

VISIÓN HERMENÉUTICA ANALÓGICA DEL DERECHO: COMO ACTO INTERPRETATIVO Y LENGUAJE

ANALOG HERMENEUTICS VIEW OF LAW: AS INTERPRETIVE
ACT AND LANGUAGE

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

RESUMEN Frente a la enorme cantidad de definiciones que existen para explicar al derecho, existe una verdad irrefutable, el derecho es interpretación y lenguaje. El presente trabajo con base en la hermenéutica analógica analiza al derecho como acto interpretativo y lingüístico, debido al auge que esta corriente del pensamiento ha adquirido en el ámbito iusfilosófico, principalmente al pretender que exista una mayor presencia de la proporcionalidad en la creación, interpretación y aplicación del derecho, y por intentar superar los cuestionamientos y objeciones que se han formulado en contra del positivismo jurídico.

PALABRAS CLAVE: *Hermenéutica analógica; analogía; phronesis; interpretación; lenguaje.*

ABSTRACT: Given the huge amount of definitions that exist to explain the law, there is an irrefutable truth, law is interpretation and language. This paper based on the analogical hermeneutics analyzes the law as interpretative and linguistic act, due to the boom that this school of thought has acquired in the field jusphilosophical, mainly by pretending that there is a greater presence of proportionality in the creation, interpretation and application of law, and try to overcome the questions and objections that have been raised against legal positivism.

KEYWORDS: *Analog hermeneutics; Analogy; Phronesis; Interpreting; language.*

¹ Especialista y Maestra en Derecho, ambos grados obtenidos con Mención Honorífica en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro de la Academia Mexicana de Derecho de la Seguridad Social. <marb_cap@hotmail.com>

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho como acto interpretativo.
III. El derecho como lenguaje. IV. Fuentes de información.

Por la analogía el paisaje confuso de la pluralidad y la heterogeneidad se ordena y se vuelve inteligible; la analogía es la operación por medio de la que, gracias al juego de las semejanzas aceptamos las diferencias.

OCTAVIO PAZ

I. INTRODUCCIÓN

En torno a la dificultad que implica la conceptualización del derecho, sarcásticamente el filósofo alemán Emmanuel Kant, hacia finales del siglo XVIII refería *Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriff vom Recht*,² pues pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aún paradójicas, como la pregunta ¿qué es el derecho? No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas ¿qué es química? o ¿qué es medicina?, como la hay para responder a la pregunta ¿qué es derecho?,³ a pesar de que se han escrito obras en cantidad suficiente para llenar una biblioteca, sin que hasta la fecha –como lo prueba su existencia– se hayan alcanzado resultados definitivos.

La hermenéutica analógica, como teoría, arte y método, se ha ocupado de conceptualizar al derecho y exponer sus rasgos distintivos como acto interpretativo y lingüístico; razón por la cual en estas líneas se abordan ambas aristas, ello debido a la importancia que revisten dentro del paradigma del Estado Constitucional que

² Todavía buscan los juristas una definición para su concepto de derecho, traducción realizada por ROBLES MORCHÓN, Gregorio, “El concepto de ámbito jurídico en la teoría comunicacional del derecho”, en *Revista Campo Jurídico*, núm. 2, 2014, p. 135.

³ HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 1.

ha cuestionado y puesto en severos predicamentos al modelo positivista en todas sus variantes –normativista, incluyente, excluyente y pospositivista– así como a sus principales teóricos.

II. EL DERECHO COMO ACTO INTERPRETATIVO

Heredera de una historia milenaria, la hermenéutica analógica ha asumido un papel hegemónico en el ámbito jurídico. Proveniente el término hermenéutica, del verbo griego *hermeneutikos* que significa interpretar, afirmar, declarar, anunciar, esclarecer, explicar, trasladar o traducir; en la antigua Grecia se le asoció mitológicamente con la forma o modo en que una sentencia u oráculo de la divinidad debían ser entendidos,⁴ así como su referencia al dios mestizo Hermes, hijo de Zeus y Maya, cuyo oficio era servir de mensajero de los dioses del Olimpo y al tener como cualidades la elocuencia, la capacidad de mediar entre los dioses o entre éstos y los seres humanos, se le consideró como el creador del lenguaje y de la escritura como medios de comunicación entre los hombres.

Los principales objetos de estudio de la hermenéutica son la interpretación y el lenguaje desde Sócrates; Platón en sus diálogos *Ion* y *Simposio*; Jenofonte en sus *Memorabilia*; durante el Medievo, donde prevalece la exégesis de los textos sagrados como experiencia ejemplar, pasando por el último tercio del siglo XVIII con Friedrich Daniel Schleiermacher, a quien se le considera el padre de la hermenéutica filosófica moderna, al tener el mérito de marcar la diferencia que existe entre la hermenéutica filosófica –por él iniciada– y la hermenéutica sacra o bíblica hasta Wilhelm Dilthey, su discípulo Martín Heidegger, cuya herencia es transmitida a Hans-Georg Gadamer, además de Jacques Derrida, Michel Foucault, Gianni Vattimo, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, Mauricio Beuchot y Gregorio Robles.

⁴ RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Hermenéutica y derecho. Orientaciones preliminares para un adecuado enfoque del tema*, Valencia, Marcial Pons, 1977, p. 8.

En tanto arte, método y ciencia de las modalidades interpretativas,⁵ la hermenéutica, cuyo objeto es la comprensión del texto con cierta sutileza y penetración,⁶ conceptualiza al derecho como un acto interpretativo, al que a su vez, el hermeneuta define como la tarea de comprender y contextualizar el texto a que nos enfrentamos.

Todo acto interpretativo o hermenéutico requiere –como mínimo– que a través del texto exista la convergencia de su autor con el intérprete. En primer lugar, el texto –sea bajo la forma escrita, hablada y actuada– constituye el vehículo de un significado o mensaje, el cual es emitido por su autor y recibido por un lector o intérprete, quien ha de disponer de un código para poder descifrar el texto, que es con el que éste ha sido codificado y ahora, con ese código, tiene que ser decodificado. Tal código es el lenguaje con el que se escribió el texto y que el intérprete tiene que poseer para leerlo o incluso traducirlo.⁷

Dentro del texto es posible encontrar dos intencionalidades,⁸ a veces opuestas: la del autor (*intentio auctoris*) y la del lector (*intentio lectoris*). La intencionalidad del autor es lo que él quiso expresar en su texto, y la del lector que es lo que éste último interpreta en el texto. Como se ve, no siempre coinciden las dos intencionalidades.⁹

En torno a los elementos personales del acto hermenéutico existe una postura que otorga un papel hegemónico al autor del texto sobre su lector, lo cual provoca una interpretación de corte objetiva, absoluta y unívoca, pues se presume que el autor ha objetivado su

⁵ CONDE GAXIOLA, Napoleón. *Hermenéutica Jurídica*, México, Horizontes, 2008, p. 18.

⁶ BEUCHOT, Mauricio, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, México, UNAM, 1997, p. 93.

⁷ BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de Hermenéutica Analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, México, Ítaca, 2007, pp. 25-26.

⁸ BEUCHOT, Mauricio, *Aproximación a una hermenéutica analógica*, en *Revista Pensamiento y Cultura en Colombia y América Latina. Cuadernos de filosofía latinoamericana*, núm.30, 2009, p. 24.

⁹ *Ibidem*, p. 24.

pensamiento en el texto, permaneciendo aquél inmutable en éste, y por tal motivo el lector puede tener acceso al mismo.¹⁰

Desde la posición contraria, en cambio, se da paso a una interpretación subjetiva y equívoca al prevalecerla interpretación del lector sobre la del autor del texto y depender el significado del texto del lector. Así, el significado de los signos equívocos tiene como referente sólo aquel mundo propio del lector; un mundo, por tanto, particular y diverso.¹¹

La hermenéutica –partidaria de una interpretación analógica– sostiene que al existir un entrecruce entre lo objetivo y lo subjetivo se genera una postura intermedia que soslaya el univocismo y supera una interpretación equivocista, pues como Beuchot lo refiere aun aceptando la intromisión de la subjetividad, nos deja el suficiente espacio de objetividad para que podamos decir que no traicionamos al autor cuyo texto estamos interpretando.

Al iniciar el acto interpretativo con la interrogante ¿qué significa este texto?, se genera todo un proceso para dar respuesta a tal pregunta formulada con miras a lograr la comprensión del texto por parte de su intérprete. Este proceso culmina con el abandono del juicio hipotético y el establecimiento de una tesis como respuesta definitiva a la primigenia pregunta.

De acuerdo con Beuchot, la tesis es alcanzada por el camino de descondicionalizar la hipótesis, esto es, ver que se cumple efectivamente. Se trata de un razonamiento o argumento hipotético-deductivo, pero en su comprobación o “contrastación” interviene mucho la *phronesis*,¹² a la que Aristóteles en la *Ética Nicomaquea* considera

¹⁰ LUJAN, E. *Hermenéutica analógica. Una propuesta contemporánea*, México, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2002, p. 72.

¹¹ ECO, Umberto, *Los límites de la interpretación*, Barcelona, Lumen, 1992, pp. 54-64.

¹² BEUCHOT, Mauricio, *Perfiles esenciales*, *op. cit.*, p. 46.

como aquella actitud práctica de la voluntad que se mantiene en un justo medio¹³ o analógico.

En el mundo del derecho, el autor del texto es el creador de la norma jurídica. Este papel puede ser ejercido por una institución de orden público o privado, debido a que el ejercicio hermenéutico, no se reserva de manera exclusiva a los poderes constituyente, legislativo, ejecutivo o judicial, sino puede involucrar a las partes que intervienen en un contrato o en un testamento –por citar algunos ejemplos– como generadores de la normatividad que ha de regir bajo determinadas circunstancias.

Por su parte, el texto, ineludiblemente es la norma jurídica expedida por la institución competente. En tanto que el intérprete o hermeneuta es el inquiridor de la norma, sea un abogado, un funcionario, un académico o cualquier particular interesado, aunque debe considerarse que el intérprete por antonomasia en virtud de su competencia específica es el juez.¹⁴ Así, en el derecho, la norma es el terreno en el que el autor y su intérprete se dan cita.

El positivismo, al otorgarle preponderancia al autor de la norma sobre su intérprete, se inclina por una interpretación de corte objetiva en un sentido literal, Empero, peca de unívoca y paradójica cuando sostiene que sólo hay una interpretación válida.

En tanto que la interpretación equivocista de corte romántica, posmoderna y antiformalista alcanza un relativismo exagerado por considerar que no es posible lograr una interpretación medianamente objetiva, clara y distinta, y se entrega a interpretaciones oscuras, confusas e irracionales que conducen a un extremo y peligroso subjetivismo que acaba con la misma interpretación y, por ende, con la hermenéutica.¹⁵

¹³ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Madrid, Aguilar, 1973, pp. 1189-1190.

¹⁴ DÍAZ ROMERO, Juan, *Imagen elemental de la hermenéutica jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, p. 40.

¹⁵ BEUCHOT, Mauricio, “Una hermenéutica para el mundo actual”, en *Revista Comprende*, núm.13, 2011, p. 96.

En contraposición a lo anterior, en voz de Beuchot la presencia de la hermenéutica analógica en el ámbito jurídico nos permite reconocer que el hombre no es sólo autor de las leyes, también es lector de las mismas, intérprete. Más, para hacer las leyes, tiene que interpretar al hombre, éste es su máximo texto. Y tiene que adaptar o adecuar las leyes al hombre (y no el hombre a las leyes), por eso es también lector, intérprete de las leyes en el sentido de aplicador o adaptador de las mismas a sí mismo. Las leyes –como puntualiza Beuchot– son texto, y no autoras ni lectoras. Es el hombre el autor del texto de las leyes, y también el lector o intérprete de las mismas. O es intérprete en los dos casos: como legislador, porque tiene que interpretar la realidad humana que trata de legislar; y como administrador (juez, abogado, etc.) porque tiene que interpretar el sentido de las leyes y su intencionalidad, que es la de servir al hombre,¹⁶ pues la existencia del derecho sólo es posible donde hay seres humanos.

Es así que al situarse al hombre en el plano de autor e intérprete de las leyes, la hermenéutica se instala en el terreno analógico-icónico caracterizado por un margen de variabilidad significativa que le impide reducirse a lo unívoco, pero también le impide dispersarse en la equivocidad.

Por eso a esta hermenéutica analógico-icónica se le podría denominar también hermenéutica del límite, o limítrofe, pues trata de poner un límite y además se coloca en el límite. Pone límite a la univocidad y a la equivocidad, y se pone en el límite donde la univocidad y la equivocidad se tocan, recupera algo de cada una y engendra algo nuevo.¹⁷

¹⁶ CONDE GAXIOLA, Napoleón, *Prolegómenos de una hermenéutica jurídica*, México, Horizontes, 2009, p. 21.

¹⁷ BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de Hermenéutica Analógica...op. cit.*, p. 28.

Lo análogo –tal y como lo tradujeron los latinos– es la proporción, equilibrio y medida,¹⁸ por tanto, enseña a evitar los excesos en la interpretación. Lo análogo es preponderantemente diverso, respeta las diferencias; pero evita la pura diferencia al punto de poder ser tratado de manera silogística dinámica. La significación analógica y, por lo mismo, la interpretación analógica abarca la analogía de desigualdad, la analogía de atribución y la analogía de proporcionalidad a la que se ha subdividido en analogía de proporcionalidad propia y analogía de proporcionalidad impropia o metafórica.¹⁹

La analogía de desigualdad implica que los términos analogados se unifican en un sólo concepto significado por un nombre común, pero no se unifican en el ser de este concepto, ya que el concepto de uno de los analogados debe ser más perfecto que el otro, de tal modo que su concepto, de acuerdo con el significado de ese nombre, es idéntico pero desigualmente participado. A manera de ejemplo Cayetano refiere que con el nombre común de cuerpo se designa, tanto a los cuerpos inferiores como a los superiores, y decimos que el concepto de todos los cuerpos, en cuanto cuerpos, es idéntico, ya que el concepto de corporeidad se aplica a los superiores y a los inferiores en los mismos términos de perfección.²⁰

En el caso de la analogía de atribución implica varios sentidos de un texto, pero se organizan de manera jerarquizada o gradual. De tal suerte que existe tanto un analogado principal al que se atribuye el término de manera más propia como otros analogados secundarios a los que se imputa por relación a ese término principal. El ejemplo clásico es el término sano, el cual se dice del animal como de un analogado principal, y del alimento en cuanto conserva la

¹⁸ BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica y derecho*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 28-29.

¹⁹ BEUCHOT, Mauricio, *Aproximación a una hermenéutica... op. cit.*, p. 26.

²⁰ CAYETANO, Thomas, *Tractatus de nominum analogía*, trad. Juan Antonio Hevia Echeverría, Oviedo, Pentalfa, 2005, cap. I, 4.

salud, de la medicina en cuanto la restituye y de la orina porque la manifiesta como signo.²¹

Por su parte, la analogía de proporcionalidad propia asocia términos que tienen un significado en parte común y en parte distinto, lo que implica diversidad en el sentido, pero diversidad que se estructura siguiendo porciones coherentes, con lo que se obtiene una interpretación respetuosa de la diversidad, sin perder la proporción, como “El instinto es al animal lo que la razón al hombre”.²²

Mientras que la analogía de proporcionalidad impropia es una clase muy importante de metáfora, la metáfora analógica, como “El prado ríe”, expresión que comprendemos basándonos en la siguiente proporción: “Las flores son al prado lo que la risa al hombre”, en el sentido de dar alegría.²³

Es así que ante la amplitud y riqueza de la analogía –que puede oscilar entre la analogía de proporcionalidad impropia o metafórica y la analogía de proporcionalidad propia así como la analogía de atribución, más metonímicas– constituye el modelo hermenéutico analógico que servirá de herramienta interpretativa en el terreno jurídico o en cualquier otro.

La hermenéutica ubica el texto en un contexto con el propósito de interpretarlo y luego transformarlo para lograr el bien común, y al ser analógica-dialógica se sitúa en un punto intermedio, un *tertium quid*, entre la univocidad y la equivocidad, lo que le permite abrir el margen de las interpretaciones, evitando el significado intencional del autor reducido a una única interpretación válida (univocismo), pero sin hundirse en el relativismo de los que creen que interpretar constituye una búsqueda interminable de significados (equivocismo) donde ante la multiplicidad de interpretaciones válidas no es posible la comprensión que amerita todo acto interpretativo.

²¹ BEUCHOT, Mauricio, *Perfiles esenciales*, *op. cit.*, pp. 30-32.

²² *Ibidem*, pp. 29-30.

²³ BEUCHOT, Mauricio, *Aproximación a una hermenéutica*, *op. cit.*, p. 26.

Un aspecto medular de la hermenéutica analógica es su aspecto bifrontal²⁴ que hace posible su aplicación tanto en la interpretación como en la argumentación. Diversos autores entre los que destacan Robert Alexy, Paul Ricoeur y Ronald Dworkin se han mostrado partidarios de la tesis hermenéutica que ubica a la interpretación dentro del ámbito argumentativo.

En este tenor, Ricoeur nos muestra que la interpretación y la argumentación no están separadas.²⁵ La argumentación práctica tiene como fin la fundamentación o justificación, pero al depender tanto de la interpretación, propicia la articulación de la interpretación con la justificación, siendo ejemplo de ello, el razonamiento práctico.

La interpretación de los textos y la interpretación de la norma se condicionan mutuamente. La interpretación de los hechos tiene mucho de narratología, de la teoría de la narración. Y de igual forma, la interpretación de la norma tiene mucho de teoría del texto, de crítica literaria.²⁶ Al producirse la subsunción de un caso en una regla surge ineludiblemente la interpretación (de los hechos, de la ley misma, etc.) con lo que se demuestra que la interpretación forma parte de la argumentación²⁷ y tiene su lugar en ella.

De acuerdo con Dworkin, al identificarse el derecho con la interpretación –pues el derecho se muestra a través de una posición interpretativa de los operadores jurídicos–²⁸ comparte la conceptualización hermenéutica analógica del derecho como práctica

²⁴ BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica y filosofía del derecho*, México, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, A.C., Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Educación para las Ciencias en Chiapas, A.C., 2010, p. 116.

²⁵ RICOEUR, Paul, *Lo justo*, Madrid, Caparrós, 1999, pp. 158-164.

²⁶ BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica y derecho*, *op. cit.*, pp. 55-56.

²⁷ *Ibidem*, p. 121.

²⁸ DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 146.

interpretativa, en donde reglas y principios convergen de manera necesaria para dotar de razonabilidad a los argumentos que motivan las decisiones judiciales.

Dentro del derecho es posible identificar tres tipos diferentes de reglas: reglas ónticas, técnico-convencionales o procedimentales y deónticas o normas.²⁹

Las reglas ónticas se expresan mediante el verbo “ser” y su misión inmanente consiste en crear los elementos ónticos del sistema. Las reglas procedimentales son expresión del verbo “tener que” convencional en qué consiste el procedimiento que expresa toda acción perteneciente al derecho. Y, por último, las reglas deónticas son las que expresan un deber. Dentro de este último tipo de normas es posible identificar a las normas de conducta, normas de decisión, normas ejecución, las denominadas normas permisivas, las reglas interpretativas y las reglas admonitivas.³⁰

Una de las piezas fundamentales del proceso de decisión son precisamente las reglas interpretativas, pues su función es orientar la actividad intelectual de interpretación. Como ejemplos de este tipo de reglas se encuentran las siguientes:³¹

- Las llamadas definiciones legales.
- Las reglas que indican el sentido de una palabra o expresión.
- Aquellas que prescriben determinados cánones o métodos hermenéuticos.
- Las que establecen la prohibición de determinados modos de interpretación.

Ahora bien, en el caso de los principios –ubicados dentro del derecho por tratarse también de normas válidas– pueden tener la

²⁹ ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Tres tipos de reglas en el derecho*, p. 73, disponible en: <<http://132.248.65.15/libros/1/399/5.pdf>>

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

estructura de cualquiera de las modalidades deónticas, como se demuestra a continuación.³²

Op = Obligatorio “p”
PHp = Prohibido “p”
Pp = Permitido “p”

Donde “p” representa la descripción de una conducta y “O”, “PH” y “P” representan las modalidades normativas de obligación, prohibición y permiso.

Es por ello, que si bien las reglas y los principios pueden ser obligaciones, prohibiciones o permisiones, la conducta descrita en las reglas “p” tiene mayor cantidad de connotaciones, o sea, tiene más características o propiedades que en los principios, que puede incluso encontrarse no connotada en absoluto, como cuando la Constitución señala que las elecciones deberán ajustarse a los principios de legalidad, certeza, equidad, entre otros, sin mayor señalamiento. De ser esto correcto, entonces la diferencia entre reglas y principios se reduce al menor o mayor grado de connotación de su elemento proposicional, respectivamente.³³

Con independencia de las disímiles distinciones que se han proporcionado para diferenciar a las reglas de los principios, lo cierto es que ambos tipos de normas conducen a una interpretación más adecuada. Si el derecho sólo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la maquinización de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta de forma automática. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los principales esquemas lógicos para la aplicación de las reglas normativas: el silogismo judicial y la sub-

³² BERUMEN CAMPOS, Arturo, “Ponderación de principios y tópicos jurídicos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie XLVIII, 2015, p. 534.

³³ *Ibidem*, pp. 534-535.

sunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma.³⁴

El énfasis que tanto Dworkin como Alexy ponen en los principios, los sitúa en el campo de los teóricos partidarios de la integralidad del derecho, cancelando la posibilidad de que los jueces puedan actuar con discrecionalidad en la resolución de los casos litigiosos, inventando o encontrando normas fuera de lo que es el derecho.

La principal función de los principios es la de constituirse como los fundamentos justificativos de las decisiones jurisdiccionales, de donde resulta que todos los casos fáciles y difíciles se resuelven dentro del derecho y por el derecho. Al existir una vinculación de los principios con los valores de justicia, equidad o alguna dimensión de la moralidad³⁵ se aporta nuevas luces a la argumentación jurídica además de acceder al ámbito de la ética.

En este sentido no se puede negar la naturaleza creadora del proceso hermenéutico-jurídico en el campo jurídico, pues el intérprete puede avanzar más dando a la ley una significación no prevista e incluso totalmente diversa a la esperada por el legislador, en virtud de su correlación con otras disposiciones o de la justificación con base en criterios axiológicos, éticos, económicos, políticos y sociales, pues el derecho no se reduce a un conjunto de reglas como lo proclama el iuspositivismo.

La hermenéutica analógica ofrece una comprensión ontológica superadora del modelo ontológico descriptivista dedicado a reflejar una realidad previamente dada, lo que a su vez posibilita, para que el ser textual del derecho se trate de un ser *in fieri*, nunca acabado y en permanente transformación, autogenerado mediante las deci-

³⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derecho y justicia*, trad. Marina Gazcón, Madrid, Trotta, 2011, pp. 110-111.

³⁵ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2002, p. 72.

siones tomadas diariamente en leyes, sentencias, etc.,³⁶ apartándose de la posición del juzgador como vasallo de la ley o de lo que Zagrebelsky denominara el “servicio pasivo a la ley”³⁷ creada por el legislador onnisapiente.

El derecho considerado como acto interpretativo, provoca que Ronald Dworkin, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero refieran que el positivismo jurídico, en sus distintas variantes –excluyente, incluyente y axiológico–, es incapaz de servir como herramienta para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Estado constitucional, pese a la importante contribución que hiciera en el pasado para renovarlas áreas de la filosofía del derecho y de la dogmática jurídica.³⁸

Los principales errores del positivismo consisten en no reconocer la realidad viviente del derecho como práctica social compleja y en dar a la teoría del derecho un carácter meramente descriptivo que excluye la dimensión valorativa de las normas jurídicas.³⁹

El derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano (y esperando, por así decirlo, al jurista teórico que la describa y sistematice), sino por el contrario, la comunidad jurídica consiste en una incesante e incansable práctica interpretativa⁴⁰ en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar. Por algo tanto en las obras de Francesco Viola, Giuseppe Zaccaria,⁴¹ Ronald Dworkin y en la de Robert Alexy, se subraya esa

³⁶ ROBLES, Gregorio, *El derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho*, Madrid, Civitas, 1998, p. 55.

³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 53.

³⁸ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en *Isonomía*, núm. 27, 2007, p. 7.

³⁹ *Ibidem*, p. 7.

⁴⁰ VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 65.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 6 y ss.

necesidad de considerar al derecho como una práctica social (en la terminología de Dworkin, como una práctica interpretativa).

III. EL DERECHO COMO LENGUAJE

En contraposición a la afanosa búsqueda conceptual del derecho, la mayoría de los tratadistas reconocen la trascendencia que tiene el análisis lingüístico en el campo jurídico.

Considerado el lenguaje como la más noble y provechosa invención de todas, pues sin él no hubiera existido entre los hombres ni gobierno ni sociedad, ni contrato ni paz, ni más que lo existente entre leones, osos y lobos,⁴² se constituye como la forma natural de la aparición fenoménica del Derecho.⁴³

Hacer derecho –dictar leyes, resolver conflictos, concertar actos jurídicos– era, a la postre, una actividad lingüística. Por boca de legisladores y jueces, el derecho habla –se decía–. El mensaje transmitido en ese discurso⁴⁴ es el derecho mismo.

Atendiendo a la naturaleza jurídica lingüística del derecho, el pensamiento teórico jurídico no sólo ha recurrido a la identificación entre lenguaje y derecho, sino ha desarrollado relaciones más complejas⁴⁵ y una extensa literatura sobre el lenguaje jurídico. La afirmación de que el derecho es lenguaje no conlleva la defensa de una tesis ontológica fuerte, sino únicamente la tesis de que la forma

⁴² HOBBS, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 22.

⁴³ ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, Madrid, Civitas, 1998, p. 66.

⁴⁴ VERNENGO, Roberto J. “El discurso del derecho y el lenguaje normativo”, en *Isonomía*, núm. 4, 1996, p. 88.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 89.

de manifestación del derecho, en cualquiera de sus modalidades, es precisamente el lenguaje.⁴⁶

Una de las grandes tareas de la Ciencia Jurídica versa precisamente sobre el lenguaje, pues a través de él, se expresa el derecho como fenómeno eminentemente normativo⁴⁷ desde su creación, aplicación e interpretación. De ahí que la tesis de partida de que el derecho es un universo lingüístico, esto es, un mundo de signos y significados⁴⁸ es perfectamente aplicable a todos los ámbitos jurídicos que en el mundo han sido, son y serán.⁴⁹

El derecho es un sistema de comunicación social institucionalizado prescriptivo, ordenador y coactivo dirigido, directa o indirectamente, a regular la acción de los hombres en sociedad. Un sistema de proposiciones lingüísticas o, dicho de otra manera, un sistema de proposiciones prácticas, esto es, de reglas y principios que tienen su elemento de referencia en el texto bruto, pero son también (y por ello forman parte del sistema) resultado de la construcción hermenéutica.⁵⁰

Al ser el derecho el resultado de una convención todo el sistema proposicional que lo expresa tiene una existencia convencional que es, obviamente, la existencia convencional del lenguaje, cuyo conjunto articulado forma el complejo de las reglas jurídicas.⁵¹

La ciencia que primordialmente, se ocupa del estudio del lenguaje y los signos lingüísticos es la semiótica, como en Estados Unidos de América, la denominó Charles Morris; mientras que en Europa

⁴⁶ ROBLES, Gregorio, *Comunicación, lenguaje y derecho*, México, Fontamara, 2012, p. 30.

⁴⁷ SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel y CONDE GAXIOLA, Napoleón, *Argumentación Jurídica*, 2ª ed., México, Facultad de Derecho de la UNAM, 2012, p. 23.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría de la democracia*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2011, p. 61.

⁴⁹ ROBLES, Gregorio, *Comunicación, lenguaje, op. cit.*, p. 30.

⁵⁰ ROBLES, Gregorio, *El derecho como texto, op. cit.*, pp. 125-137, 159 y 167.

⁵¹ *Idem*

—iniciada por el lingüista ginebrino Saussure y desarrollada en el seno del estructuralismo— recibió el nombre de semiología.

El objeto de la semiología es la semiosis o todo acontecimiento en el que aparece un signo.⁵²

El pragmatista de Charles Sanders Peirce influenciado por la corriente anglosajona de Gottlob Frege, Bertrand Russell, Ludwig Wittgenstein y Moore —quienes otorgaron primacía al horizonte matemático, al sentido lógico trascendental del lenguaje y a las ciencias duras o de la naturaleza por encima de las ciencias del espíritu— fue el primero que afirmó que la semiótica o semiología puede constituirse en tres niveles distintos, atendiendo al hecho de que el signo puede ser considerado como un elemento que sostiene los siguientes tipos de relaciones:⁵³

Con los otros signos;
Con los objetos que designa en el mundo, y
Con los hombres que lo usan.

Del estudio de la primera relación se ocupa la sintaxis; la segunda relación es tarea de la semántica, y la tercera relación corresponde a la pragmática.

La sintaxis (*implicandi*) al encargarse de analizar la relación existente entre los mismos signos tiene por objeto estudiar la formación del lenguaje que puede derivar de las reglas de combinación de los signos que nos permiten obtener expresiones sintácticamente significativas,⁵⁴ de la transformación o construcción de nuevas ex-

⁵² BEUCHOT, Mauricio, *La filosofía del lenguaje en la Edad Media*, México, UNAM, 1981, p. 11.

⁵³ Citado en WARAT, Luis Alberto. *El derecho y su lenguaje. Elementos para una teoría de la comunicación jurídica*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, p. 48.

⁵⁴ MALDONADO GARCÍA, Lilia Hortensia, “El lenguaje del derecho”, en *Revista Locus Regim Actum*, núm. 19, 1999, p. 70.

presiones a partir de otras ya dadas⁵⁵ y de sus reglas de implicación. La sintaxis constituye la parte más elemental del derecho, a la que también se le puede denominar análisis lógico-lingüístico, por tratar de entender las formas lógicas del lenguaje.⁵⁶

A la formación sintáctica procede la semántica (*explicandi*), que Oscar Correas define como la disciplina que se ocupa del significado de los signos.⁵⁷ Este segundo nivel se dirige al significado del texto mismo en su relación con los objetos, descubriéndose cual es el mundo del texto, esto es, se observa si su referente es real o imaginario.

Al existir en este segundo nivel una relación entre los signos y los contenidos que se significan (relaciones de los significantes con sus significados), el significado de una expresión se explica en términos de su sentido y referencia, haciéndolo depender de las convenciones lingüísticas.⁵⁸ De ahí que una de las principales funciones de la semántica sea establecer las reglas requeridas de adecuación entre signos y objetos o reglas de designación.⁵⁹

Por último, el tercer nivel dentro de la semiótica es el ámbito pragmático (*applicandi*), que al tener como misión el análisis de las relaciones entre los símbolos y los hombres que se valen de ellos,⁶⁰ posibilita la incorporación de los dos contenidos del signo: el significante y el significado.

Al constituir el objeto de estudio de la pragmática la relación entre los signos con sus intérpretes, esto es, los usuarios de los signos,⁶¹ no sólo le conciernen el origen, usos y efectos de los signos

⁵⁵ WARAT, Luis Alberto, *op. cit.*, p. 97.

⁵⁶ ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Tres tipos de reglas*, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁷ CORREAS, Oscar, *Teoría del derecho*, México, Fontamara, s.d., p. 31.

⁵⁸ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *G.H. von Wright y los conceptos básicos del derecho*, México, Fontamara, 2001, p. 65

⁵⁹ BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de Hermenéutica Analógica*, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁶¹ BEUCHOT, Mauricio, *Elementos de la semiótica*, México, UNAM, 1979, p. 199.

dentro del comportamiento en que suceden, sino la explicación del significado en términos de los distintos usos o las distintas funciones que puede tener el lenguaje.⁶²

Por supuesto, que en el seno del derecho se encuentran presentan los tres niveles semióticos. En primer lugar, respecto al análisis formal del lenguaje jurídico, cuyo objeto es el estudio por medio del método lógico-lingüístico de la formación de las reglas jurídicas y de sus conexiones recíprocas, tiene su correspondencia en la sintaxis como la parte más elemental, debido a que se ocupa de los conceptos jurídicos fundamentales del derecho.

En el segundo nivel se ubica la semántica que tiene a su cargo el estudio de aquellos problemas teóricos que conlleva la tarea de comprensión del texto jurídico ya creado. Tradicionalmente se divide en teoría de la interpretación, teoría de la sistematización, teoría de las relaciones entre dogmática y praxis jurídica así como la teoría de la justicia institucionalizada o intrasistémica.

En tanto que el estudio de los problemas teóricos del momento o de los momentos de creación del texto jurídico corresponde a la teoría de la decisión jurídica, de la que se ha ocupado la pragmática como tercer nivel semiótico, y dentro del cual es posible ubicar a la argumentación jurídica.

El nivel pragmático del lenguaje, que se refiere al uso de las palabras, fue descuidado por mucho tiempo hasta que John Austin⁶³ destacó que lo importante no es lo que decimos con las palabras, sino qué hacemos al decir algo⁶⁴. En la actualidad sobresale la propuesta filosófica de Gregorio Robles Morchón, quien al amparo de

⁶² GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *op. cit.*, p. 65.

⁶³ John L. Austin destaca la importancia de la pragmática en su obra denominada *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones*, AUSTIN, John, *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones* traducción de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, Barcelina, Paidós, 1981.

⁶⁴ ALEXY, Robert y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Star Trek y los derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2012, p. 64

la teoría analítico-hermenéutica, se ha ocupado del estudio práctico y perspectivista del aspecto lingüístico del derecho, es decir, contempla al fenómeno jurídico desde una perspectiva determinada: la comunicación humana.⁶⁵

Gracias al lenguaje, el derecho se expresa como fenómeno eminentemente normativo desde su creación, aplicación e interpretación y en sus entrañas convergen la sintaxis, la semántica y la pragmática, pues bajo los cimientos de los conceptos jurídicos fundamentales, el texto jurídico nace para comprenderse e interpretarse, y a partir de las relaciones entre dogmática y praxis jurídica vinculada con la justicia se aplica para modificar la situación jurídica propia o la de los demás, creando derechos o imponiendo obligaciones. Es por todo lo anterior, que el derecho posee una naturaleza creadora, ordenadora y transformadora de la realidad.

Empero, si bien el lenguaje constituye el principal medio de expresión del derecho —ya sea en su forma oral o escrita—, su indebido uso provoca los infranqueables problemas en el ámbito jurídico. Principalmente la indeterminación que existe en el concepto de derecho,⁶⁶ persona y en la mayoría de los términos jurídicos, así como la crisis del principio de legalidad⁶⁷ son el resultado de problemas del lenguaje.

⁶⁵ ROBLES, Gregorio. *Perspectivismo textual y principio de relatividad sistémica en la Teoría Comunicacional del Derecho*, 2011, consultado en: <<http://escuela.asesoria.gba.gov.ar/documentos/93/perspectivismo%20del%20derecho%20Morch%C3%B3n.pdf>>.

⁶⁶ El distinguido doctor Rolando Tamayo sostiene que metodológicamente la determinación del concepto de derecho es, sobre todo, un problema del lenguaje. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho. Introducción al estudio de la Ciencia Jurídica*, México, Themis, 1996, p. 206.

⁶⁷ Ferrajoli refiere que la crisis que afecta al principio de legalidad tiene su génesis en dos factores: la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal, frutos de una política que ha degradado la legislación a administración, difuminando la distinción entre ambas funciones tanto en el terreno de las fuentes como en el de los contenidos. Las leyes, en todos los ordenamientos avanzados, se cuentan ahora ya por decenas de miles y están formuladas en un lenguaje cada

Tratándose del lenguaje, para Wittgenstein, la pregunta principal no es la que se refiere a su significado, sino a su uso. El significado de una palabra –refiere el connotado filósofo– es el uso que tiene dentro de un determinado lenguaje.⁶⁸ Por ello, los problemas filosóficos surjan cuando el lenguaje se emplea mal, siendo la filosofía la terapia que elimina las confusiones conceptuales.

Wittgenstein sostiene que en la filosofía se devuelve a las palabras de su uso metafísico al uso cotidiano y cuando los filósofos usan una palabra –“conocimiento”, “ser”, “objeto”, “yo”, “proposición”, “nombre”– e intentan captar la esencia de la cosa, debemos preguntarnos siempre si la palabra sigue usándose realmente de ese modo en el lenguaje que es su hogar natural. Porque los problemas filosóficos surgen cuando el lenguaje está de vacaciones.⁶⁹

Así, al adoptarse la perspectiva filosófica de Wittgenstein puede considerarse que los problemas filosóficos son fruto de la confusión y de la falta de comprensión, lo que origina que la mayor parte de los descubrimientos y soluciones filosóficas jamás lo hayan sido en realidad, principalmente por el uso del lenguaje, que lejos de obrar en pro de la claridad y el análisis, tomaba vacaciones, en ventaja de errores u malas interpretaciones.⁷⁰

En igual tenor, Rudolf Carnap –uno de los principales exponentes del Círculo de Viena– a partir del análisis lógico y epistemológico del lenguaje y de la psique, fundamenta su tesis de que muchos de los temas clásicos de la filosofía son en realidad pseudoproblemas, es decir, que su planteamiento es producto del uso inadecuado de

vez más oscuro y tortuoso, dando lugar a veces a intrincados enredos y laberintos normativos. FERRAJOLI, Luigi, *Pasado y futuro del Estado de derecho, en RIFP*, núm.17, 2001, p. 36.

⁶⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, México, UNAM, 1988, p. 61.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 125.

⁷⁰ Citado en MONTALVO, Manuel, *Samuel Beckett*, España, Ediciones del Orto, 2000, pp. 29-30.

los términos o de la sintaxis en las proposiciones propias de dicha ciencia.

Dentro del terreno lingüístico un serio obstáculo en el ámbito jurídico se encuentra en la existencia de un lenguaje pseudonormativo, lo que implica que la expresión derecho y la mayoría de la terminología jurídica se recogen del lenguaje común o normal que utilizamos en la vida cotidiana para comunicarnos y, al mismo tiempo, forman parte del lenguaje especializado que utilizan los juristas.

A este respecto Pollock y Maitland sostienen que buena parte de la dificultad, en lo que atañe a la terminología jurídica, se origina en el hecho de que muchas de nuestras palabras sólo eran aplicables originariamente a cosas físicas;⁷¹ de modo que su uso en conexión con relaciones jurídicas es, hablando estrictamente figurativo o ficticio,⁷² siendo por ello necesario –como lo plantea el realismo genovés– alejarse de la tendencia de trasladar consideraciones del lenguaje natural hacia el lenguaje jurídico, pues se trata de esferas disímiles y del hecho que el lenguaje (punto y aparte) funcione de una manera no se sigue que necesariamente el lenguaje jurídico funcione sólo de esa manera.⁷³

En este sentido, Bernal Pulido reconoce que es imprescindible aclarar cómo es posible que en un mundo en el que sólo existen individuos, éstos se comuniquen mediante el lenguaje articulado y actúen juntos para crear la práctica del derecho. Éste es el contexto propio para explicar qué naturaleza tienen las normas jurídicas, qué funciones cumplen, qué naturaleza tienen las autoridades, las instituciones, el Estado y la coerción.⁷⁴

⁷¹ Citado en HOHFELD, W.N. *Conceptos jurídicos fundamentales*, 5ª ed., traducción de Genaro R. Carrió, México, Fontamara, 2001, p. 36.

⁷² *Idem*.

⁷³ BOUVIER, Hernán G., “Lenguaje y teoría del derecho. Tensiones en una variante del realismo jurídico” en *Revista Isonomía*, núm. 35, 2011, p. 51.

⁷⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, *Estudio introductorio a la obra de Robert Alexy intitulada El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 25.

Por supuesto que el método analítico al emplear la inducción y la abducción es la herramienta fundamental para lograr un adecuado y correcto uso del lenguaje

Finalmente, para concluir este apartado es de destacarse que en el lenguaje es posible distinguir los siguientes usos:

Expresivo;
Operativo;
Descriptivo o informativo, y
Prescriptivo.

La función expresiva o emotiva se cumple cuando el emisor utiliza el lenguaje como elemento canalizador para expandir, comunicar, transmitir o producir determinadas emociones⁷⁵ o exteriorizar ciertos estados de ánimo. A pesar de que no es frecuente referir criterios de evaluación de los mismos, solemos calificarlos como sinceros o no sinceros, según correspondan o no a los estados internos manifestados.⁷⁶ Los textos emotivos son los típicos de la poesía.

Por lo que respecta, al uso operativo o performativo, presupone la existencia de un sistema normativo vigente que le otorga sentido objetivo a ciertos actos de voluntad,⁷⁷ es decir, que en este tipo de función se requiere de una serie de condiciones y circunstancias establecidas como reglas preexistentes, fuera de las cuales el lenguaje no tendría razón de ser o simplemente no surtiría los efectos deseados.⁷⁸

Usamos de manera descriptiva el lenguaje, cuando no intentamos interferir de ninguna manera en el curso de los acontecimientos, simplemente se informa acerca de algún aspecto del mundo. El enunciado que porta una descripción presuponer criterios de

⁷⁵ *Ibidem*, p. 49.

⁷⁶ CÁCERES NIETO, Enrique, *Lenguaje y derecho. Las normas jurídicas como sistemas de enunciados*, México, Cámara de Diputados, LVII Legislatura-UNAM, 2000, p. 15.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 98.

⁷⁸ SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel y CONDE GAXIOLA, Napoleón, *op. cit.*, p. 24.

verdad se concreta con ser verdadero o falso, según coincida o no con el objeto al cual se refieren o con algún aspecto del mundo. Semánticamente las descripciones se limitan a informar objetivamente, pero sin intentar interferir en el desarrollo del mundo.

Por el contrario, el enunciado prescriptivo se concreta a ser válido o inválido, pues las prescripciones tienen el sentido de dirigirse a otro ente para cambiar el mundo de alguna manera. Cuando se prescribe, se pretende hacer hacer algo a alguien,⁷⁹ y por ello se emplean fórmulas verbales para dirigir, influir o incidir en el comportamiento de los demás y provocar ciertas conductas o generar un sinnúmero de efectos.

Hägerström asemeja el lenguaje jurídico con los actos mágicos, pues en el derecho diciendo palabras correctamente en circunstancias apropiadas por alguien especialmente calificado para hacerlo, provoca demiúrgicamente la creación de los distintos “entes” jurídicos.

Hablamos como si el discurso jurídico tuviera el increíble poder de crear o establecer una relación entre ciertas formulas y los efectos jurídicos, de ahí la demiurgia, pues aún cuando resulta extraordinario que la creación o transmisión de derechos y el conferimiento de facultades son realizados mediante declaraciones verbales, la demiurgia del discurso jurídico se localiza en la norma (expresión lingüística) que modifica la situación jurídica propia o la de los demás.⁸⁰

Es así que donde Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt y Karl Olivecrona hablan de magia,⁸¹ Ohmann lo denomina la fuerza ilo-

⁷⁹ CORREAS, Oscar, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁰ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general... op. cit.*, p. 443.

⁸¹ OLIVECRONA Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, México, Fontamara, 2007, pp. 27-29.

cutiva que reside en lo que se hace cuando se dice algo⁸² y otros como el iusfilósofo John Langshow Austin se refieren a la virtud creadora de las expresiones del discurso jurídico a través de la doctrina de las “expresiones realizativas” (*performatives utterances*).

De acuerdo con Austin, el propósito de este tipo de expresiones es establecer una nueva relación jurídica, pues evidentemente al formularlas, realizamos una acción, surgen derechos y deberes o calidades jurídicas, así como relaciones y propiedades.⁸³

Como quiera que sea, expresiones realizativas, enunciados ilocucionarios (*que, eo ipso, hacen algo al decir algo*)⁸⁴ o demiurgia, resulta innegable que el propósito de todas las disposiciones jurídicas, pronunciamientos judiciales, contratos y otros actos jurídicos es influir en la conducta de los hombres y dirigirla de ciertas maneras,⁸⁵ de ahí que el derecho es un discurso prescriptivo, cuyos rasgos distintivos de acuerdo con el maestro Oscar Correas son: que amenaza con la violencia, es producido por funcionarios autorizados, pero sólo es aceptado cuando ha sido producido conforme a los procedimientos establecidos en discursos anteriores y si tiene el sentido autorizado en esos discursos anteriores.⁸⁶

En este mismo tenor, Georg Henrik Von Wright refiere que las prescripciones se caracterizan básicamente, por cinco aspectos: i) provienen de la voluntad de una autoridad normativa; ii) tienen uno o varios destinatarios; iii) la autoridad encargada de emitir la norma pretende que el destinatario adopte una cierta conducta; iv)

⁸² OHMANN, Richard, *Los actos del habla y la definición de la literatura*, ahora en MAYORAL, José Antonio (comp.), *Pragmática de la comunicación literaria*, traducción de Fernando Alba y José Antonio Mayoral, Madrid, Arco, 1987, p. 28.

⁸³ *Ibidem*, pp. 41-42.

⁸⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Lenguaje del derecho y demiurgia jurídica (Entre actos ilocucionarios y actos mágicos)” en *Revista Crítica Jurídica*, núm.13, 1993, p. 202.

⁸⁵ OLIVECRONA, Karl, *op. cit.*, p. 47.

⁸⁶ CORREAS, Oscar, *op. cit.*, p. 35.

son promulgadas por la autoridad, y v) para dotarlas de efectividad la autoridad prevé una sanción en caso de incumplimiento.⁸⁷

Específicamente, bajo la óptica constructiva, la teoría analítica del derecho -representada por Alf Ross-, distingue tres tipos de expresiones lingüísticas:⁸⁸

Expresiones de aserción o expresiones con significado representativo;
Exclamaciones, esto es, expresiones sin significado representativo con las que no se pretende ejercer influencia, y
Directivas, esto es, expresiones sin significado representativo pero que son usadas con el propósito de ejercer influencia.

Teniendo en cuenta la anterior clasificación, las leyes no se sancionan para comunicar verdades teóricas, sino para dirigir el comportamiento de los hombres –tanto de los jueces como de los ciudadanos– a fin de que actúen de cierta manera deseada. La regla jurídica no es verdadera ni falsa, es una directiva.⁸⁹

Todas las directivas se caracterizan por tener una estructura formal similar, consistente en que un emisor emite un mensaje dirigido a un receptor en una situación específica con la intención de que algo sea de determinada forma o de que el receptor haga algo. La emisión se realiza por un medio comunicacional, al cual los lingüistas suelen llamar canal, siendo el mensaje lo que se dice en el soporte comunicacional, en el canal.⁹⁰

Para Oscar Correas, los puntos de vista semántico y pragmático son necesarios para diferenciar al uso descriptivo del lenguaje del prescriptivo.⁹¹ Desde el punto de vista pragmático, la voluntad del productor del enunciado será también lo que defina su calidad de descriptivo o prescriptivo.

⁸⁷ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *op. cit.*, p. 56.

⁸⁸ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 8

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 8-9.

⁹⁰ ROBLES, Gregorio, *Comunicación, lenguaje, op. cit.*, pp. 51-52.

⁹¹ CORREAS, Oscar, *op. cit.*, pp. 33-34.

Siendo considerado el problema de la “voluntad” como el objeto de la pragmática, por ser la disciplina que estudia la producción del sentido en relación con el contexto en que se produce tal sentido, al recurrir⁹² al punto de vista pragmático para decidir acerca de la naturaleza descriptiva o prescriptiva de un enunciado, quiere decir, decidir sobre la base del contexto histórico-cultural en que se produce el enunciado. El contexto histórico específico al que pertenece todo intérprete es –en los términos de Gadamer– su horizonte hermenéutico, por lo que la relación entre el intérprete y su horizonte constituye su situación hermenéutica.

En lo que respecta a la relación entre descripciones y prescripciones, consistente en uno de los tópicos fundamentales de la Teoría del Derecho, existen dos posturas. La primera es la denominada Ley Hume que sostiene la imposibilidad lógica de pasar de lo que es a lo que debe ser,⁹³ es decir, derivar una prescripción de una descripción, pues se incurriría en lo que se ha denominado por George Edward Moore como falacia naturalista,⁹⁴ ello debido a que la

⁹² *Ibidem*, p. 33-34.

⁹³ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 10ª ed., trad. Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1998, pp. 19-20.

⁹⁴ El término de “falacia naturalista” fue acuñado por George Edward Moore, aún cuando su primera formulación se encuentra en el Tratado de la naturaleza humana de David Hume en el que refiere “En todo sistema de moralidad que hasta ahora he encontrado he notado siempre que el autor procede durante algún tiempo según el modo corriente de razonar, y establece la existencia de Dios o hace observaciones concernientes a los asuntos humanos, y, de repente, me veo sorprendido al hallar que en lugar de los enlaces usuales de las proposiciones es y no es, encuentro que ninguna proposición se halla enlazada más que como debe o no debe. Este cambio es imperceptible, pero es, sin embargo, de gran consecuencia, pues como este debe o no debe expresa una nueva relación o afirmación, es necesario que sea observada y explicada y al mismo tiempo debe darse una razón para lo que parece completamente inconcebible, a saber: como esta nueva relación puede ser una deducción de otras que son totalmente diferentes de ella, ya que los autores no usan comúnmente de esta precaución, debo aventurarme a recordarla a los lectores, y estoy seguro de que esta pequeña atención acabara con todos los sistemas corrientes de inmoralidad y nos permitirá ver que la distinción

corriente del iusnaturalismo establece como inválido el tránsito de los enunciados descriptivos a los valorativos. John Langshow Austin ha llegado a hablar de la “falacia descriptiva” para referirse a esta situación.⁹⁵

Por su parte, la segunda postura respaldada por Gregorio Robles plantea que es un error reducir el derecho a normas que tan sólo expresan el deber, ya que tal simplificación difícilmente puede tenerse con la verdadera naturaleza lingüística de todo ordenamiento jurídico. Un análisis que no parta de prejuicios estereotipados, sino que penetre en el lenguaje del derecho para desentrañar sus formas, lo menos que puede hacer es reconocer la heterogeneidad lingüística de las normas jurídicas.⁹⁶

Tanto la hermenéutica analógica como la pragmática se han encargado de hacernos ver que todo enunciado descriptivo tiene una fuerza ilocucionaria valorativa y, por lo mismo, no se infiere más de lo que tiene, sino que sólo se explicita el contenido que ya posee en sí mismo.⁹⁷ Por tal razón, no hay ningún tipo de falacia, no es un paso en falso, sino antes bien, uno que damos continuamente, y que necesitamos dar para poder desarrollar una ética o un derecho.⁹⁸

La hermenéutica a través de la analogía, como proceso intermedio que se coloca entre la univocidad y la equivocidad,⁹⁹ evita la falacia positivista, de Hume a Kelsen, pasando por Henry Sidgwick,

de vicio y virtud, ni está basada meramente, en relaciones de objetos ni se percibe por la razón”. Cfr. HUME, David, Tratado de la naturaleza humana, Ensayo para introducir el método del razonamiento experimental en los asuntos morales, traducción de Vicente Viqueira, España. Dipualba, 2001, p. 340.

⁹⁵ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *op. cit.*, p. 65.

⁹⁶ ROBLES, Gregorio, *Comunicación, lenguaje, op. cit.*, p. 137.

⁹⁷ BEUCHOT, Mauricio, *Aproximación a una hermenéutica... op. cit.*, p. 30.

⁹⁸ Citado en CONDE GAXIOLA, Napoleón, *Prolegómenos, op. cit.*, p. 15.

⁹⁹ CONDE GAXIOLA, Napoleón, *Hermenéutica analógica y formación docente*, México, Torres Asociados, 2010, p. 10.

Moore y Joseph Raz, preservándose de manera analógica la relación entre la descripción y la valoración.

De igual manera, gracias a la hermenéutica analógica se obtienen conclusiones de mayor apertura que soslayan el univocismo que pregona la imposibilidad del paso del ser al deber ser y se supera el equivocismo que niega por completo el deber ser,¹⁰⁰ lográndose el término medio de las acciones, al igual que de los medios para alcanzar los fines a través de la phrónesis,¹⁰¹ pues al tratarse de la analogía hecha vida,¹⁰² como virtud racional y práctica enseña a buscar el medio, tanto el medio de las acciones, en lo cual consiste el término medio virtuoso como, en el silogismo teórico, el término medio para unir los extremos, y, en el silogismo práctico, el medio para llegar al fin propuesto, siendo esto último lo más propio de la phrónesis.¹⁰³

IV. FUENTES DE INFORMACIÓN

ALEXY, Robert, *On structure of legal principles*, en *Revista Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, núm.13, 2000.

_____, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002,

ALEXY, Robert y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Star Trek y los derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2012.

ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Madrid, Aguilar, 1973.

¹⁰⁰ CONDE GAXIOLA, Napoleón, *Prolegómenos*, *op. cit.*, pp. 16-17.

¹⁰¹ BEUCHOT, Mauricio, “Hermenéutica Analógica, Derechos Humanos y Justicia en un Mundo Plural”, en CONDE GAXIOLA, Napoleón y MARTÍNEZ VERGARA, Paola (comp.), *Temas centrales de hermenéutica jurídica*, México, Horizontes, 2012, p. 34.

¹⁰² BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica y derecho*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰³ BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de Hermenéutica Analógica*, *op. cit.*, p. 56.

- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en *Revista Isonomía*, núm. 27, 2007.
- AUSTIN, John, *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones*, traducción de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, Barcelina, Paidós, 1981.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *Estudio introductorio a la obra de Robert Alexy intitulada El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- BERUMEN CAMPOS, Arturo, “Ponderación de principios y tónica jurídica”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie XLVIII*, 2015.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Lenguaje, hermenéutica y derecho”, en *Revista Persona y Derecho*, núm. 35, 1996.
- BEUCHOT, Mauricio, *Elementos de la semiótica*, México, UNAM, 1979.
- BEUCHOT, Mauricio, *La filosofía del lenguaje en la Edad Media*, México, UNAM, 1981.
- BEUCHOT, Mauricio, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, México, UNAM, 1997.
- BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de Hermenéutica Analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, México, Ítaca, 2007.
- BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica y derecho*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- BEUCHOT, Mauricio “Aproximación a una hermenéutica analógica”, en *Revista Pensamiento y Cultura en Colombia y América Latina. Cuadernos de filosofía latinoamericana* núm.30, 2009.
- BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica y filosofía del derecho*, México, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, A.C., Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Educación para las Ciencias en Chiapas, A.C., 2010.
- BEUCHOT, Mauricio, “Una hermenéutica para el mundo actual”, en *Revista Comprender*, núm. 13, 2011.
- BEUCHOT, Mauricio, “Hermenéutica Analógica, Derechos Humanos y Justicia en un Mundo Plural”, en CONDE GAXIOLA, Napoleón y MARTÍNEZ VERGARA, Paola (comp.), *Temas centrales de hermenéutica jurídica*, México, Horizontes, 2012.

- BOUVIER, Hernán G. “Lenguaje y teoría del derecho. Tensiones en una variante del realismo jurídico”, en *Revista Isonomía*, núm. 35, 2011.
- CAYETANO, Thomas *Tractatus de nominum analogía*, traducción de trad. de Juan Antonio Hevia Echeverría, Oviedo, Pentalfa, 2005.
- CONDE GAXIOLA, Napoleón. *Hermenéutica Jurídica*, México, Horizontes, 2008.
- CONDE GAXIOLA, Napoleón. *Prolegómenos de una hermenéutica jurídica*, México, Horizontes, 2009.
- CONDE GAXIOLA, Napoleón. *Hermenéutica analógica y formación docente*, México, Torres Asociados, 2010.
- CORREAS, Oscar, *Teoría del derecho*. México, Fontamara, s.d.
- DÍAZ ROMERO, Juan, *Imagen elemental de la hermenéutica jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, México, UNAM, 1977.
- DWORKIN, Ronald. *A Matter of principle*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2002.
- ECO, Umberto. *Los límites de la interpretación*, Barcelona, Lumen, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*, en *RIFP.*, núm. 17, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría de la democracia*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2011.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *G.H. von Wright y los conceptos básicos del derecho*, México, Fontamara, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 2ª edición, México, Trotta, 2000.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

- HUME, David. *Tratado de la naturaleza humana, Ensayo para introducir el método del razonamiento experimental en los asuntos morales*, traducción de Vicente Viqueira, España. Dipualba, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, 10^a edición, traducción de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1998.
- MALDONADO GARCÍA, Lilia Hortensia, “El lenguaje del derecho”, en *Revista Locus Regim Actum*, núm.19, 1999.
- LUJAN, E., *Hermenéutica analógica. Una propuesta contemporánea*, México, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2002.
- MORESO I MATEOS, Josep Joan. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho* Barcelona, UOC, 2006.
- OHMANN, Richard. *Los actos del habla y la definición de la literatura*, en MAYORAL, José Antonio (compilador), *Pragmática de la comunicación literaria*, traducción de Fernando ALBA y José Antonio MAYORAL, Madrid, Arco, 1987.
- OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, México, Fontamara, 2007.
- RICOEUR, Paul, *Lo justo*, Madrid, Caparrós, 1999.
- ROBLES, Gregorio. *El derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho* (Madrid, Civitas, 1998).
- _____ *Perspectivismo textual y principio de relatividad sistémica en la Teoría Comunicacional del Derecho*, 2011 [visible en internet: <http://escuela.asesoria.gba.gov.ar/documentos/93/perpectivismo%20del%20derecho%20Morch%C3%B3n.pdf>]
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio. *Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, Madrid, Civitas, 1998).
- _____ *Comunicación, lenguaje y derecho*, México, Fontamara, 2012.
- _____ “El concepto de ámbito jurídico en la teoría comunicacional del derecho”, en *Revista Campo Jurídico*, núm. 2, 2014.
- _____ *Tres tipos de reglas en el derecho*, disponible en <http://132.248.65.15/libros/1/399/5.pdf>
- RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Hermenéutica y derecho. Orientaciones preliminares para un adecuado enfoque del tema*, Valencia, Marcial Pons, 1977.

VISIÓN HERMENÉUTICA ANALÓGICA DEL DERECHO...

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

- SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel y CONDE GAXIOLA, Napoleón. *Argumentación Jurídica*, 2ª edición, México, Facultad de Derecho de la UNAM, 2012.
- TAMAYO SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho. Introducción al estudio de la Ciencia Jurídica*, México, Themis, 1996.
- TAMAYO SALMORÁN, Rolando, “Lenguaje del derecho y demiurgia jurídica (Entre actos ilocucionarios y actos mágicos)”, en *Revista Crítica Jurídica*, núm. 13, 1993.
- VERNENGO, Roberto J. El discurso del derecho y el lenguaje normativo, en *Revista Isonomía*, núm. 4, 1996.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.
- VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2001.
- WARAT, Luis Alberto. *El derecho y su lenguaje. Elementos para una teoría de la comunicación jurídica*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.