

**CODIFICACIÓN, PLURALIDAD CULTURAL Y
‘PRAGMÁTICA DEL CONFLICTO’***

Roque Carrión-Wam*

1

Entre el año de 1995 y el año 2001, es decir, al final del siglo XX y en el umbral del siglo XXI, se han producido, por lo menos, tres acontecimientos académicos que están imbuidos del mismo espíritu, o, si se quiere, que se enclavan en el mismo horizonte de significación: la revisión y crítica a la idea y a la ideología del Código y de la Codificación, tal como llegó a plasmarse en la cultura jurídica y política de occidente, la misma que se trasladó al “nuevo mundo” con la empresa conquistadora española; y tal como se desarrolló, posteriormente, como imitación de la codificación europea, en América Latina en su época republicana hasta los días finiseculares del siglo XX.

Esos tres acontecimientos son los siguientes: la celebración del VIII Centenario del nacimiento de Federico II Emperador y Rey de Sicilia, que esta Universidad de Messina celebró, en 1995, con un Congreso titulado “Federico II Legislatore del Regno di Sicilia nell’Europa del Duecento. Per una Storia comparata delle codificazioni europee”. El segundo acontecimiento fue realizado en São Paulo, Brasil, bajo el nombre de “Derecho Oficial, Contra Cultura y Semiótica del Derecho” en 1997¹ y, ahora, el tercero con las “Giornate Internazionali di Studi. Tra Interpretazione e Comunicazione. Nascita e declino dei codici: un approccio interdisciplinare”, que bajo la feliz iniciativa del estimado colega y amigo Prof. Domenico Carzo, se llevan a cabo en esta Universidad de Messina.

No es un juego de mi imaginación si afirmo que estos tres acontecimientos culturales académicos constituyen una suerte de panorama histórico del nacimiento y declinación de todos los universos de significación, los mismos que han sufrido un congelamiento en sus respectivos “códigos”, es decir en sus “sistemas de significados convencionales explícitos”.

* Profesor Investigador del Centro Latinoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales.CELIJS. Facultad de Derecho. Universidad de Carabobo. Valencia. Venezuela.

¹Una Primera Versión, fué leída en las Giornate Internazionali di Studi “Tra Interpretazione e comunicazione. Nascita e declino dei codici: un approccio interdisciplinare”. Universidad de Messina, Italia, 18 al 20 de Mayo de 2001. Agradezco las observaciones de los Profesores Vittorio Olgiati de la Universidad de Urbino y Oscar Correas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ 13th. International Colloquium de la International Association for the Semiotics of Law/ Association Internationale de Sémiotique Juridique. “Official Law, Counter Culture and Semiotics of Law”. São Paulo, Brasil, 18th-21st August, 1997.

CODIFICACIÓN, PLURALIDAD CULTURAL Y “PRAGMÁTICA DEL CONFLICTO”

Desde nuestra perspectiva es el “código jurídico”, sus orígenes históricos y su crisis finisecular, el que será objeto de un somero análisis que asume como válida el síntoma de la crisis que señala el Prof. Carzo en el anuncio de estas Giornate: la explosión de una cultura que se disgrega y desconoce sus propios códigos hasta hace poco unívocos, integrados e idénticos. Lo que presento en esta ocasión, no es más que un primer esbozo de una sucinta aproximación a la interpretación que caracteriza, grosso modo, la vida social y jurídica de América Latina en uno de sus últimos episodios más resaltantes del proceso de ruptura entre lo que se ha denominado el “Derecho Oficial”, ejemplificado en sus códigos jurídicos, y la violenta emergencia de exigencias de formas de vida llamadas “contraculturales” o “emergentes”.

La historia del nuevo mundo, como sabemos, está signada por el espíritu moderno que se revela en “los pensadores españoles, pertenecientes al florecimiento cultural del siglo de oro español”, los mismos que “han sido estimados desde hace algún tiempo como los reales precursores del moderno derecho racionalista”, como lo afirma Franz Wieacker en 1952.² Esta parte del mundo descubierta en 1492, que posteriormente se le reconocerá como “América Latina”, aparece como un lugar de transculturación moderna inconclusa. La contraposición del “Ius Comune” y el “Derecho Propio” vigente en Europa de esos siglos se trasladó a Indias y, así, el ius comune europeo identificado con el “derecho romano” entendido como el “Corpus Iuris Civilis” y la ciencia de los glosadores y comentaristas recibieron el tratamiento de doctrina.³

El “Derecho Propio” de estas tierras fue el Derecho Indiano que “rigió en América española desde la época de los descubrimientos hasta la codificación, es decir, en términos generales, desde fines del siglo XV hasta la segunda mitad del siglo XIX”, y estuvo conformado por elementos del derecho castellano, indígena y el “específico de Indias”.⁴ Entre 1571 y 1750 se consolida el Derecho Indiano y entre 1750 y 1900 el Derecho patrio o nacional surge por “encima del derecho común”.⁵ El Derecho Indiano encuentra su última fase en la Independencia de América y fenece con la codificación. En este contexto histórico el ejemplo de Código propio en América fue el redactado por Andrés Bello en 1836 y 1855: el Código Civil para Chile, el mismo que cumplió “cabalmente los ideales de renovación del siglo XVIII”.⁶

2

Bajo este fondo histórico, nuestra comunicación se desarrollará en tres momentos: el primero dedicado a una rápida descripción de la “cultura de la codificación” originaria y heredada; el segundo tratará de señalar las semejanzas y diferencias de un paralelismo entre la vivencia de la crisis europea en relación con el “Código “ y la “Codificación” y el fenómeno del “pluralismo cultural y jurídico” que se vive en los dos mundos. Por último, analizaremos el “conflicto” que se expresa en la oposición de universos de significación diversos que se observa en la confrontación entre el “Derecho Oficial” y la “Contracultura” en la vida social latinoamericana, para concluir propiciando una versión analítica del “conflicto” comprendida como una “pragmática del conflicto”.

² Franz Wiecker. *Historia del derecho Privado de la Edad Moderna*. Aguilar, Madrid, 1957, p. 247.

³ Bernardo Bravo Lira. *Derecho Común y Derecho Propio en el Nuevo Mundo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p. 5.

⁴ *Op. cit.*, pp. 5-6.

⁵ *Op. cit.*, p. 39.

⁶ *Op. cit.*, pp. 47 y 51.

3

Sería una temeridad de mi parte recordarles la vieja y nueva historia del proceso de codificación y de los ideales racionales modernos que impulsaron la idea y la ideología del “Código” y “Codificación” jurídicos en Europa. Para sólo referirme a los últimos treinta años del siglo XX, y a trabajos conocidos en América Latina, podemos recrear esta historia recurriendo a los estudios sobre “Le Ideologie della codificazione nel século XVIII” y a la “Storia della cultura giuridica moderna” de Giovanni Tarello; al planteamiento sobre el “assolutismo giuridico” como esquema interpretativo de la “concepción jurídica burguesa” de Paolo Grossi,⁷ y la actualísima revisión del tema que hace André-Jean Arnaud en su “Pour une pensée juridique européenne”, para quien por “codificación”, en el sentido moderno, se entiende el proceso cultural e histórico por el cual ha sido posible la realización de un producto que tiene como cualidad el de reunir un conjunto de normas de Derecho- y nada más que esto- y de hacerlo de una manera coherente y sistemática, de tener vocación a la totalización. Es decir, que se presenta como exhaustivo, tratando todas las relaciones jurídicas posibles de una materia dada”.⁸

Subrayo las características esenciales de la “codificación”: coherencia, sistematicidad, exhaustividad, totalización, las mismas que sólo pueden tener una feliz realización dentro de una “cultura común”, base indispensable para que las manifestaciones exteriores del sentido “sea comprensible para todos”.⁹ Y es gracias a esta “cultura común” que es posible que a “un conjunto de técnicas de exposición y de interpretación así como a un conjunto de comportamientos estereotipados” se les asignen “significaciones precisas accesibles a todos por la educación y la experiencia”.¹⁰ La expresión más cabal que resume esta idea de un “código jurídico” es la de Jaubert cuando afirmó: “Un Código debe ser dogmático La ley no debe, jamás, ser un Razonamiento o una disertación”.¹¹

Este sentido del “Código” que estaba en el espíritu de la codificación jurídica, se enraiza en una progresiva visión del mundo soportada por un “racionalismo jusnaturalista subjetivista axiomático”, por una “laicización del derecho” y por el “nacimiento y la progresión del voluntarismo y del positivismo legalista”.¹² El paso siguiente- no sin tropiezos y luchas teóricas y dogmáticas- consistió en: “interpretar los códigos según las exigencias del ‘sistema’ jurídico y según las condiciones del derecho, que es sistema de proposiciones, con los dogmas conexos de la coherencia, de la completud, de la no restitución, de la analogía fundada en conceptos más bien que en fines, etcétera”

⁷ Paolo Grossi . “Ancora sul’Assolutismo Giuridico”, en *Assolutismo Giuridico e Diritto Privato. Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Vol. 52. Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 3. Para una contraposición de la cultura jurídica medieval frente a la moderna, útil para entender a cabalidad el sentido de lo jurídico en el medioevo europeo y la naturaleza de la novedad jurídica moderna, véase del mismo autor *L’Ordine Giuridico Medievale*. Editori Laterza, 200.

⁸ André-Jean Arnaud. *Pour une Pensée Juridique Européenne*. Presses Universitaire de France, París, p. 135. Véase también del mismo autor *Critique de la Raison Juridique*, L.G.D.J. Paris, 1981.

⁹ A.-J. Arnaud. *Pour une Pensée...*, op. cit., p. 25.

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 25 y26.

¹¹ *Op. cit.*, p. 140.

¹² *Op. cit.*, p. 103.

CODIFICACIÓN, PLURALIDAD CULTURAL Y 'PRAGMÁTICA DEL CONFLICTO'

Y esta manera de interpretar los códigos jurídicos se vió favorecida por la idea de un "sujeto codificador trascendental", es decir "por la reconstrucción del 'legislador' que, en lugar de ser aquel de carne y hueso con su voluntad, se pensó como un ente abstracto dotado de una razón que va del legislador concreto al 'legislador bueno'".¹³

La masa informe, plural, contradictoria, desigual de la experiencia de la vida social humana reducía, concentraba, definía y establecía "del modo más económico posible, o sea lo más breve posible (ésta es la razón del código), la función de configurar y distribuir bienes y la función de guía de los comportamientos".¹⁴ El Código jurídico se le reconoció, pues, como un "documento normativo, coherente y unitario".¹⁵

Este Código jurídico como un documento normativo de las conductas lingüística y de la acción, tal como un código de la lengua, estaba orientado a guiar la vida social en una determinada dirección. Así, "la estructura del derecho codificado...era apropiada para el Estado Liberal"¹⁶, que encarnaba la "concepción jurídica burguesa" que, según Grossi, se plasma en el "assolutismo giuridico".¹⁷ Esta característica central del derecho moderno diseñaba con precisión el nuevo concepto de "ley" como un "complejo de reglas imperativas proveniente de los detentadores del poder político".¹⁸ Y con ello la pluralidad natural y contradictoria de la experiencia jurídica medieval continental europea se reducía a una expresión de intereses sociales de una clase dominante en la construcción del Código jurídico.¹⁹

Hasta el mismo Federico de Savigny, quien oponía a la codificación la ciencia del derecho "orgánica y progresiva, que puede ser común a toda la nación", estaba de acuerdo con los objetivos que perseguía la codificación jurídica: "una base de derecho seguro", contra "la ingerencia de la arbitrariedad y los desigños injustos".²⁰

4

Esta brevísima caracterización del "Código" y de la "Codificación" jurídicos- cuyo desarrollo histórico inmerso en la historia misma de la construcción de la racionalidad moderna no hemos tocado- nos es suficiente para entender el proceso semiolingüístico particular de la codificación, la misma que, supone una "operación de transmutación de la sustancia mensaje en una nueva forma codificada". Esta larga historia de la operación de "codificación jurídica" y de su producto final el "código jurídico", nos permite parangonarla con lo que, desde el punto de vista lingüístico y semiológico, se entiende por "código": "el lenguaje natural o artificial que sea del caso (= repertorio de signos y de reglas para la utilización de los signos) común para emisor y receptor".²¹

¹³ Giovanni Tarello. *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. FCE, México, 1995, p. 46.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 55.

¹⁵ Giovanni Tarello. *Storia della Cultura Giuridica Moderna. Vol. I. Assolutismo e codificazione del diritto*. Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1976, p. 20.

¹⁶ Giovanni Tarello. *Cultura Giuridica... op. cit.*, p. 55.

¹⁷ P. Grossi, *op. cit.*, p. 3.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 264.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 265.

²⁰ Federico de Savigny. "De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho" en Thibaut-Savigny. *La Codificación*. Edit. Aguilar, Madrid, 1970, pp. 1168-169.

²¹ Harold Weinrich. *Lenguaje en Textos*. Editorial Gredos, Madrid, 1981, p. 52.

En la tradición de la cultura jurídica continental europea, propia también de los países de América Latina, cada elemento del “código” lingüístico puede ser substituido por elementos propios del proceso de construcción del “código jurídico”. Así, el lenguaje que utiliza es a la vez natural y artificial (técnico) y es emitido, originalmente, por un emisor-legislador y está dirigido a un receptor que puede ser diferente en cada caso: a los ciudadanos, a los administradores de justicia, y, en general, a la administración pública del Estado.²² Se puede completar esta definición semiolingüística de “código” con otra que caracteriza al “código” como un “modo de empleo de estos signos (conjunto de reglas que permiten combinar estos elementos para construir un mensaje)”.²³

Este paralelismo que sugerimos entre “código” lingüístico y “código jurídico”, encuentra una clara diferenciación en el momento de precisar que el “código de comunicación” lingüístico nos remite a elementos exteriores del lenguaje para, finalmente, determinar el sentido del mensaje; mientras que el código jurídico establece su propio universo de significación, en un proceso de reasignación de significados a los “referentes” del mundo social.²⁴ Y sin embargo, este lenguaje de segundo nivel que caracteriza al código jurídico, asume características propias de un “código de comunicación”: exhaustividad, coherencia, sistematización, totalización, abstracción, que pretende consolidar una estructura de sentido unitaria y unívoca; es decir, se trata de la construcción de un código de la lengua del Derecho.

Ubicados en esta perspectiva, se comprende las necesidades de una época que exigía, por ejemplo, una “rigurosa y literal observancia de la ley penal”²⁵ como pedía Beccaria en la segunda mitad del siglo XVIII, y que se mantendrá hasta nuestros días. Todo este conjunto de características señaladas nos lleva a comprender la “Ley” como código, como norma-comunicación. Una de las consecuencias de esta visión del Código jurídico se expresa en la clásica disputa sobre el sentido único y correcto de la ley, que está en la base de la idea (“ficción” la llama Kelsen) de la “seguridad jurídica”.

Pues bien, lo que deseo señalar aquí es que esa concepción de “Código jurídico” es la que soportó, y aún soporta, la tradicional idea del derecho y de la ley y es la misma que comenzó a resquebrajarse, por lo menos, desde 1880 en Europa y desde 1960 en América Latina.²⁶ La pervivencia de esta visión del código jurídico no sólo se debe a la inercia de una tradición jurídica, sino, sobre todo, me parece, a una determinada visión

²² O, como se ha precisado por muchos autores, el Derecho se expresa en un lenguaje natural y, como tal, tiene las mismas características de todo lenguaje natural, pero que, no obstante, se sustrae al lenguaje natural para intentar construir un “lenguaje artificial” (técnico). En este sentido el “lenguaje jurídico” se convierte en un lenguaje de segundo orden.

²³ *Le Langage*. La Bibliothèque du CEPL. Paris, 1973, entrada CODE.

²⁴ Cf. A.J. Greimas y Eric Landowski. “Analyse sémiotique d’un discours juridique”.en. *Sémiotique et Sciences Sociales*, Aux Editions du Seuil, Paris, 1976, pp. 79-128. Siguiendo el paralelismo entre código lingüístico y código jurídico se ha definido como “norma-comunicación” a la situación análoga a la de la comunicación en la que lo comunicado no es una aserción, sino una prescripción”. Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Cuadernos de Metodología y Filosofía del derecho. N° 3. OLIJS. Facultad de Derecho. Universidad de Carabobo. Valencia, Venezuela, 1979, p. 25.

²⁵ Cesare Beccaria. *De los delitos y de las penas*. (traducción de la Edición de Franco Venturi por Joaquín Jordá Catalá). Editorial Bruquera, Barcelona, 1983, p. 51.

²⁶ Cf. AA. Crisis y Acción Política. CELIJS. Facultad de derecho. Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela, 2000.

establecida que está en la base de la cultura científica del mundo occidental europeo continental y Latinoamericano.

La crítica radical que se le hace a este paradigma de “código jurídico” se expresa, entre otras, de esta manera: “El mundo desencantado deberá, sin duda, dejar de hacer una profesión de fe de la codificación. Tradicionalmente las exigencias de forma y de fondo, exaltadas desde el siglo XVIII, tales como la unidad, la claridad, la exhaustividad, la popularidad, la accesibilidad, la permanencia, la generalidad, la racionalidad, son definidas como características de la codificación. Ahora todas esas exigencias son revisadas por una postmodernidad que no puede más actuar dentro de los marcos construidos por la modernidad y para la modernidad”.²⁷ Y de lo que se trata ahora es de “dejar el lugar a las formas de codificación basadas en otros paradigmas”.²⁸

Independientemente de lo que se entiende por “postmodernidad” y de que la caracterización al uso de esta tendencia describa correctamente la “incomodidad” finisecular a la que parece apuntar, el hecho comprobable es que, efectivamente, la crítica al Código y a la codificación parten de la insatisfacción de una cada vez más débil creencia en la ideología de la codificación y en el concepto de “código”, como un código puramente comunicativo, es decir como un ámbito positivo de mensajes codificados; en suma, como un constructo artificial de sentidos establecidos.

5

Es este modo de existencia comunicacional del Código lo que constituye el centro de la crítica radical de la perspectiva codificadora. Ya desde 1880, según Julien Bonnacase, aparecen con fuerza las posiciones críticas, que se resumían en un claro reclamo contra el Código que se comportaba como obstáculo a los “hechos sociales”, que exigían ser considerados en la renovación de la vida social. El “Código permanecía sistemáticamente indiferente” ante las “desigualdades de hecho, especialmente las desigualdades económicas”.²⁹ Así pues, desde finales del siglo XIX hasta el presente la crítica al Código y a la codificación de orientación comunicacional ha sido constante: se trata de señalar siempre, bajo la designación de “legalismo moderno” la ruptura entre “lo social” y “lo jurídico”. Posteriormente, al ámbito jurídico artificialmente codificado y pleno de los ideales modernos del positivismo legalista producido por el Estado se le denominará “Derecho Oficial”, y “lo social” aparecerá como el lugar en el que se desarrolla un “derecho viviente”.³⁰

Esta separación supone el reconocimiento explícito del carácter conflictivo social que define al Derecho, pero que, en su seno, lo domestica hasta convertirlo en jurídico; es decir, la juridización del conflicto social permite lograr la ilusión social de la integración del desorden en el orden, “estableciendo por esta vía, al menos en alguna medida, la separación o la separabilidad del sistema jurídico respecto del sistema social”.³¹

²⁷ Valérie Lasserre-Kiesow. “La codification en Allemagne au XVIII^e Siècle. Réflexions sur la codification d’hier et aujourd’hui”, en, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 42, Sirey, Paris, 1998, p. 230.

²⁸ *Op. cit.* p. 231.

²⁹ Julien Bonnacase. *Science du droit et romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France en 1880 à l’heure actuelle*. Recueil Sirey, Paris, 1928, p. 67.

³⁰ Paolo Grossi. *Assolutismo Giuridico*. pp. 267 y 274.

³¹ Valerio Pocar. “Diritto, Conflitto e Integrazione: per superare una vecchia dicotomia”, en, *Materiali per la Storia della Cultura Giuridica*. Anno XXIII, N° 1, Giugno, 1993, p. 232. Señala, según el esquema luhmanniano, las características de “autoreferencialidad” y de “autopoieticidad” del derecho. Cf. También A-J. Arnaud, *op. cit.* p. 187.

A partir de 1960, en América Latina, surge un espíritu crítico que oscila entre una crítica radical revolucionaria de ruptura con el orden social y jurídicos establecidos, hasta los intentos de manejar los conflictos sociales a través de las reformas de los estudios de derecho denominados “Derecho y Cambio Social” o “Derecho y Desarrollo” auspiciados, en buena parte, por instituciones estatales y privadas de Norteamérica.

Precisamente en Italia surgió, en 1972, el movimiento denominado *uso alternativo del derecho* y, por la misma época, en Francia se desarrollaba, bajo una perspectiva semejante, la movilización del Syndicat National de la Magistrature. Después de casi 30 años de la aparición de estos movimientos “Se puede decir que el uso alternativo del derecho buscaba criticar el derecho existente con el objetivo de desarrollar al máximo las libertades y las promesas incumplidas por la burguesía; libertades y promesas que contemplaba el mismo ordenamiento”.³²

A este movimiento se le calificó de “jurisprudencia alternativa” que, según Prieto Costa, era “altamente representativo del clima intelectual de los años setenta”³³ que se vivía en Italia. Para los propósitos de esta comunicación sólo me permitiré subrayar las siguientes características: a) la “cuestión de la politicidad del juez” y b) en el campo de la interpretación, la “alternativa” es definida negativamente como “lo contrario de la interpretación evolutiva” la misma que se caracteriza por el conocido “estereotipo de la adecuación de la norma a una ‘realidad social’ concebida como un movimiento unitario, orgánicamente progresivo, y, en consecuencia, atribuye al juez el papel de ‘mediador de los conflictos sociales’”.

Contra este esquema tradicional del uso del derecho en relación a su aplicación con el objetivo de solucionar los conflictos sociales, la “metajurisprudencia ‘alternativa’”, como la llama Costa, “quiere ser precisamente alternativa: en cuanto comprometida no en un trabajo de adecuación o mediación sino en un intento de hacer explotar las contradicciones inherentes a la relación capital-trabajo”.³⁴

La tensión que marca la “alternatividad” se desenvuelve, todavía, en una visión positivista estatalista del derecho nacional, situación que comenzará a revertir en Europa con un nuevo proyecto cultural de la unidad de Europa. Pero rápidamente se descubre que el camino a esa unidad pasa por el reconocimiento de una “coalicción de culturas jurídicas” diversas. Es decir, se trata, ahora, en este giro histórico de la nueva Europa, de admitir “la necesidad de un pluralismo jurídico y de la importancia de las culturas en la producción y puesta en funcionamiento del Derecho”³⁵ además del reconocimiento de la “pluralidad de las fuentes de derecho”.³⁶ Parece obvio que esta situación engendrará nuevas expresiones de conflicto, y para ordenar tales conflictos se requerirá, como señalaba Arnaud en 1991, “una nueva razón a partir de las razones en conflicto”.³⁷ Tal situación exige una nueva manera de ver una realidad compleja, de modo tal que “hablar de complejidad estructural del Derecho europeo no hace sino revelar un hecho global: el hecho de que, desgraciadamente, el Derecho europeo actual

³² P. Bergalli. “Prieto Barcellona y sus compromisos: de la política del derecho a la Democracia como forma de vida”, en, *Anales de la Cátedra de Suárez*, N° 34, 2000, p. 225.

³³ Pietro Costa. “La alternativa ‘tomada en serio’: manifiestos jurídicos de los años setenta” en, *Anales de la Cátedra de Suárez*, N° 30, 1990, p. 164.

³⁴ P. Costa. *Op. cit.*, p. 182.

³⁵ A-J. Arnaud. *Op. cit.*, p. 195.

³⁶ *Op. cit.*, p. 210.

³⁷ *Op. cit.*, p. 245.

no tiene futuro porque (habiendo sido) concebido según los modelos del pasado, este sólo puede conjugar en pasado”.³⁸

Y esta complejidad presupone la aceptación del relativismo y del pluralismo de los Estados y cultura jurídica europeos. Esta nueva exigencia de la vida europea parece diseñar una nueva realidad jurídica que se desprende de sus ideales y mitos que generó en su época moderna, es decir: la vida del nuevo derecho debe romper con el “carácter universal de las soluciones jurídicas”, con la idea del poder de la ley como reino supremo, pues no es más que un “asunto de clases sociales” que propició el mito de la “simplicidad, de la permanencia y del carácter abstracto del Derecho”.³⁹

La tradición jurídica medieval europea, nos recuerda P. Grossi, se centraba en la acción; por el contrario, el derecho moderno ocasionó “una ruptura entre el pensamiento y la acción en detrimento de esta última”. Ahora, la “Europa jurídica contemporánea tiende a rehabilitar la acción” casi de un modo exclusivo.⁴⁰ A los ojos de Arnaud, la “elaboración de una Europa jurídica y post-moderna van de la mano” pues a ambas las atraviesa el mismo tipo de racionalidad que sintetiza el pluralismo y la complejidad.⁴¹ Y sin embargo, señala Arnaud en otro lugar, “todavía nos falta instrumentos para afrontar de manera racional, sistemática y satisfactoria la complejidad de las situaciones jurídicas”.⁴²

Una de las expresiones de esa complejidad del mundo social y jurídico, al interior de un Estado, que se vive en Europa, es el reconocimiento de un espacio multicultural. Multiculturalismo ejemplarizado vivamente en la diversidad religiosa, lingüística y cultural que se desarrolla en el espacio privado, pero que se refleja, inevitablemente, en el Derecho, como es el caso, según N. Rouland, de Francia en la que “el derecho francés deviene multicultural”.⁴³

Los efluvios de la corriente del “uso alternativo del Derecho” llegó a América Latina y su suerte estuvo marcada más por el ímpetu justiciero que por una asimilación y recreación de los ideales que encarnó ese movimiento especialmente en Italia. El uso del “uso alternativo del Derecho” no alcanzó a constituirse como una auténtica y sólida visión del Derecho y de su práctica en las sociedades latinoamericanas porque, como bien ha señalado Bergalli, “las circunstancias materiales y culturales respecto de las cuales se han pretendido introducir prácticas alternativas por parte de los distintos movimientos de jueces y abogados enrolados en una militancia social en Colombia, Brasil, Perú, etc, han sido radicalmente diferentes de aquellas que generaron en Italia las contradicciones sociales dentro de las cuales se propuso el uso alternativo del derecho”.⁴⁴

³⁸ *Op. cit.*, pp. 288 y 289.

³⁹ *Op. cit.*, p. 294.

⁴⁰ Idem. Cf. P. Grossi. *L'Ordine Giuridico Medievale, op.cit.*, p. 15, en la que se señala que la “acción” propia de la práctica jurídica medieval se centra en el “interprete” y en su “fértil actividad” porque “es la única capaz de traducir los valores de la constitución encubierta del orden jurídico fundamental, en regla viva y en eficacia de vida”.

⁴¹ A-J. Arnaud, *op. cit.*, p. 300.

⁴² A-J. Arnaud. “Presentation”, del dossier “Complexité à l'ouvre”, en *Droit et Société*, N° 46, LGDJ, 2000, p. 403.

⁴³ Norbert Rouland. “Le droit français devient-il multiculturel”, en *Droit et Société*, N° 46, 2000, p. 545.

⁴⁴ Bergalli, *op. cit.*, p. 225.

En América Latina, la inconformidad en contra del derecho establecido, se desarrolla, por lo menos en tres momentos que describiré sucintamente en sus características generales: Frente al llamado “Derecho Oficial”, es decir, el “Derecho estándar” sólidamente establecido, hizo su aparición un “derecho emergente” bajo la designación de “uso alternativo del derecho” que propugnaba: 1) manipular las normas jurídicas vigentes otorgándoles un sentido específico, orientado a hacer prevalecer las exigencias políticas de este movimiento; 2) las prácticas jurídicas inspiradas en ese “derecho emergente” afirmaban constituirse como “fuentes” de creación de normas jurídicas, contraponiéndose y desplazando el monopolio estatal de creación de derecho; 3) el derecho es visto como un “derecho de clase” ideológicamente orientado; 4) los jueces imbuidos por estos ideales postulan, contra el mito de la “igualdad jurídica”, la relevancia diferencial de la vida material (económica) de los litigantes; 5) los que asumieron posiciones más duras afirmaban que el juez crea derecho.

Una segunda expresión de este movimiento se define como “Pluralismo Jurídico” y postulaba: 1) la existencia de dos universos de significación paralelos y contradictorios al interior de un Estado, reflejados en el universo jurídico plasmado en el derecho positivo oficial y en el llamado “derecho emergente” que 2) contiene como elementos a las etnias, minorías culturales, exigencias sobre la calidad de vida privilegiando la protección del medio ambiente.

La tercera manifestación asumía el concepto de una Postmodernidad Jurídica, asimilando los criterios del uso alternativo del derecho y del pluralismo jurídico, y, además, exigía 1) una democracia participativa, 2) la prevalencia de los valores locales étnico-culturales y políticos, 3) la desaparición de la oposición Sociedad vs Estado y 4) criticaba la garantía racional procedimental del derecho positivo oficial.⁴⁵

Hasta aquí el marco resumido en el que se expresan los nuevos universos de significación que marcan la ruptura con un “lenguaje común” cultural y jurídico tanto en la nueva Europa como en Latinoamérica. Lo primero que debemos señalar es el hecho social aceptado de una profunda incomodidad frente a la visión y práctica del derecho heredadas de nuestra tradición jusmoderna. Lo que resalta con gran fuerza es la parte llamada de “lo social”, que renueva su función de partera de la historia por venir en el tercer milenio y que nos reta a reconsiderar nuestra idea de Código y los ideales y objetivos de una necesaria codificación.

Obviamente- y como ya he señalado anteriormente- la crisis y la crítica de esa estructura cultural, ideológica y racionalista, que reconocemos como derecho moderno, no es, todavía, un cuadro de “naturaleza muerta”, sino que sus títulos aún valen y juegan en las formas de vida efectivas de los pueblos de occidente. Por otro lado, este derecho moderno lleva ínsito las posibilidades de su propia crítica, lo cual ha llevado a creer que, después de todo, el ordenamiento sistemático que el Derecho positivo impuso como criterio para el establecimiento de un orden social determinado, permite su regeneración, su modificación, sin llegar a aceptar su definitivo agotamiento como esquema de interpretación del mundo social.

Al acentuar en esta época de tránsito finisecular, la característica del derecho como una expresión de la racionalidad práctica, esta abre al Derecho a su propia corrección

⁴⁵ Roque Carrión-Wam, “El Derecho como lugar de la “pragmática del Conflicto”, en, *Revista Jurídica del Perú*. Año XLVIII, N° 15, Abril-Junio, 1998, pp. 231-242, en el que se hace un recuento de estas posiciones.

en la medida en que, por ejemplo, el Derecho se constituye como garantía de una racionalidad procedimental en sentido habermasiano, la misma que, sin embargo, seguiría siendo formal, es decir: el conflicto social domesticado en las formas jurídicas modernas no permitiría la realización material de la justicia al interior del conflicto mismo.

6

Hay diferentes vías para entender y estructurar un camino de reforma radical de la vida del Derecho codificada y comunicacionalmente definida. Nosotros proponemos una vía metodológica que se asienta en una visión pragmática. El hecho histórico de la preponderancia de una determinada corriente cultural- sobre cuyas razones y evolución no entraré a discutir en esta ocasión- ha hecho que se convierta casi en un hábito entender por pragmática las relaciones que se establecen entre los usuarios del lenguaje como signos. Es decir, según su divulgador Charles Morris, la pragmática de filiación conductista estudia el “origen, uso y efectos de los signos dentro de la conducta total de los intérpretes de los signos”.⁴⁶ A partir de 1946 esta definición de la pragmática se ha visto privilegiada y ha servido para facilitar la idea de un código comunicacional. Ahora podemos precisar un poco más la idea de “comunicación” del Código, como aquella que asume sus enunciados lingüísticos como proposiciones con claras y específicas condiciones de verdad para transmitirlos a sus receptores. Un Código sería un conjunto de enunciados susceptibles de entenderlos de un modo casi proposicional. (La diferenciación entre “proposición” y “norma” en su sentido estricto será un asunto del cual se hablará en la segunda mitad del siglo XX, no sin disputas y complicaciones). Aunque hablemos de “pragmática” como algo establecido, debo indicar que todavía estamos más bien ante una problemática. Es decir, por “pragmática” designamos un conjunto de problemas antes que una disciplina bien establecida, como nos recuerda Marcelo Dasca.⁴⁷

Lo que sigue es, pues, un intento de orientar mis propias investigaciones hacia el campo de una “pragmática del conflicto” en el sentido que le hemos asignado en los párrafos anteriores. Ahora bien, creo que es importante señalar, en primer lugar, que, como recuerda Paolo Fabbri, “a partir del siglo XVIII la definición científica se enderezó cada vez más a eliminar la dimensión pragmática emisor-receptor”,⁴⁸ situación que imbuía a todo el espíritu de la época de la codificación jurídica. Y esto trae a colación la idea del legislador racional, omnisciente, coherente y abstracto, características, también, de la ley como norma.

Así, y es un lugar común recordarlo, “la mitificación del legislador corresponde a la mitificación de la ley como única y absoluta medida de las relaciones sociales”.⁴⁹ Desde su origen, pues, el Código jurídico y el proceso de codificación desconocieron sistemáticamente la dimensión pragmática de la comunicación. Ahora bien, en todas las

⁴⁶ Charles Morris. *Signos, Lenguaje y Conducta*. Editorial Losada, Buenos Aires, 1962, p. 241.

⁴⁷ Marcelo Dasca. *Pragmatics and the Philosophy of Mind 1. Thought in Language*. John Benjamin Publishing Companu, 1983, p. 20.

⁴⁸ Paolo Fabbri. *Táctica de los Signos*. Gedisa Editorial. Barcelona, 1995, p. 311.

⁴⁹ Paolo Pasqualucci. “El mito Rousseauiano del legislatore”, en *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, IV Serie. LV-1978, p. 899.

posiciones y definiciones de la pragmática se pone de relieve precisamente aquello que la visión lingüística del Código y de la codificación prefieren olvidar: la necesaria ubicación de los enunciados normativos del Código en el “contexto situacional” en que se promulga y en el que se interpreta los enunciados. Así, el ámbito pragmático podrá asumir “ aquellos conceptos sociológicos que la integran” de modo que la pragmática lingüística y la sociología pueden conjugar sus “actitudes y sus métodos”.⁵⁰ Una pragmática y una sociología jurídicas serían elementos necesarios para abrir a la comprensión e interpretación del mundo social regulado normativamente.

Pero agreguemos algo más a esta pragmática jurídica posible, que se diseña sobre los avances de la pragmática lingüística y la pragmática semiótica. Como sabemos, el lenguaje codificado del Derecho no es un lenguaje unitario ni unívoco. Su estructura normativa no se desprende de elementos proposicionales. Desde Austin se ha advertido que toda preferencia se compone de un elemento proposicional y un elemento pragmático o condiciones de ejecución. El primero especifica las condiciones de correspondencia o de verdad y el segundo establece los términos de “las condiciones de ejecución afortunada”.⁵¹

Incluso el lenguaje en su expresión metafórica requiere de una “corrección pragmática” de carácter “ eminentemente contextual”, lo que significa “afirmar que la corrección pragmática de un símbolo (en el sentido amplio en el que Goodman habla de ‘símbolo’) es siempre relativa o sensible a un contexto” y esto “equivale a negar que existen criterios fijos para dar con ella”.⁵² Si bien el lenguaje jurídico es un conjunto compuesto por proposiciones y normas (enunciados no proposicionales) y si, además, la práctica jurídica y judicial no está exenta de rasgos metafóricos, no hay que olvidar que lo metafórico “ no es una propiedad de determinadas oraciones, sino más bien una manera de usarlas por parte de un hablante y de interpretarlas por parte de una audiencia”.⁵³

Esto significa que el llamado *contexto lingüístico situacional* puede ser captado, entre otros, a través de las deixis que es la “ vía por la cual el lenguaje codifica o gramaticaliza las características del contexto de los enunciados o eventos de habla, y, por lo tanto, tiene que ver también con la vía por la cual la interpretación de los enunciados depende de los análisis de ese contexto”.⁵⁴ Y a través de los elementos deícticos llegamos a descubrir y exponer al juego de la significación, la intencionalidad del hablante. De este modo no parece aventurado afirmar que todo lenguaje es, siempre, en tanto enunciado lingüístico, contexto-dependiente. Pero el ámbito contextual es variado y amplio, así entre los factores contextuales se deben tener en cuenta el contexto específico o inmediato de producción o interpretación, quién habla y a quién, dónde,

⁵⁰ P. Fabbri. *Op. cit.*, pp. 328 y sgts.

⁵¹ Manuel García-Carpintero. *Las palabras, las ideas y las cosas. Una presentación de la Filosofía del lenguaje.* Ariel, Barcelona, 1996, p. 483.

⁵² Eduardo Fermandois. “Verdad y metáfora: una aproximación pragmática” en, *CRITICA, Revista Hispanoamericana de Filosofía*. Vol. XXXII. N° 95, Agosto, México, 2000, p. 87.

⁵³ *Op. cit.* p.100. Para el caso de las características de la “Evidence” del derecho angloamericano, es importante tomar en cuenta los elementos pragmáticos: quién habla, cómo se habla y con qué propósitos. Esta dimensión pragmática se ha tomado muy poco en cuenta. Cf. Bernard S. Jackson. *Law, Fact and Narrative Coherence.* Deborah Charles Publication, Liverpool, 1988, pp. 8 y 10.

⁵⁴ Stephen C. Levinson. *Pragmatics.* Cambridge University Press, 1983, p. 54.

cuándo, en presencia de cuales objetos o personas, el estado de los asuntos referidos, el procedimiento y secuencia de enunciados o piezas del texto, particularidades del idiolecto del hablante, etc.⁵⁵

La semántica, que se creía única portadora de la métodos de descubrimiento del sentido y significación requerirá pues, parar cumplir a cabalidad su tarea, de la pragmática y de este modo ambas “se encuentran en una relación de complementariedad”.⁵⁶ Ahora bien, esta breve referencia a la pragmática necesita de una discusión y análisis más concretos y profundos que en este momento no es posible realizar. Sin embargo, no puedo dejar de señalar lo siguiente: en general la visión pragmática caracterizada en este sucinto panorama se concibe como estableciendo una diferencia fundamental entre enunciado (lenguaje), los elementos deícticos y el referente “exterior” que sanciona, finalmente, la verdad o falsedad del enunciado. Si se aboga, como hemos visto, por una complementariedad de la semántica y de la pragmática, esto deja inmodificable el hecho básico de que la tesis de la referencialidad externa al lenguaje determina el significado, con lo cual volvemos a poner en primera fila la orientación comunicacional del lenguaje, y, en la ocurrencia, del código jurídico.

Por el contrario, lo que hemos venido señalando en la crítica al Código jurídico es la ruptura con esa visión del lenguaje codificado para dar cabida a una vocación pluralista y contra-cultural, es decir, para dejar que se exprese la acción que se desarrolla en los nuevos hechos sociales emergentes que sólo pueden ser captados y reconocidos en su mostración narrativa. A esta pragmática nos referimos con la expresión “semiótica de las situaciones”.⁵⁷ En todo caso la narrativización supone tener en cuenta todos los elementos a los que alude la pragmática referencial para subsumirlos en una visión antireferencial. Tal perspectiva se acerca más a la práctica de la interpretación jurídica en la medida en que, como advierte Zaccaria, “la hermenéutica jurídica (se) pone en guardia contra un derecho antihistórico e impersonal y, en cambio, se pronuncia por un derecho vivo, histórico, situacional y concreto, capaz de acoger en sí mismo la contrariedad y la falta de clausura de la existencia individual en sí misma”.⁵⁸

Por “narratividad” hay que entender “una manera de ordenar todos los elementos del caso- en la ocurrencia sub iudicio- que hagan plausible, verosímil, una historia, es decir una relación (relato) con sentido”.⁵⁹ Ahora bien, remover una tradición como la que soporta a la codificación y al Código jurídicos no sólo requiere de este ejercicio conceptual de imaginar una pragmática antireferencial, (o transreferencial) sino también poner en cuestión los dogmas clásicos del derecho moderno. Así, por ejemplo, el enunciadador-legislador que impregna con su voluntad el producto oficial del Estado, la ley, no puede seguir señoreando el derecho como única fuente del ordenamiento normativo, ni el juez, como sujeto judicador, puede seguir concebido como fuera del

⁵⁵ Marcelo Dascal, “Hermeneutic Interpretation and Pragmatic Interpretation”, en, *Philosophy and Rhetory*. The Pennsylvania State University Press, Vol. 22, N° 4, 1989, pp. 241 y 247.

⁵⁶ Marcelo Dascal. “Presentación” de Filosofía del lenguaje II. Pragmática. *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Editorial Trotta y CSIC, Madrid, 1998, p. 29

⁵⁷ A.J. Greimas y Eric Ladowski. *Pragmatique et Sémiotique*. Actes Sémiotiques, V. 50, 1983, p. 16

⁵⁸ Giuseppe Zaccaria. “Dimensioni dell’ermeneutica e Integrazione Giuridica”, en, *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*. Aprile-Giugno. IV Serie-LXXII-1995, p. 392.

⁵⁹ José Calvo. *Derecho y Narración*. Materiales para una Teoría y Crítica Narrativista del Derecho. Ariel, Barcelona, 1996, p. 14 y sgts.

juego narrativo, si debemos tomar en serio lo que reclama tanto el nuevo pluralismo de la compleja realidad social, cultural y jurídica de la nueva Europa y el “derecho emergente”, en todas sus expresiones, latinoamericano.

En resumen, la respuesta que podemos adelantar a la cuestión que nos ocupa en estas Giornate es que entre la interpretación y la comunicación, como modos de entender y resolver el conflicto social existente, no podemos dejar de inclinarnos por la interpretación en términos de una “pragmática del conflicto”, pues parece ser la vía más apropiada para una salida del estancamiento en que se encuentra el trabajo hermeneúutico jurídico frente a la complejidad de la vida social finisecular que empuja, con fuerza, a constituirse en acción normativa.