamental en la TCD pues

“la acción es el sentido o significado de un movimiento o conjunto de movimientos físico-psíquicos. Como sentido o significado que es, es susceptible de transmitirse mediante el lenguaje”, en últimas sobre ésta es que recae el derecho (265).

Respecto del predominio de textos escritos en el mundo jurídico, Robles es claro en plantear que existen tres tipos o categorías: ordinamentales (constituciones, tratados internacionales, leyes), sistémicos (manuales, textos doctrinales, estudios) y aquellos que no son ni ordinamentales ni sistémicos (demandas, querellas, escrituras, etc.). Lo anterior genera una realidad textual compleja en el derecho que se caracteriza por innumerables enlaces entre diversos tipos de textos, una especie de hipertexto en tanto se habla de un texto infinito, en crecimiento y compuesto por numerosas referencias, como conclusión se puede hablar entonces del derecho como “un gran texto” (266).

Ahora bien, para la comprensión de este gran texto se plantea la necesidad de “presupuestos comunicacionales o marco hermenéutico de referencia” (269) que implica la existencia de un bagaje cultural de cierta profundidad a la hora de realizar ejercicios de comprensión, algo similar a lo que sería el punto de vista hermenéutico en la obra de Neil McCormick (McCormick, 1978) De ahí que para la comprensión de la diversidad de textos es necesaria una formación jurídica pero también cultural y por qué no literaria.

Robles se compromete con una noción de texto amplia, como hemos visto, que sin duda permite una comprensión del mundo jurídico a partir de la eliminación de una hegemonía ideológica del positivismo y su lógica gramatical. El texto ahora es una construcción que implica una conciencia de nuestra presencia en el mundo y que no se agota simplemente con normas jurídicas positivas y codificadas, aparece también la concepción de la jurisprudencia como elemento narrativo, el concepto de hipertexto (un texto conectado con otros e infinito), incluso la noción interesante de textos “escribibles” puede ser parte del derecho, miremos para finalizar esta idea bajo la óptica de Roland Barthes:

¿Cómo plantear entonces el valor de un texto? ¿Cómo fundar una primera tipología de los textos? La evaluación fundadora de todos los textos no puede provenir de la ciencia, pues la ciencia no evalúa; ni de la ideología, pues el valor ideológico de un texto (moral, estético, político, alético) es un valor de representación, no de producción (la ideología no trabaja, “refleja”). Nuestra evaluación sólo puede estar ligada a una práctica, y esta práctica es la de la escritura. De un lado está lo que se puede escribir, y de otro, lo que ya no es posible escribir: lo que está en la práctica del escritor y lo que ha desaparecido de ella: ¿qué textos aceptaría yo escribir (reescribir), desear, proponer, como una fuerza en este mundo mío? Lo que la evaluación encuentra es precisamente este valor: lo que hoy puede ser escrito (reescrito): lo escribible (2005, p. 450).

Como vemos además del concepto de hipertexto, está el de texto escribible (*writerly texts*) como oposición al de texto legible (*readerly texts*). Los primeros caracterizados porque en ellos se busca que el lector tome parte activa en el desarrollo de la narración permitiendo que sus decisiones sobre qué y cómo leer cambian el final de ésta; por el contrario los segundos presentan una estructura lineal en la que sólo se puede leer de una manera con un resultado invariable (cf. Barthes, 1977, pp. 142-149). El concepto de hipertexto sumado al de texto escribible es valioso como complemento a la visión tradicional y lineal por lo que su exclusión no sería deseable: "Por eso, negar universalmente la connotación es abolir el valor diferencial de los textos, negarse a definir el aparato específico (poético y crítico a la vez) de los textos legibles, es equiparar el texto limitado al texto-límite, es privarse de un instrumento tipológico" (Barthes, 2005, p. 453).

Puede entonces pensarse que el proceso de interpretar consiste en ampliar el texto de forma hasta que llegue a estar en relación con el universo entero pues sólo así tendría sentido. El texto da cuenta de experiencias, historias, sentimientos, conductas que se dan un espacio y tiempo, los jueces los abordan y se pronuncian sobre ellos con más textos escribibles que por lo general remiten a otros textos (hipertexto).

El mundo podría ser entendido como una especie de texto con infinitas posibilidades e implicaciones. La jurisprudencia como ejercicio de narración de historias (hombres que han cometido un crimen, personas que buscan remuneraciones a una vida de trabajo, personas que buscan justicia frente a actos de otros, etc.) es un texto que nos remite a otros donde también se encuentran historias y reglas. Lo mismo podría decirse de las leyes que constantemente envían al lector a otras como en una especie de red infinita. Este concepto que suele llamarse hipertexto (cf. Landow, 1994) implica que no existen textos acabados sino en constante crecimiento y construcción, como los textos legales.

El texto ampliado en su concepto permite una concepción distinta a la tradicional y resulta útil en la comprensión del fenómeno jurídico. Lejos queda la época en que el texto jurídico se identificaba con aquel expresado en una codificación y sin más conexiones que aquellas que la exégesis prodigaba, desde luego, pocas y sólo con atribuciones autoritarias. El texto bajo la concepción de la TCD de Robles puede ser entendido como aquel que permite la comunicación, generación de nuevos sentidos y una capacidad de memoria. Tiene el texto entonces unas funciones que permiten completar la definición lotmaniana de texto (Lotman, 1996, pp. 86-100). Una función de carácter comunicativa en tanto trasmite un mensaje de un emisor hacia un receptor. Una función generadora de nuevos sentidos en ocasiones presumiblemente no previstos y lo que desemboca en una capacidad creadora a partir de la interpretación. Y una tercera función nemotécnica como la capacidad de preservar el recuerdo y evitar el olvido.

A la luz de lo dicho, el texto se presenta ante nosotros no como la realización

de un mensaje en un solo lenguaje cualquiera, sino como un complejo dispositivo que guarda varios códigos, capaz de transformar los mensajes recibidos y de generar nuevos mensajes, un generador informacional que posee rasgos de una persona con un intelecto altamente desarrollado. En relación con esto cambia la idea que se tenía sobre la relación entre el consumidor y el texto. En vez de la fórmula “el consumidor descifra el texto”, es posible una más exacta: “el consumidor trata con el texto”. Entra en contacto con él (Lotman, 1996, p. 82).

El texto así entendido permite recobrar una visión del derecho como ejercicio hermenéutico conectado con el mundo y no como ejercicio sometido a reglas inflexibles y a una exclusiva visión del camino de la comprensión de los enunciados normativos presente en los textos. Ante los límites propios de la visión positivista, esta nueva visión de la hermenéutica del derecho construida en la TCD aparece como un elemento valioso para la comprensión del fenómeno jurídico.

4. Conclusión

La necesidad de cambiar el abordaje de la hermenéutica para la enseñanza del derecho supone alejarse de la concepción tradicional propia del positivismo. Este cambio implica el reconocimiento, de la estrecha y necesaria relación de la hermenéutica general (como disciplina autónoma) y la hermenéutica aplicada en el derecho (que no es ya una asignatura o área de estudio aislada y de propiedad exclusiva de la formación jurídica). De esta manera el estudiante podrá dimensionar el verdadero papel del quehacer hermenéutico contemporáneo caracterizado además por una posición optimista que ve en la hermenéutica una herramienta que corrige el caos generado por la arbitrariedad de interpretaciones.

La Teoría Comunicacional del Derecho (TCD) de Gregorio Robles se presenta entonces como una propuesta adecuada para el fin trazado, dado su visión amplia del fenómeno hermenéutico, al que relaciona con la filosofía, el lenguaje y la historia. La TCD es especialmente útil en la noción de texto, que tradicionalmente implicaba una especie de amarre metodológico al considerar que sólo puede tratarse como “texto” lo escrito y dado sin posibilidad alguna de repensar alternativas más amplias. Una concepción de texto en la cual éste es asumido como una construcción comunicativa y no un objeto dado e inmodificable permite una visión hermenéutica comprometida con el dinamismo social y su verdadera función: la comprensión del mundo y del derecho, una posición emancipadora.

La Teoría Comunicacional del Derecho, como su nombre lo indica, pretende principalmente argumentar que el derecho es un ejercicio hermenéutico pues es además un ejercicio de comunicación y transmisión de sentido. Ya desde 1988 se veían las bases de esta pretensión que conllevarían a la elaboración de una teoría de textos con las características expuestas. La asunción del derecho como un

ejercicio hermenéutico a partir de la premisa de unidad de texto y diversidad de lecturas, la adopción de una visión optimista de la hermenéutica, la crisis del pos positivismo y su insuficiencia metodológica, los aportes de la crítica de la razón histórica se unieron para que Robles presentara una teoría de textos ambiciosa y necesaria para la enseñanza del Derecho dentro de un escenario riguroso, amplio y alejado de amarres metodológicos y visiones hegemónicas que no permitían entender adecuadamente el fenómeno de la comprensión.

La obra de Robles, en lo personal, es una luz para poder abrir paso a una concepción del derecho que permita la creación de puentes sólidos entre lo jurídico y la filosofía, el lenguaje y la historia. De esta manera puede hablarse de un derecho global constituido por la comunicación como eje de su función. La transmisión de mensajes (y no simples órdenes) supone encarar al derecho con una perspectiva lingüística y hermenéutica a la hora de realizar el análisis de los enunciados normativos y las sentencias judiciales. Sumado a lo anterior, la TCD permite entrever una posición conciliadora entre las teorías hermenéuticas y las teorías analíticas, pero esto deberá ser abordado en otro estudio.

Referencias

Barthes, R. (1977). *Image, music, text*. London: Fontana Press.

Barthes, R. (2005). *S/Z*. Madrid: Siglo XXI.

Benoist, J. C. (2007). *Ilustración dualidad Onda Partícula* (imagen), licencia creative commons cc by 2.5, recuperado de <https://lejournal.cnrs.fr/articles/donner-dusens-a-la-mecanique-quantique>

Catalán, J. y Zabala, S. (2011). ¿Por qué no hay hechos sino sólo interpretaciones? *Revista claves de razón práctica*, (211), 26-29.

Dilthey, W. (1944). *El mundo histórico*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Dilthey, W. (1949). *Introducción a las ciencias del espíritu*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Dilthey, W. (2000). *Dos escritos sobre hermenéutica: El surgimiento de la hermenéutica y los Esbozos para una crítica de la razón histórica*. Madrid: ISTMO.

Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Dworkin, R. (2010). ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos? *Revista Isonomía*, (32), 7-29.

Fernández, M. M. (2015). Frente al imposible espejo de la naturaleza: Rorty y Habermas. *Revista Daimon*, (65).

Gadamer, H. (1991). *La actualidad de lo bello*. Barcelona: Paidós.

Gadamer, H. (2002). *Acotaciones hermenéuticas*. Madrid: Trotta.

Gadamer, H. (2006). *Verdad y Método II*. Salamanca: Sígueme.

Grondin, J. (2002). *Introducción a la hermenéutica filosófica*. Barcelona: Herder.

Grondin, J. (2008). *¿Qué es la hermenéutica?* Barcelona: Herder.

Guillaume, P. (1976). *Psicología de la forma*. Buenos Aires: Psiqué.

Habermas, J. (2009). *La lógica de la ciencias sociales*. Madrid: Tecnos.

Kristan, A. (2009). Hiperliteratura y Derecho: Unidad de texto y diversidad de lecturas. *Revista DIXI*, (12). Traducción de Juan Pablo Sterling Casas, Bucaramanga, Centro de Investigaciones Socio jurídicas CIS. Bucaramanga: Universidad Cooperativa de Colombia Seccional Bucaramanga, ISSN 0124-7255.

Landow, G. P. (1994). *Hypertext Theory*. Baltimore: John Hopkins University Press.

López, M. C. (2014). Verdad o Interpretaciones: Gadamer versus Nietzsche. *Eikasía Revista de filosofía*, (56), 105-126.

Lotman, I. (1996). *La semiosfera I*. Madrid: Forensis-Cátedra Universitat de Valencia.

Matlin, P. A. y Foley, M. A. (1996). *Sensación y percepción*. México DF: Prentice Hall.

McCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.

Nietzsche, F. (1981). *La voluntad del poderío*. Madrid: EDAF.

Nietzsche, F. (1987). *Genealogía de la moral*. Madrid: Alianza.

Oviedo, G. (2004). La definición del concepto de percepción en psicología con base en la teoría Gestalt. *Revista de Estudios Sociales*, (18), 89-96.

Prieto, S. L. (1985). Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin.

Revista Española de Derecho Constitucional, (5)14, 353-377.

Robles, M. G. (1977). El Origen de la Sociología del Conocimiento. *Revista Derecho, Razón Práctica e Ideología*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, (17), 91-102.

Robles, M. G. (1982). *Epistemología y Derecho*. Madrid: Pirámide.

Robles, M. G. (2003). *Introducción a la teoría del derecho*. Barcelona: Debate.

Robles, M. G. (2015). *Teoría del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters-Aranzadi.

Rorty, R. (2010). *La Filosofía y el Espejo de la Naturaleza*. Madrid: Cátedra.

Sterling, J. (2013). Hermenéutica y Argumentación Jurídica: Límites a la discrecionalidad Judicial. En Grandez, P. y Morales, F. (Eds.), *La Argumentación Jurídica en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra.