

**LA RELACIÓN LENGUAJE - DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE
LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL LENGUAJE JURÍDICO
CONSTITUCIONALMENTE INADMISIBLE**

JAVIER ORLANDO AGUIRRE ROMAN

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
BUCARAMANGA**

2005

**LA RELACIÓN LENGUAJE - DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE
LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL LENGUAJE JURÍDICO
CONSTITUCIONALMENTE INADMISIBLE**

JAVIER ORLANDO AGUIRRE ROMAN

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de
Abogado**

Director:

LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
BUCARAMANGA**

2005

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
1. DERECHO Y LENGUAJE: CONSTRUCCIÓN DE UN DEBATE ENTRE DOS POSICIONES	11
1.1. PRIMER NIVEL. ¿EL DERECHO USA EL LENGUAJE O EL DERECHO ES LENGUAJE?	12
1.1.1. Enfoque instrumentalista. El Derecho usa el lenguaje	12
1.1.2. Enfoque constitutivo. El Derecho es lenguaje	13
1.2 SEGUNDO NIVEL. LENGUAJE NATURAL Y LENGUAJE JURÍDICO	16
1.2.1. Enfoque instrumentalista. El uso del lenguaje natural le genera al Derecho un número considerable de problemas semánticos	16
1.3. TERCER NIVEL. LA COMUNIDAD JURÍDICA Y LA CREACIÓN O INTERPRETACIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO	29
1.3.1. Enfoque instrumentalista. El Derecho existe y se diferencia del ejercicio de interpretación del mismo	29
1.3.2. Enfoque constitutivo. Creación de Derecho e interpretación del mismo se confunden a partir de la labor de la comunidad jurídica	30
1.3.2.1. Chaim Perelman. La comunidad jurídica como el auditorio	33
1.3.2.2. Aulis Aarnio y José Calvo. La Comunidad jurídica como la autoridad de la mayoría racional	38
1.3.2.3. Robert Alexy. La comunidad jurídica y las reglas de los discursos racionales	43
1.3.2.4. Pierre Bourdieu. La Comunidad jurídica como las fuerzas victoriosas del campo jurídico	46
1.3.2.5. Robert Cover. La Comunidad jurídica como las comunidades sociales que crean significados jurídicos	49

1.4. A MANERA DE CONCLUSIÓN DEL DEBATE	53
2. EL LENGUAJE JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE INADMISIBLE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. POSICIÓN DE LA CORTE EN EL DEBATE	54
2.1 ENFOQUE CONSTITUTIVO	55
2.1.1. Eliminación de la disposición normativa en su totalidad	60
2.1.2. Eliminación del término inconstitucional	62
2.1.2.1. Sentencia C – 037 de 1996. El caso de la expresión “recursos humanos”	62
2.1.2.2. Sentencia C – 478 de 2003. El caso de los términos “furiosos locos”, “mentecatos”, “imbecilidad”, “idiotismo”, “locura furiosa”, “casa de locos”, y “tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes”	64
2.1.2.3. Sentencia C – 1088 de 2004. El caso de los términos “locura furiosa” y “loco”	69
2.2. ENFOQUE INSTRUMENTALISTA: INTERPRETACIÓN CONDICIONADA	70
2.2.1. Sentencia C – 320 de 1997. El caso de la expresión “transferir jugadores”	71
2.2.2. Sentencia C – 007 de 2001. El caso de la expresión “robo violento”	72
3. CONCLUSIONES	74
BIBLIOGRAFÍA	78

RESUMEN

TÍTULO: LA RELACIÓN LENGUAJE - DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL LENGUAJE JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE INADMISIBLE *

AUTOR: AGUIRRE ROMÁN, Javier Orlando **

PALABRAS CLAVES: Lenguaje, Derecho, instrumentalista, constitutivo, semántica, comunidad jurídica, lenguaje jurídico constitucionalmente inadmisibile.

DESCRIPCIÓN:

Es evidente que entre el Derecho y el Lenguaje existe una fuerte relación de dependencia. Las normas jurídicas se manifiestan a través del lenguaje, así como las decisiones de los Tribunales que las aplican y las afirmaciones de los doctrinantes que comentan lo anterior. Es fácil encontrar un sinnúmero de textos de importantes juristas en donde reflexionan sobre el lenguaje. Y es en virtud de tal dependencia que una considerable cantidad de filósofos del derecho han realizado numerosas reflexiones en torno a problemas que parecen suponer dicha relación. Sin embargo, al momento de analizar la forma como todos los anteriores autores plantean la relación Lenguaje – Derecho, el asunto deja de ser pacífico.

Este trabajo de grado pretende acercarse a dicho problema. Para esto se toma como material de análisis la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha abordado el tema del lenguaje jurídico constitucionalmente inadmisibile. La pregunta que nos guía es la siguiente: ¿qué tipo de relación entre el Derecho y el Lenguaje se puede encontrar en la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional acerca del lenguaje jurídico constitucionalmente inadmisibile?

Para responder la anterior pregunta el trabajo presenta primero una conceptualización y clasificación de diversas posturas teóricas encontradas que, de una u otra manera, intentan dar cuenta de la forma como se relacionan el Lenguaje y el Derecho. De tal lectura el trabajo presenta dos formas más o menos diferenciadas de plantear la relación Lenguaje - Derecho. Estas formas son llamadas a) instrumentalista y b) constitutiva.

Tras una caracterización de los mencionados enfoques, que son usados como base analítica, se pasa a la lectura de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para develar que tales sentencias han oscilado entre ambos enfoques, es decir, algunas de ellas se han acercado a los principales planteamientos y supuestos del enfoque instrumentalista, mientras que otras lo han hecho a los del constitutivo.

El trabajo quiere evidenciar que el presente asunto no es meramente teórico, pues la posición que se asuma respecto de la relación Lenguaje - Derecho influye notablemente en la forma como el juez termina decidiendo los casos que se le presentan. Dicho de otro modo: todo caso resuelto por un juez supone la aceptación, implícita o explícita, de ciertos presupuestos teóricos respecto de la relación Derecho- Lenguaje. Se quiere con esto develar algo que muchos grandes juristas, como por ejemplo Ronald Dworkin, ya han advertido con anterioridad: el derecho no tiene, frente a la filosofía, más independencia de la que tiene frente a otras disciplinas como la economía y la sociología.

* Trabajo de Grado

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Francisco Casas Farfán

ABSTRACT

TITLE: THE RELATION LANGUAGE – LAW IN THE CONSTITUTIONAL COURT ABOUT THE CONSTITUTIONALLY INADMISSIBLE LEGAL LANGUAGE *

AUTHOR: AGUIRRE ROMÁN, Javier Orlando **

KEY WORDS: Language, Straight, instrumentalist, constituent, semantics, legal community, constitutionally inadmissible legal language.

DESCRIPTION:

It is evident that between Law and the Language exists a strong relation of dependency. The legal norms are pronounced through the language, as well as the applied decisions of the Courts and the affirmations of the doctrinaires that comment the previous thing. It is easy to find endless number of texts of important jurists reflecting about the language. And is by virtue of such dependency that a considerable amount of philosophers of Law has made numerous reflections around problems that seem to suppose this relation. However at the time of analyzing the way all the previous authors present the relation Language – Law, the subject stops being peaceful.

This work to obtain my degree tries to approach this problem. For this the jurisprudence of the Constitutional Court is taken as material of analysis that has boarded the subject of the legal language constitutionally inadmissible. The question that guides to us is the following one: what type of relation between the Law and the Language it is possible to be found in the jurisprudential line of the Constitutional Court about the legal language constitutionally inadmissible?

In order to respond the previous one the work presents first conceptualization and classification of diverse theoretical positions found, that of one or another way, tries to show the form they relate the Language and Law. From such reading the work presents two forms more or less differentiated to raise the relation Law Language -. These forms are called a) instrumentalist and b) constituent.

After a characterization of the mentioned approaches used as it bases analytical, it goes to the reading of the jurisprudence of the Constitutional Court to reveal that such sentences have oscillated between both approaches, that's to say, some of them have approached the main expositions and supposed of the instrumentalist approach, whereas others have done it to of the constituent.

The work wants to demonstrate that the present subject is not merely theoretical, because the position taken respect to the relation Language - Straight it influences remarkably in the way the judge ends up deciding the cases that appear to him/her. Said of another way: all case solved by a judge supposes the acceptance, implicit or explicit, of certain theoretical budgets respect to the relation Law- Language. It is wanted with this to reveal something that many great jurists, like by example Ronald Dworkin, already has warned previously: Law does not have, as opposed to the philosophy, more independence of the one than has others as opposed to disciplines like the economy and sociology.

* Grade Work

** Faculty of Humans Science. School of Law. Francisco Casas Farfán

INTRODUCCIÓN

Es innegable que la pregunta filosófica por la naturaleza del lenguaje es, en última instancia, tan antigua como la pregunta por el ser. Una cuidadosa lectura del diálogo platónico *Cratilo* puede corroborar la anterior afirmación. Sin embargo, también es innegable que la filosofía del lenguaje tuvo un sobresaliente desarrollo durante el siglo pasado, en donde incluso se llegó a considerar al análisis del lenguaje como la ocupación principal, si no la única y auténtica, de la filosofía.

Algunos comentaristas han agrupado a las doctrinas contemporáneas sobre el lenguaje en los siguientes cinco grupos¹: a) doctrinas pragmatistas que se interesan en examinar al lenguaje concibiéndolo como un mero instrumento, b) doctrinas “existenciales” de la comunicación, en donde el lenguaje aparece como una manifestación de la persona, c) doctrinas lógico – positivas y lógico – atomistas en donde la formalización del lenguaje desempeña un papel fundamental, d) doctrinas interesadas por el análisis del “lenguaje corriente y ordinario”, y e) doctrinas que han examinado al lenguaje desde el punto de vista de la teoría del símbolo y del simbolismo.

Este interés por el papel del lenguaje en la vida humana (y por ende en los problemas filosóficos) se ha traducido en frases tan enigmáticas como: “Los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo” (primer Wittgenstein), “La filosofía es una lucha contra el embrujamiento de la inteligencia por medio del lenguaje” (último Wittgenstein), “El lenguaje es la casa del ser” (Heidegger), etc.

Ahora bien, todo el anterior contexto filosófico, que de una u otra forma trata de dar cuenta del problema de la relación “Pensamiento – Lenguaje – Realidad”, constituye un escenario sumamente tentador para preguntarse por la relación “Lenguaje – Derecho”.

La afirmación según la cual “el Derecho y el lenguaje se relacionan” es una afirmación que difícilmente tendrá contradictor alguno. No es necesario tener amplios conocimientos en cuanto a la naturaleza del lenguaje para admitir lo anterior. Sólo se precisa tener un mediano conocimiento del fenómeno de lo jurídico para convencerse de que el Derecho y el lenguaje son asuntos que van de la mano. Sin embargo, el problema verdaderamente complejo y de amplia

¹ MORA FERRATER, J. Diccionario de Filosofía. Tomo III. Barcelona: Ediciones Ariel, 1998. p. 2100-2108.

discusión es el de la forma exacta en que se da tal relación. Abordar tal problema es el interés abstracto y general del presente texto.

Para hacer esto se ha querido usar como material principal de trabajo la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, más exactamente la jurisprudencia que se ha referido al problema del lenguaje jurídico constitucionalmente inadmisibles. La pregunta que nos guía es entonces la siguiente: ¿qué tipo de relación entre el Derecho y el Lenguaje se puede encontrar en la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional acerca del lenguaje jurídico constitucionalmente inadmisibles?

Con esto se quiere evidenciar que el presente asunto no es meramente teórico, pues la posición que se asuma respecto de la relación Lenguaje - Derecho influye notablemente en la forma como el juez termina decidiendo los casos que se le presentan. Dicho de otro modo: todo caso resuelto por un juez supone la aceptación, implícita o explícita, de ciertos presupuestos teóricos respecto de la relación Derecho- Lenguaje. Se quiere con esto develar algo que muchos grandes juristas, como por ejemplo Ronald Dworkin, ya han advertido con anterioridad: el derecho no tiene, frente a la filosofía, más independencia de la que tiene frente a otras disciplinas como la economía y la sociología.

Ahora bien, el problema concreto de esta investigación no puede ser abordado "directamente". Es decir, no es posible leer únicamente la jurisprudencia aludida y pretender encontrar allí, sin más, todo el color de la relación Lenguaje - Derecho que tal jurisprudencia supone. Se hace necesario entonces partir de algún tipo de marco teórico que nos permita aprehender en mayor medida tal relación.

El lugar escogido como base analítica es el de diversos planteamientos de teóricos del Derecho que, de una u otra forma, han desarrollado en sus consideraciones una idea acerca de cómo es la relación Lenguaje-Derecho. Frente a tales trabajos se hace necesario entonces plantearnos las siguientes preguntas: ¿cómo se ha entendido, por los diversos teóricos del Derecho, la relación Lenguaje - Derecho? ¿Cuáles son las principales características de tales planteamientos? ¿Cuáles son, en dichos análisis y planteamientos, los elementos que pueden ser abstraídos para lograr una clasificación de las formas de entender la relación Lenguaje - Derecho?

Para responder lo anterior se ha contado con la ayuda de Aulis Aarnio, Gema Bizcarrondo, María Bono, Ramon Soriano, Daniel Mendonca, Astrid Gómez, Olga María Bruera, Carlos Santiago Nino, Francois Ost, Michel van de Kerchove, Arthur Kaufmann, Pierre Bourdieu, Robert Alexy, David Hume, Rafael Hernández Marín, Roberto Vernengo, Xacobe Bástida, Juan Ramón

Capella, Chaim Perelman, José Calvo, Robert Cover y otros autores más, no mencionados explícitamente en la investigación.

A pesar de lo extensa de la anterior lista, es evidente que, para el objetivo trazado, es una lista incompleta. Grandes nombres, como por ejemplo los de Ronald Dworkin y John Austin, constituyen una notoria ausencia. Y, como estos dos, podrían citarse muchos más.

La única excusa que el autor de estas líneas puede presentar es, por una parte, la necesaria continuación de la investigación con la lectura cuidadosa de las obras de Dworkin, Austin, y muchos otros, y, por otra, el señalamiento de que con los autores trabajados se pudo cumplir el objetivo de construir un debate teórico suficientemente sólido para leer, a partir de ahí, la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El presente trabajo se encuentra dividido en dos capítulos. En el primero de ellos se presenta la construcción hecha del debate entre los diversos autores citados en torno a la relación Lenguaje-Derecho. En el segundo se realiza la lectura de la jurisprudencia de la Corte anteriormente señalada con las categorías abstraídas de las posiciones teóricas. Finalmente se presenta una sección de conclusiones sobre lo hallado en la investigación.

1. DERECHO Y LENGUAJE: CONSTRUCCIÓN DE UN DEBATE ENTRE DOS POSICIONES

Afirmar que existe una relación de dependencia entre el Lenguaje y el Derecho es realizar una aseveración tan amplia que prácticamente carece de contenido definido y concreto. No se dice nada al afirmar que “el Derecho y el Lenguaje se relacionan” sin aclarar específicamente en qué consiste esa relación y qué características posee; sin tal aclaración nos estaríamos resignando a quedarnos con la elemental observación según la cual: “Las normas jurídicas se manifiestan a través de lenguaje. Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje. Incluso, si en ocasiones es incierto lo que está escrito en la ley, todo el material interpretativo, como los debates legislativos (trabajos preparatorios), se materializa también en lenguaje escrito. Así, el lenguaje es interpretado por lenguaje y el resultado se expresa por medio de lenguaje”².

Es evidente y existe un acuerdo generalizado: el Derecho es dependiente del Lenguaje. Los numerosos textos de importantes juristas en donde aquellos reflexionan sobre el lenguaje constituyen un autorizado testimonio de lo anterior³. Y es en virtud de tal dependencia que los filósofos del derecho han realizado numerosas reflexiones en torno a problemas que parecen suponer dicha relación⁴. Pero, ¿en qué consiste esa dependencia?

De la lectura de diversos teóricos que de una u otra forma han abordado el mencionado problema, se podrían distinguir dos formas más o menos diferenciadas de plantear la relación Lenguaje - Derecho. Estas formas podrían ser llamadas a) instrumentalista y b) constitutiva. Cada enfoque, como es evidente, desarrolla de forma diferente la relación Lenguaje - Derecho y ve en ella problemas diferentes; lo que no quiere decir que sean dos discursos

² AARNIO, Aulis. Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2000. p. 12.

³ BONO, María. La ciencia del Derecho y los problemas del lenguaje natural: la identificación del conflicto. En: Revista Isonomía. México. No. 13 de 2000, p. 159 – 175.

⁴ Gema Bizcarrondo en su artículo “El lenguaje jurídico. Razón pragmática y razón filológica” señala a manera de ejemplo los siguientes problemas: la estructura de la norma y su vinculación con los presupuestos de la lógica formal, las relaciones entre Derecho e Ideología, la conexión entre el lenguaje del derecho y el universo creado por el mismo Derecho, la formación y significado de los conceptos jurídicos, etc. BIZCARRONDO, Gema. El lenguaje jurídico. Razón pragmática y razón filológica. En: Estudios De Deusto Vol. 43, no. 1 (Ene.-Jun. 1995; p. 59 – 79.

totalmente independientes hasta el punto de no poder tener discusiones conjuntas⁵.

En general se pueden identificar tres niveles teóricos que marcan diferencias entre el enfoque instrumentalista y el constitutivo. El primero de ellos hace referencia a la forma inicial y básica en que se concibe la relación Lenguaje – Derecho. El segundo de ellos se construye alrededor de la discusión sobre el tipo de lenguaje que es o usa el Derecho, su relación con el lenguaje natural y los posibles problemas que lo anterior genera. Y, finalmente, el tercer nivel de contraste deviene de la forma como para los dos enfoques es interpretado o producido el lenguaje jurídico. En lo que sigue se describirá cada uno de los mencionados niveles.

1.1. PRIMER NIVEL. ¿EL DERECHO USA EL LENGUAJE O EL DERECHO ES LENGUAJE?

1.1.1. Enfoque instrumentalista. El Derecho usa el lenguaje: Según el enfoque instrumentalista, la relación Lenguaje - Derecho consiste en que el Derecho “usa” el lenguaje especialmente para poder llegar a sus destinatarios. De ahí su nombre, pues el lenguaje vendría a ser una especie de instrumento necesario para la efectiva aplicación del Derecho, el cual, de todas formas, se diferencia del primero. Por lo general quienes aceptan esta relación parten de una definición de Derecho que le atribuye cierta independencia al mismo con respecto de su instrumento de “comunicación”. Es el caso por ejemplo del Profesor Ramón Soriano para quien “El Derecho es un instrumento de ordenación social que exige una comunicación entre el legislador y los simples ciudadanos en torno a unas materias que en ocasiones resultan inevitablemente complejas”⁶. Como se ve, en este caso el Derecho “es” algo (un instrumento de control social) que para ser usado (comunicado) necesita a su vez de otro instrumento: el Lenguaje. La misma idea la podemos encontrar en el libro de Daniel Mendonca “Las claves del derecho”, en donde su autor afirma que “Está claro que la finalidad básica perseguida por la actividad legislativa es motivar ciertas conductas sociales, razón por la cual resulta ineludible comunicar el resultado de esta actividad por medio del lenguaje

⁵ Es importante realizar una advertencia previa. Los enfoques a continuación expuestos constituyen un intento por abstraer en dos categorías diferenciadas posturas de diversos autores que de una u otra forma han reflexionado acerca de la relación Lenguaje - Derecho. Para esto se han identificado ciertos puntos comunes que, en mi opinión, permiten hacer tal abstracción y de esta forma dar cierto orden a un debate sobre una cuestión fundamental como la naturaleza de la mencionada relación. Sin embargo, no se quiere con esto homogeneizar posturas teóricas acerca del Derecho que, miradas en su totalidad, pueden ser diametralmente opuestas.

⁶ SORIANO, Ramón. Compendio de Teoría General del Derecho. Barcelona: Ariel, 1993. p. 78.

natural (común u ordinario), un lenguaje compartido tanto por las autoridades como por los destinatarios del Derecho”⁷.

Algo similar puede verse en el libro de las profesoras Astrid Gómez y Olga María Bruera titulado “Análisis del Lenguaje Jurídico”. Para las autoras, el derecho es una técnica de regulación de la conducta humana, y el lenguaje aparece como aquello que hace posible que los sujetos normativos puedan adecuar su comportamiento al contenido de las normas en la medida en que el lenguaje es aquello que permite que aprehendan o que tengan la posibilidad de aprehender cognoscitivamente el significado de las normas a ellos dirigidos⁸.

Desde la relación instrumentalista el Derecho “es”, “existe” con independencia del lenguaje; sólo que necesita a este último para poder ser expresado a través de las normas jurídicas, las cuales indiscutiblemente se expresan en algún tipo de lenguaje⁹. Este Derecho, que se concibe con independencia del lenguaje (aunque precise de él por diversas razones), existe ya sea como instrumento de control social, como práctica social establecida, como voluntad del legislador, como espíritu de la ley o, incluso, como principios de derecho natural o divino que se hacen inteligibles, comunicables y expresables por intermedio del lenguaje.

1.1.2. Enfoque constitutivo. El Derecho es lenguaje: Aunque pareciera ser una diferencia sutil, la relación constitutiva entre Derecho y lenguaje, implica una forma completamente distinta de ver las cosas. En efecto, en este caso el lenguaje no es un instrumento subordinado del Derecho, ni éste último es algo que se exprese mediante el lenguaje. El Derecho es constituido en el lenguaje y por el lenguaje.

En algunos casos, detrás de esta concepción de la relación Lenguaje - Derecho subyace una determinada concepción de la relación “lenguaje – realidad”, según la cual es el lenguaje el que construye lo real¹⁰. Así por ejemplo, para el

⁷ MENDONCA, Daniel. Las claves del derecho. Barcelona: Editorial Gedisa, 2000. p. 19.

⁸ GÓMEZ, Astrid y BRUERA Olga María. Análisis del Lenguaje Jurídico. Buenos Aires: Editorial de Belgrano, 1998. p. 12 y 79.

⁹ NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del Derecho. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980. p. 63 – 67.

¹⁰ OST, Francois y KERCHOVE van de Michel. Elementos para una teoría crítica del derecho. Bogotá: Unibiblos, 2001. p. 284 – 303. Lo mismo podría darse en el caso de la anterior concepción. Sólo que allí, el lenguaje, que es un instrumento, no constituye la realidad, sino que sirve para expresarla y para transmitir información acerca de ella. Este reconocimiento explícito puede verse en el texto citado de Carlos Santiago Nino en el capítulo II “El concepto de norma jurídica”.

filósofo del Derecho alemán A. Kaufmann “el mundo deviene sólo a través del lenguaje y éste no existe fuera del lenguaje”¹¹. Lo que es completado con el siguiente razonamiento: el mundo deviene como tal sólo a través del lenguaje; el derecho es un mundo (o al menos parte del mundo); por lo tanto el derecho deviene como tal sólo a través del lenguaje. Por esta razón el Derecho es definido como una forma de lenguaje, o en algunos casos como una forma especial de discurso. Este último sería el caso del pensador francés Pierre Bourdieu quien afirma que “el derecho es la forma por excelencia del discurso actuante capaz, por virtud propia, de producir efectos”¹².

Robert Alexy, de cierta forma, también plantea una concepción del Derecho que le permite pensarlo como un discurso jurídico que constituye un caso especial de discurso práctico. Así lo afirma en su libro “Teoría de la argumentación jurídica”: “La argumentación jurídica se concibe a tal efecto como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como, por ejemplo, el proceso y la discusión científico jurídica. De lo que se trata en esta actividad lingüística es de la corrección de los enunciados normativos, en un sentido todavía por precisar. Será conveniente designar tal actividad como “discurso”, y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como “discurso práctico”. El discurso jurídico es un caso especial de discurso práctico general”¹³.

En el terreno filosófico, David Hume también planteó una concepción del Derecho como una forma de lenguaje. A partir de su tesis según la cual “el sentido de la justicia y la injusticia no se deriva de la naturaleza, sino que surge, de un modo artificial aunque necesario, de la educación y las

¹¹ KAUFMANN, Arthur. Filosofía del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. p. 224.

¹² BOURDIEU, Pierre. La fuerza del Derecho. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2000. p. 198.

¹³ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 34. El concepto de “discurso” que usa Alexy se basa en gran medida, aunque no totalmente, en los planteamientos de Habermas. En este sentido es claro que el concepto de “discurso” es un concepto enteramente dependiente del lenguaje, como puede verse en Habermas, en donde el discurso es visto como una de las dos formas posibles de comunicación, junto a las acciones. No es el propósito de la presente investigación describir la teoría habermasiana en su compleja profundidad. Es mejor citar el siguiente párrafo de Alexy en donde éste presenta una definición de su idea de “discurso”: Los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos. El discurso jurídico, como se mostrará, puede concebirse como un caso especial del discurso práctico general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente” (Ibid. p. 177).

convenciones humanas”¹⁴, el filósofo escocés concluye que de lo anterior surgen las ideas de propiedad, derecho y obligación. Lo que hace que estas últimas sean también meras convenciones humanas. “Es evidente que la propiedad no consiste en ninguna de las cualidades sensibles de un objeto, pues estas cualidades pueden seguir siendo invariablemente idénticas a pesar de que la propiedad cambie. La propiedad deberá consistir, pues, en alguna relación de objetos. Sin embargo no cabe encontrarla en su relación con otros objetos externos e inanimados, pues éstos pueden seguir siendo invariablemente idénticos a pesar de que la propiedad cambie”¹⁵. Según esto a las cualidades jurídicas (a “la propiedad” por ejemplo) no les subyace nada comprensible empíricamente. Lo que hace que tales cualidades sean simplemente “asignadas”. Aunque Hume no lo dice explícitamente, el derecho sería entonces un grupo de signos establecido para que los miembros de la sociedad se puedan poner de acuerdo sobre la asignación válida de ciertas cualidades imaginarias¹⁶. Esto se da, como en el caso de la justicia, para hacer posible la vida en sociedad y responder a sus necesidades: “A nadie le puede caber duda de que la convención para distinguir la propiedad y estabilizar la posesión es, en todo respecto, lo más necesario para la constitución de una sociedad humana; después de haber llegado a un acuerdo para fijar y obedecer esta regla, queda poco o nada que hacer para asegurar una perfecta armonía y concordia”¹⁷.

En este nivel de diferenciación también es importante dar cuenta de los planteamientos del profesor español Rafael Hernández Marín, quien, a partir de unas breves consideraciones propias de lo que el llama “la posición ontológica dominante”¹⁸, llega a la conclusión de que “los elementos últimos del Derecho

¹⁴ HUME, David. Tratado de la Naturaleza Humana. Libro Tercero. Madrid: Ediciones Orbis S.A., 1984. p. 707.

¹⁵ Ibid., p. 761.

¹⁶ KAUFMANN, Op. cit., p. 229.

¹⁷ HUME, Op. cit., p. 717.

¹⁸ Según esta posición la realidad sólo está compuesta de dos tipos de entidades: las factuales y las ideales. Las primeras son los hechos, los objetos físicos y los acontecimientos. Este tipo de entidades se caracteriza por existir en el mundo del espacio y el tiempo, estar sometido a relaciones de causalidad y ser conocido sólo a través de nuestros sentidos. Las entidades ideales no presentan ninguna de las anteriores características, y la ontología actual tan sólo admite como tipos de estas entidades a las entidades matemáticas (números y figuras geométricas) y a las lógicas (axiomas y teoremas de un sistema lógico). Según esta doctrina ontológica las entidades semánticas (los sentidos de las expresiones, es decir, los conceptos y las proposiciones) son entidades ideales mientras que las entidades lingüísticas (las inscripciones y las expresiones orales) son entidades factuales. Sin embargo, Hernández Marín reconoce que esta doctrina ontológica dominante también podría llegar a admitir la existencia de entidades lingüísticas ideales como serían los “tipos o modelos” (por ejemplo la letra tipo “eme”, entidad ideal que corresponde con todas las letras inscripciones “emes”).

son entidades lingüísticas factuales, concretamente, enunciados”¹⁹. Hernández Marín niega la existencia de cualquier tipo de Derecho Natural, así como de las normas consuetudinarias y de los llamados “principios generales del Derecho”²⁰. Para el autor español el Derecho se identifica únicamente con el Derecho Positivo, este último se identifica únicamente con la ley, y la ley se identifica únicamente con el texto de la ley. Con esto último Hernández Marín rechaza la existencia del “espíritu de la ley”, “la voluntad de la ley”, “el fin de la ley”, etc. Ahora bien, como el texto de la ley es ante todo una inscripción, los elementos últimos del Derecho vienen siendo entidades factuales lingüísticas. Como se ve, desde acá, el derecho es concebido “primariamente lenguaje”. No es algo que se exprese mediante el lenguaje. El derecho es constituido en el lenguaje y por el lenguaje²¹.

1.2. SEGUNDO NIVEL. LENGUAJE NATURAL Y LENGUAJE JURÍDICO.

1.2.1. Enfoque instrumentalista. El uso del lenguaje natural le genera al Derecho un número considerable de problemas semánticos: La distinción entre los dos tipos de planteamientos de la relación Lenguaje - Derecho puede verse más claramente con el tipo de preocupaciones (y la forma de plantearlas, desarrollarlas y resolverlas) que le asisten a los teóricos que se acercan a cada una de ellas.

En el primer caso, es decir, en el enfoque instrumental de la relación, los teóricos del Derecho se ven “atraídos” en gran medida por los problemas semánticos y lógicos. En efecto, si el lenguaje es un instrumento para expresar y comunicar el Derecho, las preocupaciones centrales de la relación “Derecho – Lenguaje” girarán en torno a las posibilidades y limitaciones de dicho

¹⁹ HERNÁNDEZ, Marín Rafael. Introducción a la teoría de la norma jurídica. Madrid: Marcial Ponce, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998. p. 163.

²⁰ Ni el Derecho Natural, ni las normas consuetudinarias, ni los principios generales del Derecho pueden existir bajo la doctrina ontológica dominante aceptada por Hernández Marín. Según él, todo lo anterior sería una especie de “cuasientidades” que carecen de argumento sólido para admitir su existencia.

²¹ No sobra realizar la siguiente aclaración: la idea de que el Derecho es lenguaje puede ser desarrollada, como se vio, de distintas formas: discurso (Bourdieu, Alexy), entidad lingüística (Hernández Marín), acto lingüístico (Perelman y Austin. Estos últimos caso no se desarrollaron en el presente texto), etc. Ahora bien, admitir esto no imposibilita el preguntarse por la forma como se produce lo anterior y buscar, así, la relación entre el lenguaje jurídico (el Derecho) y otros institutos sociales (la economía, los intereses de la clase dominante, la justicia, etc.). En desarrollo de esto último el Derecho (lenguaje jurídico) bien puede ser visto como un instrumento o como una representación de algo más, pero esto otro más NO ES DERECHO sino, justamente economía, los intereses de la clase dominante, la justicia, etc. En cambio, en el enfoque anterior, es decir, en el instrumentalista “eso otro” que usa al lenguaje como un instrumento sí es precisamente Derecho.

instrumento. Por lo general para esta posición es básica la distinción entre un “lenguaje vulgar o natural” propio de la comunicación humana y una especie de “lenguaje técnico” propio del Derecho, creado especialmente a partir de las definiciones y conceptos netamente jurídicos. Sin embargo, de una u otra forma, todos estos teóricos admiten que “el lenguaje jurídico utiliza ambas clases de lenguaje, por lo que cabe hablar de un lenguaje jurídico vulgar y un lenguaje jurídico técnico”²².

Lo anterior es reconocido por Carlos Santiago Nino, quien afirma que “los legisladores utilizan un lenguaje natural, como el castellano, hablado por sus súbditos, ya que generalmente están interesados en comunicar sus directivas en la forma más eficaz posible, lo cual obviamente no conseguirían si emplearan un idioma extranjero o un lenguaje privado”²³. En virtud de esto, el “instrumento – lenguaje jurídico” es un instrumento imperfecto que puede ser usado de forma muy imprecisa. De ahí que sea fundamental reflexionar sobre todos los problemas propios de los lenguajes naturales.

Nino por ejemplo encuentra varios problemas que tendría para el Derecho el inevitable uso del “instrumento lenguaje”. Entre estos vale destacar los problemas de ambigüedad, de imprecisiones y los generados por la carga emotiva de las palabras²⁴.

²² SORIANO, Op. Cit, p. 78.

²³ NINO, Op. Cit., p. 247. Entre otras cosas acá se revela una de las principales preocupaciones de los teóricos de este enfoque: la buena comunicación a los súbditos de aquello que los legisladores consideran que es Derecho.

²⁴ Anteriormente se había dejado planteado, o mejor, insinuado que entre ambos enfoques existían presupuestos teóricos diferentes acerca de la relación lenguaje-mundo. De forma similar en esta parte del trabajo se quiere dejar, una vez más, insinuado otro tipo de presupuestos teóricos que diferencia ambos enfoques. En efecto, el enfoque instrumentalista pareciera privilegiar el uso descriptivo del lenguaje por sobre todos los demás, como si este fuera el mejor uso del lenguaje. Y, en este sentido la existencia de emociones, valoraciones, etc. en el lenguaje es vista como algo problemático y hasta desafortunado, al menos en el lenguaje que tiene que usar el Derecho. Por su parte, el enfoque constitutivo pareciera presuponer que el lenguaje tiene otros aspectos además de su uso descriptivo, y que, por ende el aspecto emotivo y valorativo del lenguaje son no sólo partes estructurantes del mismo sino verdaderos usos que, en el caso del lenguaje jurídico, adquieren una gran preponderancia. Al respecto puede verse el debate que expone Robert Alexy en su libro anteriormente citado con el naturalismo y el intuicionismo acerca de la naturaleza del lenguaje normativo. Algunas de las conclusiones del iusfilósofo alemán son las siguientes: a) la función del lenguaje moral no se agota únicamente en describir algo, sino que sirve también para la dirección y coordinación de comportamientos, y b) existen reglas que permiten diferenciar entre las fundamentaciones válidas de las proposiciones normativas, y las inválidas, c) las proposiciones normativas son universalizables, es decir, quien aduce una razón X a favor de una proposición normativa Y, presupone una regla que dice que X es una razón a favor de Y, y d) la argumentación práctica obedece a reglas que no son las de la argumentación en las ciencias naturales, lo que no obsta para negarle a la primera el carácter de actividad racional.

Los problemas de ambigüedad se refieren básicamente a que una oración puede tener más de un sentido, es decir, expresar más de una proposición. Según Nino, esto puede ocurrir porque algunas de las palabras que componen la oración tiene más de un significado, o porque la oración tiene una equívocidad sintáctica.

Por su parte, los problemas de imprecisiones se refieren a que la proposición expresada por una oración puede ser vaga debido a la imprecisión del significado de alguna de las palabras que forman parte de la oración. Es el caso por ejemplo de palabras como “alto”, “pesado”, “inteligente”, “lejos”, “rico”, etc. “Estas palabras hacen referencia a una propiedad que se da en la realidad en grados diferentes, sin que el significado del término incluya un límite cuantitativo para la aplicación de él”²⁵. Este tipo de ambigüedad lo podríamos encontrar por ejemplo en el delito de aborto tipificado por nuestro Código Penal en su artículo 122. En general, cualquier persona aceptaría que quien interrumpa la vida de un feto de seis meses puede ser castigado por cometer el delito de aborto. Pero pueden presentarse desacuerdos acerca de si puede clasificarse como aborto el impedir, mediante un dispositivo intrauterino considerado como un anticonceptivo, que un huevo ya fecundado se implante en el útero. Como también pueden presentarse desacuerdos si es un aborto o si es ya un homicidio el matar al feto cuando se están produciendo las contracciones que inician el proceso de parto natural.

Finalmente, la carga emotiva de las palabras se refiere básicamente a que algunas palabras, además de suministrar información sobre el mundo, también expresan emociones. Según Nino, “la carga emotiva de las expresiones lingüísticas perjudica su significado cognoscitivo, favoreciendo su vaguedad, puesto que si una palabra funciona como una condecoración o como un estigma, la gente va manipulando arbitrariamente su significado para aplicarlo a los fenómenos que acepta o repudia”²⁶. Es el caso de palabras como “democracia”, “justicia”, “crueldad”, etc. Podría ubicarse un ejemplo de lo anterior en el artículo 145 de nuestro Código Penal que establece el delito de “actos de barbarie”.

En general, otros juristas que le dan gran relevancia a estos problemas semánticos señalados por Nino, los clasifican en dos tipos: a) problemas de vaguedad y b) problemas de ambigüedad. “Una expresión *vaga* es aquella que en numerosos casos nos hace dudar acerca de si un objeto o evento determinado forma parte o no de la referencia de la expresión”²⁷. Es el caso por

²⁵ NINO Op. Cit., p. 264.

²⁶ Ibid., p. 269.

²⁷ HERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 170.

ejemplo de la palabra “bosque” pues existen muchas agrupaciones de árboles respecto de las cuales no se puede decir con certeza si “alcanzan” a ser un bosque o no. Por su parte, las expresiones ambiguas, como ya lo señalaba Nino, son aquellas que tienen varios sentidos. Acá se suele distinguir entre ambigüedad extracontextual y ambigüedad contextual. La primera se da cuando una expresión X posee, en un contexto, un único sentido, y, en otro contexto, otro sentido, también único y distinto del primero. La ambigüedad contextual, por su parte, se da cuando una expresión X en un mismo contexto posee varios sentidos.

En lo anterior, según Maria Bono, coinciden importantes juristas como Von Savigny, Von Ihering, Kantorowicz, Heck, Pound, John Austin, Hans Kelsen, Alf Ross y Jerome Hall. De una u otra forma, “todos ellos reconocieron que una de las causas de la complejidad del derecho venía determinada por la vaguedad o por la ambigüedad de bastantes conceptos, que el derecho compartía con las manifestaciones del lenguaje natural”²⁸. John Austin, por ejemplo, en su texto “Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia”, señaló el hecho de que los conceptos básicos del derecho se encontraban inmersos en un mar de ambigüedades que la ciencia del derecho y la jurisprudencia debían revelar e intentar reducir²⁹. Von Ihering, por su parte, así como Phillipp Heck, no dudaron en defender y destacar la importancia de un lenguaje técnico bien articulado del cual dependiera la claridad, eficacia y rapidez del pensamiento jurídico científico³⁰.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana es posible encontrar una alusión explícita a lo reseñado en el párrafo anterior. En efecto, en el salvamento de voto que el Magistrado Jaime Araujo Rentería realiza a la sentencia C – 123 de 2004 la cual declaró exequible la expresión “ *cuando la audiencia se hubiere iniciado, y ésta se encuentre suspendida por causa justa o razonable o*” del artículo 365 de la Ley 600 de 2000, el mencionado Magistrado recordó la idea de Kelsen de la estructura indeterminada de las normas jurídicas que resulta de la existencia de conceptos jurídicos indeterminados. Según el Magistrado esta indeterminación se debe básicamente a dos tipos de causas: a) la ambigüedad del lenguaje utilizado en las normas y b) la vaguedad de los conceptos. El Magistrado define tales problemas de la forma siguiente: “Un concepto es ambiguo si tiene más de un significado y en el contexto que se usa se utiliza en un significado y al mismo

²⁸ BONO, Op. Cit., p. 159 – 160.

²⁹ Ibid., p. 167.

³⁰ Ibid., p. 162.

tiempo en el otro; dicho más claramente, no se distingue en cual de los varios significados se le está usando. Para evitar este error, que da lugar a una falacia en el razonamiento se utilizan como solución las denominadas definiciones léxico gráficas. En cambio un concepto es vago no por que tenga más de un significado, sino que teniendo un significado preciso y existiendo una categoría de objetos a los cuales es claramente aplicable; sin embargo, en el límite existe una zona de nebulosa en la cual no se sabe si a otros objetos también se aplica o no; por ejemplo, el impuesto que se aplica a las casas, ¿se aplica también a los carros-casa? Con el fin de reducir la vaguedad de un concepto se debe utilizar una definición aclaratoria, que cobije no solo a las casas sino también de manera expresa a los carros-casa (o que los excluye expresamente)”³¹.

Ahora bien, para el Magistrado Araujo la idea de concepto jurídico indeterminado está más relacionada con los conceptos vagos que con los ambiguos. “Por eso algunos han afirmado que un concepto jurídico es indeterminado sólo cuando sus límites no son bien precisos (o lo que es lo mismo, no está bien delimitado). Se distinguen dos tipos de conceptos jurídicos indeterminados: a) de experiencia, como por ejemplo, peste; casa que amenaza ruina; cuyos criterios de aplicación remiten a hechos empíricos; y b) conceptos indeterminados de valor; por ejemplo, justo precio; buena fe; democracia; cuyos criterios de aplicación se refieren a juicios de valor”³².

Desde este enfoque se suelen plantear técnicas y métodos para tratar de superar las vaguedades y ambigüedades que padece el lenguaje del Derecho. Roberto Vernengo, en su libro “La interpretación jurídica” señala dos “procedimientos” que pueden ser usados para hacer frente a los anteriores problemas. Uno de ellos parte de saber distinguir entre la estructura superficial de un enunciado y su estructura profunda. La estructura superficial hace referencia simplemente a la forma externa del enunciado, mientras que la estructura profunda es la estructura subyacente de sentido. Por ejemplo, los enunciados “Pedro realiza una compraventa” y “Una compraventa es realizada por Pedro”, tienen una estructura superficial diferente aunque el sentido (la estructura profunda) es la misma. Otro caso sucede con la expresión “amor de Dios” que bien puede significar tanto “el amor que Dios tiene a...” como “el amor que se tiene a Dios”. Lo anterior revela que una misma estructura superficial puede expresar dos o más estructuras profundas, pero que también

³¹ Salvamento de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería a la sentencia C-123 de 2004.

³² Ibid. Con base en todo lo anterior el Magistrado Rentería abogaba por la declaratoria de inexecutable de la norma demandada pues, en sus palabras “Estamos ante un concepto jurídico valorativo por cuanto se dejó en manos del aplicador de la norma la absoluta facultad de disponer sobre la libertad del sindicato. La libertad de los ciudadanos no puede quedar en manos de los jueces cuando su regulación corresponde al Legislador.”

dos o mas estructuras superficiales diferentes pueden expresar una misma estructura profunda.

La anterior distinción es importante, según Vernengo, porque permite entender que “Una ley será ambigua cuando el único tenor literal con que se nos presenta admite ser visto como reconstrucción de dos o más estructuras profundas diferentes”³³. Visto de otra forma: una ley será aclarada cuando el intérprete sea capaz de reconstruir todas las estructuras profundas que su texto admite y señalar, por las razones que sea, que una de ellas es la más adecuada y conveniente.

A veces, para esclarecer del todo el sentido o estructura profunda de expresiones que, aunque *prima facie* claras, pueden ofrecer dudas, recurrimos a manipuleos especiales. Por ejemplo, la transformación a la voz pasiva es un mecanismo que nos permite establecer qué signo (palabra) desempeña algunas de las funciones determinantes del sentido: esta transformación nos permite atribuir unívocamente a un término una función sintáctica exclusiva y, por ende, establecer sin ambigüedades el sentido de la expresión superficial confusa³⁴.

El otro procedimiento que según Vernengo puede ser usado para disminuir la ambigüedad del lenguaje del Derecho, y que evidentemente complementa al anterior, es la remisión al contexto en donde se encuentra la palabra o el enunciado problemático. Según el jurista, “En rigor, la remisión al contexto importa la tentativa de ver cómo el enunciado cuyo sentido ha de desentrañarse se articula con otros enunciados. De suerte que el sentido ya aceptado de los otros enunciados nos permite excluir algunos de los sentidos que el enunciado investigado admite”³⁵.

Tal como lo hace Vernengo, Daniel Mendonca plantea también algunas técnicas que permitirían decidir o al menos justificar cuál de los sentidos de un determinado enunciado jurídico es el correcto. Mendonca llama a estas técnicas que, según él, actúan como pautas interpretativas generales, “argumentos jurídicos”. Entre estos se podrían destacar los siguientes³⁶:

³³ VERNENGO, Roberto. La interpretación jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977. p. 40.

³⁴ Ibid., p. 42.

³⁵ Ibid., p. 43.

³⁶ MENDONCA, Op. Cit., p. 165 – 172.

a)Argumento *a simile*: según esta pauta si existe un enunciado jurídico con significado controvertido, debe ser interpretado teniendo en cuenta otro enunciado jurídico ya interpretado con el que guarde gran semejanza

b)Argumento *a rubrica*: desde esta técnica un enunciado jurídico con significado controvertido debe ser interpretado teniendo en cuenta el título y en general todas las divisiones legales en donde se encuentre ubicado tal enunciado.

c)Argumento psicológico: esta pauta consiste, básicamente, en interpretar un enunciado jurídico de significado controvertido apelando a la voluntad del legislador, la cual se puede encontrar en la exposición de motivos, los preámbulos y los trabajos preparatorios.

d)Argumento *sedes materiae*: esta técnica consiste en que un enunciado jurídico de significado controvertido debe ser interpretado teniendo en cuenta el lugar que ocupa en su respectivo contexto jurídico.

e)Argumento *ab auctoritate*: según este criterio interpretativo un enunciado jurídico de significado controvertido debe ser interpretado atendiendo a la opinión de determinada autoridad jurídica o intelectual.

f)Argumento teleológico: de acuerdo con esta pauta un enunciado jurídico de significado controvertido se debe interpretar teniendo en cuenta su propia finalidad objetiva ya que se supone que tal enunciado fue creado como un medio para cumplirla.

g)Argumento económico: esta técnica consiste en que un enunciado jurídico del que se pueden extraer varios significados, debe ser interpretado prescindiendo de aquel o aquellos significados que constituyan una repetición respecto de algo establecido por otro enunciado jurídico que ya ha sido interpretado.

h)Argumento *a coherentia*: según esta pauta interpretativa un enunciado jurídico con varios significados se interpreta prescindiendo de aquel o aquellos significados que constituyan una contradicción con lo establecido por otro enunciado ya interpretado.

i)Argumento *ad absurdum*: este criterio afirma que un enunciado jurídico con varios significados se debe interpretar prescindiendo de aquel o aquellos

significados que impliquen consecuencias absurdas o difícilmente aceptadas por el sentido común.

Ahora bien, es relevante señalar que esta preocupación de los juristas por la ambigüedad y la vaguedad del lenguaje del Derecho, que de una u otra forma caracteriza al enfoque instrumentalista, y que según este enfoque es producto especialmente del uso de términos del lenguaje natural, ha llevado a que algunos críticos de estos análisis señalen que esta forma de concebir al Derecho ha terminado entronizando a los signos lingüísticos como fuente exclusiva y lugar de encuentro privilegiado del Derecho. Este es el caso de las críticas que el profesor español Xacobe Bástida realiza en su libro “El derecho como creencia. Una concepción de la filosofía del derecho”. Allí señala que:

el análisis lingüístico, como ha sabido ver J. A. Marina...padece un raro tipo de parálisis. Se queda estupefacto ante la prestancia de la estructura del lenguaje y se olvida de los actos que lo están haciendo posible. Es como si decidiera vivir en un diccionario o en una enciclopedia y pensara que allí está todo. Las palabras, en ese submundo platónico creado por la imprenta se aclaran por otras palabras que a su vez son aclaradas por otras palabras. Se olvida que el diccionario – así también las palabras del derecho con las que se pretende reconstruir una especie de gramática universal – tiene en última instancia términos que sólo se pueden aclarar en su remisión no a una palabra sino a la experiencia³⁷.

1.2.2. Enfoque constitutivo. El Derecho es una clase particular de lenguaje: Plantear la relación Lenguaje – Derecho desde una perspectiva constitutiva cambia ampliamente el asunto. En efecto la fuerte distinción “lenguaje técnico – lenguaje natural” como dos tipos de lenguaje que utiliza el Derecho es matizada cuando no abolida.

Es el caso por ejemplo de los planteamientos de Pierre Bourdieu para quien si bien el lenguaje jurídico “extrae” sus palabras del lenguaje ordinario, también hay que tener en cuenta la transmutación que éstas sufren cuando entran en el “campo”³⁸ del Derecho. Bourdieu acepta que el lenguaje jurídico “emplea” palabras propias del lenguaje ordinario. Sin embargo también señala que estas palabras, usadas en el “campo” del Derecho adquieren una nueva naturaleza y posición lingüística. “La transmutación que afecta a la totalidad de rasgos lingüísticos se encuentra ligada a la adopción de una actitud general, que no es otra cosa que la forma incorporada de un sistema de principios de visión y de

³⁷ BÁSTIDA, Xacobe. El derecho como creencia. Una concepción de la filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 16, 2000. p. 39.

³⁸ Más adelante nos referiremos brevemente al importante concepto de “campo” que usa Bourdieu.

división que constituyen un campo caracterizado en sí mismo por la independencia en y para la dependencia”³⁹.

La distinción “lenguaje natural – lenguaje técnico” suele ser matizada a partir de la consideración básica para este tipo de planteamientos de que el Derecho “ES” lenguaje. Lo que hace que los análisis se dirijan a establecer las particularidades propias que posee “el lenguaje que ES el Derecho” (ya no simplemente el lenguaje que USA el Derecho) y los efectos que tiene este lenguaje en la realidad⁴⁰.

Para Bourdieu por ejemplo el lenguaje jurídico (visto como una totalidad, sin importar si los términos por él empleados también son empleados en el “lenguaje ordinario”) tiene “de suyo” dos efectos en la práctica: a) el efecto de neutralización y b) el efecto de universalización.

El primero de ellos se obtiene “mediante un conjunto de rasgos sintácticos en los que hay una predominancia de las construcciones pasivas y giros impersonales, adecuados para resaltar la impersonalidad de la enunciación normativa y para constituir al enunciante en sujeto universal, a la vez imparcial y objetivo”⁴¹. En virtud de este efecto no es el Magistrado el que habla, sino la misma ley.

El efecto de universalización, por su parte, “se obtiene mediante diferentes procedimientos convergentes, como el recurso sistemático al modo indicativo para enunciar las normas; el empleo de verbos constativos en tercera persona del singular del presente o del pasado compuesto que expresan un modo perfecto (“acepta”, “confiesa”, “se compromete”, “ha declarado”, etc.) adecuado para la retórica del dictado oficial y del proceso verbal; el uso del indefinido (“todo condenado...”) y del presente temporal (o del futuro jurídico), adecuados para expresar la generalidad y la omnitemporalidad de la norma jurídica; la referencia a valores transubjetivos que presuponen la existencia de un consenso ético (por ejemplo, “con la diligencia de un buen padre de familia”); y

³⁹ BOURDIEU, Op. Cit., p. 182.

⁴⁰ Básicamente esto es lo que buscan los análisis de Robert Alexy en su libro “Teoría de la argumentación jurídica” aunque, como es sabido, desde una perspectiva eminentemente normativista la cual permita establecer los criterios para la racionalidad del discurso jurídico como clase particular del discurso práctico. “El núcleo de la tesis del caso especial consiste por ello en sostener que la pretensión de corrección también se plantea en el discurso jurídico; pero esta pretensión, a diferencia de lo que ocurren en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas” (ALEXY, Op cit., p. 213).

⁴¹ BOURDIEU, Op. Cit., p. 165.

el recurso a fórmulas lapidarias y a formas fijas, que dejan poco lugar a las variaciones individuales”⁴².

Bourdieu reconoce que los textos jurídicos son ampliamente elásticos, indeterminados y ambiguos. Sin embargo este no parece ser un problema fundamental bajo el enfoque de la relación Lenguaje - Derecho planteado por Bourdieu. El sociólogo francés no vacila en señalar que los profesores de derecho y los jueces poseen dos mecanismos para valerse de las anteriores “deficiencias” del lenguaje. Estos mecanismos son la *restrictio* y la *extensio*. Mediante el primero no se aplica una ley que, entendida literalmente, debería ser aplicada. Mediante el segundo, es posible aplicar una ley que, entendida literalmente, no debería ser aplicada. De la misma forma, los “agentes del derecho” recurren también “a todas las técnicas que, como la analogía, como la distinción entre la letra y el espíritu, etc., tienden a extraer el partido máximo de la elasticidad de la ley e incluso de sus contradicciones, sus ambigüedades y sus lagunas”⁴³.

Lo anterior, sin embargo, no es un problema fundamental para Bourdieu, ni tampoco constituye una deficiencia del lenguaje, pues en la medida en que el Derecho es, como lo afirma Bourdieu, una forma de discurso, esos aparentes “vacíos” a la larga no son problemas lógicos o semánticos sino de fuerzas sociales. Esto pues “el efecto jurídico de las reglas, su significación real, se determina en la relación de fuerzas específicas entre los profesionales...”⁴⁴. Como se ve, no es el diccionario ni la deducción lógica la que, por sí sola, nos va a decir qué es el Derecho pues, como lo afirma Bourdieu, “En el campo jurídico se desarrolla una lucha por el monopolio del derecho a decir el derecho”⁴⁵.

En un sentido similar al del pensador francés, los juristas belgas, Ost y van de Kerchove, reconocen que el lenguaje jurídico es un lenguaje semi – artificial que toma su vocabulario y su sintaxis básica del lenguaje corriente, les imprime

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid., p. 179.

⁴⁴ Ibid., p. 180.

⁴⁵ Ibid., p. 160. Puede recordarse acá el siguiente pasaje del libro de Lewis Carroll “Alicia a través del Espejo”:

“Cuando yo uso una palabra – dijo Humpty Dumpty, en tono algo despectivo -, esa palabra significa exactamente lo que yo decido que signifique...ni más ni menos.

El asunto es – dijo Alicia - , si usted puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas distintas.

El asunto es – replicó Humpty Dumpty – quién es el maestro aquí...eso es todo” (CARROLL, Lewis. Alicia a través del Espejo y lo que Alicia encontró allí. Madrid: Edicomunicación S.A., 1999. p. 217).

algunas transformaciones y les añade términos y giros específicos. El lenguaje jurídico le añade cierto rigor a la flexibilidad propia del lenguaje corriente, pero manteniendo esta última para permitir la adaptación al “juego” sutil y complicado de la vida social.

Los autores belgas admiten que en el Derecho existen conceptos usuales o comunes que remiten a hechos no contruidos por el derecho, y conceptos técnicos o institucionales que remiten a hechos contruidos por el derecho. Ejemplos de los primeros tipos de conceptos podrían ser el artículo 700 de nuestro Código Civil que establece en su primer inciso que “El descubrimiento de un tesoro es una especie de invención o hallazgo” o el artículo 64 del mismo cuerpo jurídico que establece que “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”. Es evidente que conceptos como “tesoro” o “naufragio” se refieren a hechos no contruidos por el derecho. Por otra parte, un ejemplo de un concepto institucional puede encontrarse en el artículo 119 del Código Civil en donde se puede leer que “Se entenderá faltar asimismo aquel de los padres que haya sido privado de la patria potestad”. A diferencia de los anteriores, el concepto de “patria potestad” remite a hechos contruidos por el mismo derecho.

Sin embargo, para ellos es claro que los conceptos usuales o comunes que emplea el derecho no tienen un sentido tan natural, mientras que los conceptos técnicos no tienen un sentido tan unívoco. Respecto a los conceptos usuales siempre que se abre cualquier libro de leyes es posible darse cuenta de una gran cantidad de conceptos comunes que allí se usan pero que por el sólo hecho de “movilizarse” en un contexto jurídico sufren una transformación de su sentido corriente. A veces la polisemia propia de esos términos se reduce (sólo se admite una o unas acepciones), otras veces la polisemia aumenta porque el derecho es el que le agrega un sentido nuevo. En últimas, para Ost y van de Kerchove, el lenguaje jurídico (es decir el Derecho) más que referirse a la realidad lo que hace es producir una “ilusión de realidad”, “un mundo simbolizado por el derecho en el cual la realidad sólo se sostiene de la credibilidad de las instituciones jurídicas, de su grado de interiorización por parte de los sujetos de derecho”⁴⁶. Y en esto colaboran tanto conceptos usuales como conceptos técnicos.

Esta matización de la distinción “lenguaje técnico - lenguaje natural” está presente también en Arthur Kaufmann. Las reflexiones del profesor alemán se refieren en un primer momento a la naturaleza del lenguaje en general. Kaufmann recuerda cómo en la filosofía del lenguaje reciente se han formado

⁴⁶ OST y KERCHOVE, Op. Cit., p. 292.

dos corrientes doctrinales: una de ellas busca la creación de un lenguaje ideal, artificial y estrictamente formal que proteja a la ciencia de pseudoproblemas; la otra, en cambio, centra sus estudios en el “lenguaje normal hablado” y busca reducir palabras oscuras, provenientes de la esfera metafísica, a su significado natural. “Con la corriente lingüística ideal la filosofía tiene por tarea purificar el lenguaje; con la corriente lingüística normal, por el contrario, el lenguaje tiene por tarea purificar a la filosofía”⁴⁷.

Según Kaufmann, ninguna corriente ha podido triunfar sobre la otra. Y esto, según el jurista alemán, se debe a una sencilla razón: el lenguaje es, *per se*, bidimensional. Para Kaufmann el lenguaje vivo se mueve siempre en dos planos: uno de ellos tiene que ver con la dimensión racional categorial del lenguaje que busca y permite la claridad lógico – formal. El segundo plano, por su parte, tiene que ver con la dimensión intencional – metafórica del lenguaje que busca y permite la producción e innovación. “Con el lenguaje realmente hablado se *entrelazan siempre ambas dimensiones*, no se trata de o bien éste o bien aquél, sino de un más o menos. Un lenguaje unidimensional sería, o bien sólo vertical y, por tanto, de significados tan ambivalentes que no se podría nombrar o comprender nada más, o bien sólo horizontal, y con ello de tal manera unívoco que no sería algo viviente y sólo lo podrían hablar seres que fuesen tan insensibles, tan carentes de humos y de pasión como un computador”⁴⁸.

Tal bidimensionalidad también puede predicarse del lenguaje jurídico, el cual no es considerado por Kaufmann ni como un lenguaje científico ni como un lenguaje técnico sino como un “simple” lenguaje corporativo de los juristas en la medida en que son los “técnicos del Derecho” los que se ponen de acuerdo sobre un determinado uso del lenguaje. Ahora bien, la bidimensionalidad propia del lenguaje jurídico se ve plasmada, para Kaufmann, en la clase de lenguaje que es el Derecho: un lenguaje más tipológico que conceptual.

Según Kaufmann se puede hablar de dos tipos de conceptos que, en general, constituyen el “lenguaje legal”. Uno de ellos es el concepto abstracto general, que es el que abarca una esencia a través de un número fijo de rasgos cerrados y unívocos que se presentan o no se presentan. Es el caso (únicamente según Kaufmann) de los conceptos numéricos. Un ejemplo concreto en Derecho sería el concepto de mayor de edad: o bien se tienen 18 años o bien no se tienen.

⁴⁷ KAUFMANN, Op. Cit., p. 231.

⁴⁸ Ibid., p. 232.

Pero hay otro tipo de conceptos que son los conceptos de orden, de función, etc. Estos conceptos no definen ni delimitan la esencia de un fenómeno sino simplemente la describen en una forma siempre incompleta. Acá no hay un “o bien sí o bien no” sino un más o menos. Con este tipo de conceptos no se puede hablar de subsunción sino de analogía. Este sería el caso por ejemplo del concepto de “arma”.

Kaufmann recuerda que en el Derecho Penal alemán, el hurto es agravado cuando en él se utiliza un “arma”. Kaufmann también recuerda un célebre caso que llegó a los tribunales alemanes en donde una persona realizó un hurto amenazando a su víctima con ácido clorhídrico. Es evidente que no es posible afirmar que el ácido clorhídrico sea un arma y por lo tanto pueda subsumirse lógicamente bajo el concepto abstracto y general de arma. Pero aún así, en el caso concreto, el ácido clorhídrico sí puede ser caracterizado como un “arma” porque la forma como se utilizó dicho ácido en el mencionado hurto “corresponde” con el tipo de hurto agravado descrito en la legislación alemana.

Estos otros conceptos, ampliamente usados por el lenguaje jurídico, en los cuales no se subsume sino que se compara, son los que Kaufmann llama “tipos”. “El tipo constituye la altura media entre lo general y lo particular, es comparativamente un concreto, un *universale in re*. Así, el tipo se distingue, por una parte, del concepto abstracto – general, que se define a través de un número limitado de características aisladas [...] El tipo con su gran cercanía a la realidad, con su claridad gráfica y con su objetividad, por el contrario, no se puede definir sino tan sólo “explicitar”, tiene en efecto un núcleo fijo, pero no fronteras fijas, así que de los rasgos característicos de un tipo pueden faltar uno u otros sin que sea necesario cuestionar la tipicidad de un determinado supuesto de hecho”⁴⁹. En este sentido el tipo es abierto mientras el concepto es cerrado. En este último sólo hay disyunciones tajantes: o se tiene 18 años o no se tiene 18 años; en el tipo, en cambio, hay comparaciones, analogías, correspondencias. Por otra parte, el tipo tampoco se identifica con las individualidades o con los fenómenos aislados. “Algo único no puede ser típico. El tipo existe dentro de lo comparable, supone lo comparable y con ello lo diferenciable”⁵⁰.

El enfoque constitutivo de la relación Lenguaje - Derecho le da poca relevancia a los problemas semánticos y lógicos en que se ven envueltos aquellos juristas que plantean un enfoque instrumentalista. Al superar la distinción “lenguaje técnico – lenguaje natural” que trae automáticamente a la reflexión sobre el Derecho todos los problemas de significado de los lenguajes ordinarios, y

⁴⁹ Ibid., p. 250.

⁵⁰ Ibid.

centrar su análisis más bien en las características propias de ese lenguaje que ES el Derecho, el enfoque constitutivo se hace inmune a las críticas del profesor español Xacobe Bastida, pues en ese ejercicio, el enfoque constitutivo sí indaga por la ontología del lenguaje mismo y, muy especialmente, por los actos que hacen posible la estructura del lenguaje jurídico. Esto puede verse en la citada afirmación del profesor Kaufmann según la cual el lenguaje jurídico no es ni un lenguaje natural, ni un lenguaje técnico, ni mucho menos un lenguaje científico, sino un lenguaje corporativo de los juristas. Pero entender esto nos lleva al tercer nivel de diferenciación entre el enfoque constitutivo y el instrumentalista.

1.3. TERCER NIVEL. LA COMUNIDAD JURÍDICA Y LA CREACIÓN O INTERPRETACIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO.

1.3.1. Enfoque instrumentalista. El Derecho existe y se diferencia del ejercicio de interpretación del mismo: Con la mencionada apelación a la “corporación de juristas”, los planteamientos de Arthur Kaufmann nos revelan otro elemento diferenciador de los dos tipos de enfoques de la relación “Derecho – Lenguaje”. En efecto, en el caso del enfoque instrumentalista, en la medida en que el Derecho existe con independencia del lenguaje, aquél que interpreta el lenguaje es aquel que “usa” la herramienta. Habría entonces tres elementos claramente diferenciados: un objeto X que es el Derecho, un instrumento Y que es el lenguaje y un sujeto Z que es quien usa el instrumento Y.

Es común que estos enfoques suelen plantear diferentes niveles de sujetos Z lo que a su vez implica diferentes formas de usar Y. Se podría pensar por ejemplo en el sujeto “legislador” que usa el lenguaje para expresar (y si se quiere crear) el Derecho. Pero también podría pensarse en el sujeto “juez” que usa el lenguaje para interpretar y aplicar (o crear) el Derecho. Y también estaría el caso del sujeto “profesor” que usa el lenguaje para interpretar y enseñar el Derecho. E incluso podría aceptarse el caso del sujeto “ciudadano” que usa el lenguaje para conocer y acatar el Derecho.

Estas distinciones suelen conocerse como diferentes “niveles del lenguaje referente al Derecho”. Juan Ramón Capella, en su libro “El Derecho como lenguaje”, distingue cuatro proposiciones, a saber: 1) “Son delitos o faltas las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley”, 2) “La infracción que las leyes castigan con penas correccionales es un delito”, 3) “En virtud del principio nullum crimen, nulla poena sine lege, que informa toda nuestra legislación positiva y cuyo espíritu recoge el art. 1 del Código Penal vigente, ninguna acción u omisión puede ser penada por antijurídica que sea mientras no encaje en alguna de las figuras delictivas prescritas por el legislador” y 4) “Un acto ilícito o delito es cierta acción u omisión humana que, juzgada socialmente

indeseable, está prohibida por atribuirle el derecho, o mejor, porque el derecho atribuye a su constancia por un procedimiento previsto y regulado, un acto coactivo”⁵¹. La proposición 1) corresponde al artículo 1º del Código Penal español de 1963; la 2) al Código Penal francés de 1810; la 3) es un apartado de una sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1934 y la 4) es un apartado de un texto de Hans Kelsen.

Según Capella tan sólo 1), 2) y tal vez 3) constituyen el lenguaje legal, es decir, el lenguaje que expresa lo que es el objeto X Derecho. La proposición 4) más que lenguaje es un metalenguaje que no es el lenguaje legal sino el lenguaje de los juristas. Por lo tanto, en el caso del enfoque instrumentalista, el Derecho existe, y el intérprete, como si se tratara de un acto posterior, tiene que usar el lenguaje para acceder a él; en este ejercicio, como se vio, el intérprete debe prestar especial atención a las reglas semánticas y sintácticas. Es por esto que Nino afirma que “ no es del todo exagerado sostener que los jueces se encuentran vinculados, en el derecho legislado, no por un conjunto de normas, sino por una serie de oraciones cuyo significado es asignado de acuerdo con ciertas reglas semánticas y sintácticas, las haya tomado o no en cuenta el propio legislador”⁵².

Desde este enfoque se suelen plantear técnicas o criterios de interpretación para que proposiciones de los tipos 3) y 4) sean capaces de encontrar y expresar el “verdadero y correcto” sentido del objeto Derecho X. Algunos ejemplos de estas pautas ya fueron señalados en el apartado “1.2.1. Enfoque instrumentalista. El uso del lenguaje natural le genera al Derecho un número considerable de problemas semánticos”.

1.3.2. Enfoque constitutivo. Creación de Derecho e interpretación del mismo se confunden a partir de la labor de la comunidad jurídica: El enfoque constitutivo de la relación “Lenguaje - Derecho” no comulga totalmente con esa tríada de los elementos X (Derecho), Y (lenguaje) y Z (sujetos) propia del enfoque instrumentalista. A cambio de tales elementos, el enfoque constitutivo introduce uno que bien podríamos llamar, aprovechándonos de toda su amplitud y generalidad, “comunidad jurídica”.

Este elemento de la “comunidad jurídica” que aparece en el enfoque constitutivo de la relación Lenguaje - Derecho es producto de la reflexión acerca de los actos que hacen posible la estructura del lenguaje jurídico. De

⁵¹ CAPELLA, Juan Ramón. El Derecho como lenguaje. Un análisis lógico. Barcelona: Ediciones Ariel, 1968. p. 29.

⁵² NINO, Op. cit., p. 247.

forma sumamente amplia podríamos pensar en la “comunidad jurídica” como aquellos que “usan” el Lenguaje que ES el Derecho. Sólo que en este caso todo “uso” del lenguaje jurídico es ya creación de Derecho. En otras palabras, la comunidad jurídica, al usar el lenguaje jurídico, crea el Derecho.

En general se puede decir que estos son los dos rasgos característicos de la comunidad jurídica, a saber: a) el ejercicio interpretativo y el creador de Derecho se confunden y b) el acto interpretativo-creador es un acto comunitario. En palabras del jurista finlandés Aulis Aarnio: “Interpretar el Derecho no es una cuestión de revelar el sentido escondido en los textos jurídicos, o en la labor del investigador o del juez. La interpretación siempre está acompañada de un carácter creativo, generativo”⁵³. Y sobre el segundo rasgo: “En la interpretación jurídica no sólo es significativa la relación entre quien dicta el texto (legislador) y quien lo interpreta (el juez o el funcionario de la administración). También se tiene que tomar en cuenta la relación del intérprete con otros miembros de la audiencia interpretativa o de la comunidad jurídica”⁵⁴. Sobre este último aspecto también puede tenerse en cuenta la observación de Ost y van de Kerchove según la cual todos los conceptos técnicos jurídicos presuponen un sistema jurídico eficaz y asociado con un conjunto de actitudes regularizadas y de valores interiorizados; lo que le permite a las proposiciones jurídicas tener un marco que les da sentido⁵⁵.

Ahora bien, cómo está conformada la comunidad jurídica y cómo realiza ese uso interpretativo-creativo del lenguaje jurídico son asuntos que, como veremos, varían considerablemente dependiendo de cada planteamiento en particular. Lo que sí es común a todo el enfoque constitutivo es que con el elemento de la “comunidad jurídica”, tal enfoque le da un giro a los problemas de ambigüedad y vaguedad del lenguaje jurídico. No es que se niegue la existencia de tales problemas, sino que se rechaza la solución única del diccionario y de la lógica.

Desde la perspectiva constitutiva creer que las reglas semánticas y sintácticas son suficientes para solucionar los problemas de ambigüedad y vaguedad es algo ingenuo. Es un error pensar que existen palabras que son “vagas” y otras que no lo son, como si la vaguedad fuera únicamente una propiedad de los términos. Si se realiza un sencillo análisis es fácil concluir que prácticamente todas las palabras del lenguaje pueden ser vagas. Antes habíamos puesto el caso de la palabra “bosque” como ejemplo de vaguedad, pero lo mismo puede

⁵³ AARNIO, Op. cit., p. 16.

⁵⁴ AARNIO, Op. cit, p. 27.

⁵⁵ OST y KERCHOVE, Op. cit., p. 291.

ser hecho con la palabra “árbol”. Esta palabra la aplicamos a objetos que tienen raíz, tronco, ramas y hojas. Pero si a un árbol se le caen sus hojas lo seguimos llamando árbol; lo mismo hacemos si le cortamos las ramas. ¿Pero qué pasa si le cortamos el tronco en forma vertical o si le seccionamos las raíces? ¿Aún podemos decir que se trata de un árbol? Este sencillo ejemplo nos revela la dificultad (si no imposibilidad) de dar respuesta a preguntas como las anteriores mediante el simple análisis del significado de la palabra “árbol”⁵⁶.

Chaim Perelman, el iusfilósofo belga, hace alusión a esta insuficiencia al afirmar lo siguiente: “Se ha dicho y repetido a menudo que la interpretación se detiene cuando el texto es claro: *interpretatio cesa in claris*. Pero ¿cuándo se puede decir que un texto es claro? ¿Cuando es claro el sentido que el legislador antiguo le ha dado? ¿Cuando el sentido que le da actualmente, es claro para el juez? ¿Cuando los dos sentidos claros coinciden? De hecho, esto no es suficiente de ninguna manera, pues una regla de derecho se interpreta necesariamente en el contexto de un sistema jurídico y este puede obligarnos a introducir en la lectura del texto, cláusulas generales que restringen su alcance pero que no son explícitas. Supongamos que una ordenanza municipal prohíbe la entrada de vehículos en un parque público. ¿Esta regla va a obligar al policía de guardia, a impedir la entrada de una ambulancia que ha venido a buscar un paseante víctima de un infarto? Si esto no es así, significa que la regla que no contiene, en su enunciado, ninguna restricción, supuestamente contiene una cláusula limitativa, que diría algo así como “salvo circunstancias graves o excepcionales, salvo caso de fuerza mayor”, cuyo alcance en cada ocasión corresponde precisar al intérprete. Resulta por esto, que un texto es claro por tanto tiempo como las interpretaciones razonables que se podrían dar del mismo conduzcan a la misma solución”⁵⁷. Y con esto, Perelman hace al “Derecho” dependiente de los intérpretes que produzcan y acepten tales interpretaciones; intérpretes que acá se han querido agrupar bajo la amplia noción de “comunidad jurídica”.

⁵⁶ GÓMEZ y BRUEA. Op. cit., p. 71.

⁵⁷ PERELMAN, Chaim. La interpretación jurídica. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho de Maracaibo, 1974. p. 9. (Subrayado fuera de texto). En el libro de Perelman titulado “La lógica jurídica y la Nueva Retórica” puede leerse otra expresión de esta misma idea: “En la tradición de la Escuela de la Exégesis, las nociones de “claridad” y de “interpretación” son antitéticas. Efectivamente, se dice que *interpretatio cesa in claris*; que no hay que interpretar un texto claro. Más ¿cuándo se dirá de un texto que es claro? ¿Podemos pretender que un texto es claro cuando a cada uno de sus términos corresponde una única idea y la construcción gramatical de la frase no da lugar a ninguna ambigüedad, de modo que toda persona razonable debe comprender el texto del mismo modo? Efectivamente es posible que en algunos litigios la interpretación de tal o cual texto no sea objeto de ninguna controversia. Este estado de cosas permite todo lo más constatar que las diferentes interpretaciones de este texto no presenten ningún interés especial para las partes, porque no obtienen ninguna ventaja de ninguna de ellas. Concretamente, cuando se trata de un texto redactado en una lengua ordinaria, decir que el texto es claro es subrayar el hecho de que en el caso concreto no ha sido discutido. En lugar de sacar de la claridad de un texto la consecuencia de que no es posible, razonablemente, no estar de acuerdo sobre su significado o su alcance, es más bien lo contrario lo que podemos afirmar: como no es objeto de interpretaciones divergentes y razonables, se le considera como claro” (PERELMAN, Chaim. La lógica jurídica y La Nueva Retórica. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1979. p. 54).

En lo que sigue se presentarán varios planteamientos concretos que desarrollan la idea abstracta y general que se ha introducido hasta acá de la “comunidad jurídica”. En cada caso se mostrará cómo está conformada la comunidad jurídica y cómo realiza ese uso “interpretativo – creativo” del lenguaje jurídico.

1.3.2.1. Chaim Perelman. La comunidad jurídica como el auditorio: Como quedo visto en la anterior cita de Perelman, para el iusfilósofo belga, la determinación de lo que es el Derecho no depende tanto de la claridad o precisión de las palabras usadas, como de las interpretaciones que se produzcan y acepten. En su texto “La interpretación jurídica” Perelman cita un interesante ejemplo extraído del Talmud para evidenciar lo anterior:

Si se ha cortado un horno y se ha puesto entre los pedazos de este horno una capa de arena, R. Eliezer estima que un tal horno permanece ritualmente puro, mientras que la mayoría de los Sabios sostienen la opinión de que el mismo puede devenir impuro. R. Judá, en nombre de R. Samuel, ha declarado: Se trata de un horno que se califica de “serpentín”, y ¿por qué razón se llama “serpentín”? Pues porque los Sabios lo han envuelto de problemas, tal como una serpiente que se enrolla alrededor de un objeto. Los Sabios lo han declarado impuro. R. Eliezer trata de objetar todos los argumentos del mundo, pero no llega a convencerles. Es entonces cuando les dice: Si la decisión final es conforme a mi opinión, que este algarrobo me aporte milagrosamente la prueba, y el algarrobo se desplaza cien (otros dicen cuatrocientos) codos. No se obtiene prueba de un algarrobo, dijeron los Sabios. R. Eliezer vuelve a la carga y declara: Si la decisión es conforme a mi opinión, que este canal testimonie. El canal retrocede. Los Sabios objetaron que no se extrae prueba de un canal. Aquél insiste aún y dice: Si la decisión es conforme a mi opinión, que los muros de la sala de estudio lo prueben. Los muros se inclinaron casi a caerse. R. Josué les increpa: Si los sabios discuten respecto de una decisión de derecho, ¿en qué os corresponde de acuerdo a vuestra naturaleza el mezclaros en esto? Los muros no se cayeron por respeto a Josué, pero tampoco se enderezaron por respeto a Eliezer. Los muros se quedaron inclinados. R. Eliécer insiste aún: Si la Ley es conforme a mi opinión, que se decida al respecto desde lo alto de los Cielos. Una voz celeste se hizo escuchar proclamando: ¿Qué tienen ustedes en contra de Eliécer, pues en todos sus puntos la ley es conforme a su opinión? Es entonces, cuando Josué se levanta y cita el versículo del Deuteronomio XXX, 12: “La Tora no se sitúa en los cielos”. ¿Qué quiere decir esto? R. Jeremías responde: Eso significa que la Tora ha sido ya dada en el Sinaí y que nosotros no nos fiamos de una voz celeste, pues la Tora ha sido ya

prescrita en el Monte Sinaí (Exodo XXIII, 2): “Es de acuerdo a la mayoría que se interpreta la Ley⁵⁸”.

Esta “mayoría” aludida en el ejemplo citado anteriormente, así como ese conjunto de “interpretaciones razonables” de las que dependerá en realidad la claridad o vaguedad de un determinado texto, se encuentran representadas en el concepto perelmaniano de “auditorio”, el cual, a su vez, representa lo que Perelman entiende por “comunidad jurídica”.

Según Perelman, el auditorio es el conjunto de aquellos sobre los cuales el orador quiere influir con su argumentación⁵⁹. Este conjunto puede ir desde el individuo mismo⁶⁰ hasta la humanidad entera (auditorio universal), pasando por cualquier número y clases de auditorios particulares⁶¹. Es necesario dejar claro que no siempre el auditorio se identifica con la persona que se nombra expresamente en la argumentación o con las personas presentes en el momento de argumentar⁶². El auditorio se constituye por el conjunto de personas a quienes el orador desea persuadir o convencer mediante su argumentación. Es por esto que “el auditorio es una construcción del orador que está determinada por los objetivos que busca su argumentación y el grupo de individuos a los que se está buscando influenciar con ésta. La clase de argumentos que proponga el orador está en función de los componentes psicológicos y sociológicos de los individuos que constituyen su auditorio⁶³”.

De acuerdo con lo anterior, bien podemos hablar de dos grandes grupos de auditorios: a) los auditorios particulares y b) el auditorio universal. Los primeros son auditorios restringidos (el orador es por ejemplo un político, un pastor, un abogado hablando ante el Congreso de Colombia, la Iglesia Adventista y algún Tribunal respectivamente). El segundo, es decir, el auditorio universal, es una construcción ideal que hace el orador a partir de lo que el conoce de los

⁵⁸ Ibid., p. 16-17.

⁵⁹ PERELMAN, Chaim. El imperio retórico. Bogotá: Editorial Norma, 1998. p. 35.

⁶⁰ En la deliberación interna cuando, por ejemplo, se va a tomar una decisión importante.

⁶¹ Por ejemplo el interlocutor en el diálogo.

⁶² Un aviso en un restaurante que diga “Perrito no te subas a la mesa” no va dirigida a los canes sino a sus dueños.

⁶³ MONSALVE, Alfonso. Teoría de la argumentación. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 1992. p. 60.

hombres, con la pretensión de trascender las diferencias que encuentra en ellos. “El auditorio universal es definido como el conjunto de todos los seres humanos adultos, razonables y competentes. Y cuando se habla de conjunto, se habla de todos los hombres habidos, que hay y habrá”⁶⁴. Por esto se dice que se trata de un auditorio ideal. Este es, por lo demás, el auditorio propio del Filósofo. Según Perelman,

mientras que el especialista, dirigiéndose a una sociedad sabia y el sacerdote predicando en una iglesia, saben sobre qué tesis pueden fundar su exposición, el filósofo se encuentra en una situación infinitamente más difícil, pues su discurso se dirige en principio, a todo el mundo, al auditorio universal, compuesto por todos aquellos que están dispuestos a entenderlo y que son capaces de seguir su argumentación. El filósofo no dispone como el sabio o el sacerdote de un conjunto de tesis filosóficas admitidas por todos los miembros de su auditorio⁶⁵.

Ahora bien, la noción de auditorio es central en el campo de lo que Perelman llama “Nueva Retórica”, la cual es definida por el iusfilósofo Belga como “el estudio de técnicas discursivas que tratan de provocar y de acrecentar la adhesión de los espíritus a tesis que se presentan para su asentimiento”⁶⁶. Como es sabido, Perelman rescata a la retórica para explicar la forma como razonamos en todos los ámbitos de la razón práctica, es decir, en todos aquellos ámbitos en donde haya que razonar sobre valores. A la definición anteriormente citada, Perelman le realiza tres observaciones que son de especial relevancia en el contexto de este trabajo.

La primera observación consiste en aclarar que la retórica trata de persuadir por medio del discurso. Por esta razón, cuando la discusión gira en torno al sentido de las palabras, problema fundamental para la concepción instrumental, como se vio, es indispensable recurrir a la retórica para suministrar una correcta solución⁶⁷. La segunda observación, que complementa

⁶⁴ LEÓN GÓMEZ, Adolfo. Seis lecciones sobre Teoría de la Argumentación. Cali: Alego Editores, 2001.

⁶⁵ PERELMAN, Chaim. El imperio retórico, Op. cit., p. 38.

⁶⁶ PERELMAN, Chaim, Lógica Jurídica y Nueva retórica, Op. cit., p. 139.

⁶⁷ Ibid., p. 139-140. Más adelante Perelman dirá que: “Tratando las nociones como útiles o utensilios, adaptables a las situaciones más variadas, no hay por qué buscar, a la manera de Sócrates, el *verdadero sentido* de las palabras, como si hubiera una realidad exterior, un mundo de las ideas, a las cuales las nociones deban corresponder. La cuestión del sentido de las palabras no es un problema teórico que tenga una solución única, conforme a lo real, sino que es un problema práctico, que consiste en encontrar, o en elaborar si es necesario, el sentido que se adapte mejor a la solución concreta que por una u otra razón preconizamos” (Ibid. p. 160-161).

la primera, tiene que ver con la relación entre la retórica y la lógica formal. Según Perelman,

Descartes y los racionalistas pudieron descuidar la retórica en la medida en que la verdad de las premisas está garantizada por la evidencia, que resulta del hecho de que las premisas se refieran a ideas claras y distintas, a propósito de las cuales no es posible ninguna discusión. Al presuponer la evidencia del punto de partida, los racionalistas se desinteresaron de los problemas que suscita el manejo de un lenguaje. Cuando una palabra se puede tomar en varios sentidos, cuando se trata de clarificar una noción vaga o confusa, surge un problema de elección y de decisión que la lógica formal es incapaz de resolver, y hay que dar las razones de la elección para obtener la adhesión a la solución propuesta. El estudio de los argumentos viene de la retórica⁶⁸.

Finalmente, la tercera observación se refiere al hecho de que la retórica no se refiere tanto a la verdad como a la adhesión: “Las verdades son imparciales y el hecho de que se las reconozca o no, no cambia en nada su condición. En cambio, la adhesión es siempre la adhesión de una o varias inteligencias a las que nos dirigimos. Es decir, de un auditorio”⁶⁹.

Pues bien, de acuerdo con todo lo anterior, un discurso sólo puede ser eficaz si se adapta al auditorio al que se trata de persuadir. De igual forma, en el caso del razonamiento jurídico, un discurso jurídico sólo va a ser juzgado como razonable y “acertado” si y sólo si es admitido por el auditorio al que se dirige⁷⁰. Es decir, la determinación de lo que es el lenguaje jurídico, es decir, el

⁶⁸ Ibid., p. 140.

⁶⁹ Ibid., p. 140.

⁷⁰ La razón por la que Perelman ubica al razonamiento jurídico en el campo de los razonamientos sobre valores y, por ende, en el campo de la retórica, es por la concepción del Derecho que sostiene según la cual este no sólo debe adecuarse a lo prescrito por la ley positivo sino también debe conciliar con los mandatos de la justicia. “Después del proceso de Nuremberg, que puso de manifiesto que un Estado y su legislación pueden ser inicuos o incluso criminales, observamos en la mayor parte de los teóricos del derecho, y no sólo en los partidarios del derecho natural, una orientación antipositiva, que deja un lugar creciente, en la interpretación y en la aplicación de la ley, a la búsqueda de una solución que sea no sólo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable. En una palabra: que pueda ser, al mismo tiempo, justa y conciliable con el derecho en vigor. La solución buscada no sólo debe poder insertarse en el sistema, sino también revelarse como social y moralmente aceptable para las partes y para el público ilustrado” (PERELMAN, *Lógica jurídica y Nueva Retórica*, Op. cit., p. 178). De la misma forma: “La conclusión que desde ahora sacamos de esta evolución es que la técnica de razonamiento utilizada en Derecho, cualquiera que sea, no puede desinteresarse de la reacción de las consciencias ante la iniquidad del resultado al que el razonamiento lleva. Por el contrario, el esfuerzo de los juristas, a todos los niveles y en toda la historia del Derecho, se ha dirigido a conciliar las técnicas del razonamiento jurídico con la justicia, o, por lo menos con la aceptabilidad social de la decisión” (Ibid., p. 20).

Derecho, va a depender del auditorio en un doble sentido: a) pues el orador (en este caso el “productor” de las “intepretaciones”) va a tener que adaptarse a él y b) pues el auditorio será el que defina, en últimas, cuáles son las interpretaciones razonables (y, entre estas, la “más razonable”). Ahora bien, en esto hay que tener muy presente que “El razonamiento judicial debe ser matizado según los auditorios a los que se dirige la materia tratada y la rama del derecho a la que pertenece. Se comprende que la jerarquía de valores establecida por los tribunales no sea la misma en Derecho interno y en Derecho internacional, en Derecho civil, y en Derecho penal, en Derecho fiscal y en Derecho mercantil”⁷¹.

Es evidente que el auditorio también variará dependiendo de la persona que en un momento determinado desempeñe el papel del orador. Por ejemplo, cuando se trata del abogado litigante su auditorio vendría a estar representado por el juez o Tribunal al que se dirige (o jurado en algunos casos). Sin embargo, el que estos últimos tengan que basar su decisión final pensando en su propio auditorio, hace depender de éste al auditorio definitivo y principal de la comunidad jurídica. Según Perelman, el papel del abogado consiste en hacer que el Tribunal, el Juez o el Jurado admitan las tesis que él se ha encargado de defender. “Para llegar a conseguirlo adaptará su argumentación al auditorio del que depende la solución del proceso, que es un auditorio que le ha sido, por tanto, impuesto....siempre se tratará de demostrar que la solución que se propone es la más justa, la más razonable y la que mejor responde a los intereses de la sociedad”⁷². Esto se da porque el juez, Tribunal o jurado, al final tendrá que tener en cuenta esto último para basar su decisión sobre lo que, en cada caso concreto, es el Derecho. En palabras de Perelman:

No hay que olvidar que las decisiones de la justicia deben satisfacer a tres auditorios diferentes, que son: de un lado las partes en litigio; después, los profesionales del derecho, y, por último, la opinión pública, que se manifiesta a través de la prensa y de las reacciones legislativas que se

⁷¹ Ibid., p. 207-208. A pesar de esto, Perelman parece admitir que existen ciertos lugares comunes a todo el auditorio de la comunidad jurídica. La importancia de estos “tópicos jurídicos”, que son comparados por Perelman con los lugares específicos de la teoría de Aristóteles “consiste en que suministran razones que permiten descartar las soluciones que no son equitativas o razonables, en la medida en que estas últimas descuidan las consideraciones que estos lugares permiten sintetizar y que se integran en una visión global del derecho como *ars aequi et boni*” (Ibid. p. 118-119). Estos tópicos están representados por lo que mayoría de la literatura jurídica denomina “principios generales del Derecho”, algunos de los cuales, como se recordará son: a) *Lex posterior derogat legi priori*: una ley posterior deroga a la ley anterior, b) *Lex specialis derogat legi generali*: una ley especial deroga a una ley general, c) *Res judicata pro veritate habetur*: la cosa juzgada debe ser reconocida como verdadera, d) *De minimis non curat praetor*: El pretor no se ocupa de las cosas de escasa importancia, e) *Ne ultra petita*: la condena no puede sobrepasar la demanda, f) *Et auditor altera pars*: Hay que oír también a la parte contraria, g) *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse haberet*: Nadie puede transferir más derechos de que los que tiene, h) *No se puede ser juez en una causa propia*, i) *A lo imposible no está obligado nadie*.

⁷² Ibid., p. 207-208.

suscitan frente a las sentencias de los tribunales. De este modo, la búsqueda del consenso de auditorios diferentes da lugar a una dialéctica a que el derecho está muy acostumbrado y que se manifiesta mediante justificaciones de todo tipo, de orden social, moral, económico, político y propiamente jurídico, que los partidarios de las tesis en debate no dejarán de suministrar⁷³.

1.3.2.2. Aulis Aarnio y José Calvo. La Comunidad jurídica como la autoridad de la mayoría racional: Aulis Aarnio muestra que la insuficiencia del análisis meramente semántico para superar la vaguedad de las palabras también se da en el caso del Derecho. En palabras del profesor finlandés: “Abramos un código en el pasaje que se refiere al derecho sucesorio. Seleccionemos al azar el capítulo 7, sección 3, para considerarlo. El código ordena que si alguien quiere transmitir a otro su parte de la herencia...tiene que hacer la transferencia por escrito. ¿Qué significa “por escrito”? Este término puede interpretarse de varias maneras: un documento; un documento firmado por ambas partes; un documento firmado ante dos testigos; que los testigos sean cualificados; que los testigos estén presentes simultáneamente; que los testigos estén presentes simultáneamente en el momento en que se firma el documento o que estén presentes simultáneamente cuando se certifique el documento, etc. Incluso un análisis indicativo de los posibles significados alternativos produce bastante más de diez diferentes interpretaciones”⁷⁴. Todas estas interpretaciones constituyen, para Aarnio, el “conjunto de interpretaciones sistemáticamente posibles”. Y en este caso, como en el caso del árbol, las reglas semánticas y sintácticas no nos dirán cuál de todas debe ser la respuesta definitiva.

Según Aarnio lo que diferencia al Derecho de otros lenguajes son las razones particulares con las que el lenguaje jurídico tiene que superar sus ambigüedades y sus problemas de interpretación. Estas razones recaen en últimas en las llamadas fuentes del Derecho: “Si la interpretación no se basa en datos que se consideran una fuente del Derecho, entonces la interpretación no es jurídica”⁷⁵. Y en el mismo sentido: “al resultado de una interpretación sólo se le puede llamar propiamente jurídico, si y sólo si, se fundamenta en una fuente de material jurídico con autoridad y los principios de interpretación reconocidos han sido respetados”⁷⁶.

⁷³ Ibid., p. 228.

⁷⁴ AARNIO, Derecho y Lenguaje, Op. cit., p. 14.

⁷⁵ Ibid., p. 16.

⁷⁶ AARNIO, Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica, Op cit., p. 26.

La alusión a las “fuentes de autoridad” y a los “principios de interpretación reconocidos” lleva a Aarnio al reconocimiento de que la interpretación jurídica (que recordemos es un acto de creación) no se hace solitariamente. “El intérprete jurídico no puede pretender un resultado que sólo le satisfaga a él. Por el contrario, tiene que pretender un nivel de *aceptabilidad general* al asignar un sentido determinado a cualquier elemento de un texto jurídico”.⁷⁷

Esta “comunidad jurídica” o “audiencia”, como también la llama Aarnio está constituida por todas las personas que tienen interés en tomar parte en el discurso acerca de las posibles alternativas de interpretación. Y el criterio según el cual se termina decidiendo cuál de las interpretaciones del conjunto de interpretaciones sistemáticamente posibles es la acertada no es otro que el principio de la mayoría. Ante dos posibles soluciones S1 y S2, Aarnio afirma que la mejor solución posible (no la única respuesta correcta) es la que la mayoría de la comunidad jurídica acepte, por ejemplo S1. “Esto no significa que los miembros de la comunidad jurídica “voten” a favor o en contra de la solución S1. La mayoría sólo significa la *mayor aceptación posible* de la solución S1”⁷⁸.

Lo anterior es sintetizado por Aulis Aarnio en lo que él llama “el principio regulativo del razonamiento jurídico”, el cual es expresado en los siguientes términos: “Trata de alcanzar, en la solución de los casos difíciles, una solución y una justificación que la mayoría de los miembros que piensan racionalmente en la comunidad jurídica puedan aceptar”⁷⁹.

Una alusión a la comunidad jurídica como la responsable de la creación del lenguaje que es el Derecho, tan sólo ligeramente diferente de la de Aarnio, la podemos encontrar en el libro de José Calvo González “Comunidad jurídica y experiencia interpretativa”. En dicho texto, desde el inicio, el autor deja claro

⁷⁷ Ibid., p. 27-28.

⁷⁸ AARNIO, Aulis. La respuesta correcta única y el principio de la mayoría, Op. cit., p. 63-64. Los planteamientos de Aarnio están fuertemente influenciados por la teoría del discurso de Jurgen Habermas. Por esta razón esta comunidad jurídica que acepta la solución S1 se encuentra en una situación ideal de habla y por lo tanto debe poseer las condiciones de la racionalidad comunicativa o, como lo llama Aarnio, la Racionalidad – D (racionalidad discursiva). Según Aarnio tales condiciones consisten básicamente en que “Todos los participantes en el discurso están libres de cualquier manipulación, libres en el uso de sus capacidades físicas y mentales, libres de cualquier persuasión, etc. Además, todos los participantes tienen que ser iguales en la discusión, tienen que ser capaces de tomar parte voluntariamente y todos deben estar dispuestos a seguir los estándares del discurso racional” (Ibid. P. 59).

⁷⁹ Ibid., p. 67.

que la interpretación jurídica es un acto comunitario: “No existe interpretación jurídica *ex nihilo*. Ninguna actividad humana, tampoco la hermenéutica de la que a su vez la interpretativa es parte, se halla por completo desconectada del resto – complejo y ecosistémico – de la experiencia sensible e insensible...La experiencia no es neutra, es ideológica. La experiencia jurídica, como vinculada a la actividad humana en general, tampoco puede concebirse de modo a – histórico, a – social, a – valorativo e irracional y, por supuesto, otro tanto sucede con la experiencia interpretativa en cuanto forma parte de aquélla”⁸⁰.

Desde esta visión se pueden extraer dos consecuencias importantes: a) el intérprete jurídico realiza su labor de interpretación dentro de un contexto horizontal supuesto o sobreentendido en el que también debe situarse quien tenga presente su interpretación, y b) la interpretación jurídica es ya un acto de creación.

A Calvo le interesa determinar cómo funciona procesalmente la comunidad jurídica en su momento interpretativo, pero antes de eso considera pertinente realizar algunas observaciones sobre el acto de interpretación en el Derecho, a partir de planteamientos realizados para los casos de la interpretación literaria o artística. Estas observaciones justifican las dos consecuencias señaladas anteriormente.

Según Calvo, en el caso del Derecho el autor que desea transmitir un mensaje (decir qué es el Derecho) lo hace a través de sí mismo: el narrador jurídico no cuenta con otro sujeto que lo represente oralmente. “Por tanto, el diálogo que el autor ofrece tanto como el deseo del lector en aceptarlo y sostenerlo tiene por único soporte, soporte material, las palabras en su codificación gráfica”⁸¹.

Esa estructura narrativa implica entonces dos comunicaciones interpretativas (que no hay que ver como momentos separados temporalmente): primero el receptor debe descifrar el mensaje visible de los símbolos que son las palabras, segundo el receptor debe descifrar el mensaje invisible, descodificar lo que evocan las palabras. Para esto es necesario “leer” las palabras del texto en su *contexto* y *entretexo*. Este “discurso invisible” en el lenguaje legal está pensado para explicar el hecho de que en tal lenguaje “junto a expresiones claras y directamente accesibles en su significado se emplean a veces otras cuya dificultad de comprensión no se salva mediante simplificación de estilo sino por descodificación de aquello que como “sintaxis cultural” (*cultural syntax*)

⁸⁰ CALVO GONZÁLEZ, José. Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Barcelona: Ediciones Ariel, 1992. p. 23.

⁸¹ Ibid., p. 26.

preexistente, configura el discurso invisible (*invisible discourse*) del legislador – valga también para el “lenguaje de los juristas” – que acoge y residencia el bagaje de tradición legal – y jurídica – en que opera el lector en su lectura”⁸². Acá es donde la interpretación comienza a tornarse en una actividad creadora.

La idea de que en todo texto hay un entretexo que configura la noción de intertextualidad parte de ver a la palabra literaria no como un punto sino como “un cruce de superficies textuales, un diálogo entre varios factores o elementos estructurales donde junto al autor, productor o sujeto de la enunciación, se nombran también, naturalmente, la conexión pragmática entre el texto o enunciado, personaje o sujeto del enunciado y lector, destinatario o receptor, tomados como estructuras de / para la comunicación lingüística”⁸³. De esta forma, se entiende que alrededor del discurso- texto existe una “atmósfera del texto” (intertextualidad).

Lo anterior puede desarrollarse especialmente a partir de cuatro imbricadas y fundamentales categorías hermenéuticas y epistemológicas: a)el horizonte de expectativas, b)el lector implícito, c)los lugares de indeterminación y d)la concreción.

La categoría de “horizonte de expectativas” determina y hace posible la convergencia o divergencia del efecto y de la recepción en el acto de lectura. “Tal resultante mostrará el grado de confirmación o conculcación de las pautas normativas y valores vigentes o la creación de nuevos valores, es decir, revelará el tipo y carácter de la recepción respecto del sistema de expectación objetivada existente”⁸⁴.

Por su parte, la categoría de “lector implícito” se basa en la idea de que todo acto mensaje permite reconstruir una cierta imagen del lector al que se dirige en términos de un sistema de valores concreto o un determinado estatus social y económico. El lector implícito se encuentra siempre presente en la mente del autor real y prácticamente se convierte (consciente o inconscientemente) en uno de los factores que dirigen su actividad.

⁸² Ibid., p. 27.

⁸³ Ibid., p 30.

⁸⁴ Ibid., P. 32.

Las tercera categoría, la de “lugares de indeterminación”, hace referencia a los aspectos que sobre la base de los enunciados del texto no están específicamente determinados. “La presencia de lugares de indeterminación ...no es algo accidental, el resultado de un defecto de composición. Más bien es necesaria en toda obra literaria de arte. Es imposible establecer con claridad y exhaustividad la multiplicidad infinita de determinaciones de objetos individuales representados en la obra, con un número finito de palabras y frases. Siempre tendrá que faltar alguna determinación”⁸⁵. En el proceso de lectura, por lo general, estos “vacíos” son pasados por alto e involuntariamente rellenados incluso con determinaciones no justificadas por el texto. En la lectura se va entonces más allá del texto. Según Calvo, “Actuamos así en parte por la influencia sugestiva del texto y en parte también por una natural inclinación, porque estamos acostumbrados a considerar las cosas y personas individuales como completamente determinadas”⁸⁶. Esta determinación complementaria es a lo que se refiere el concepto de “concreción”. Acá como se ve también tiene lugar la peculiar actividad creadora del lector – intérprete.

En este contexto teórico de lo que implica el acto de “interpretar”, Calvo señala la principal característica que tiene la comunidad jurídica interpretativa. Sin embargo, antes de pasar a mencionarla, es importante tener en cuenta que, para Calvo, la noción de “comunidad jurídica” no es entendida simplemente como “la comunidad de juristas”. Con ella se intenta aludir más bien “al conjunto de procedimientos interdisciplinariamente aceptados como estatuto científico de la comunidad que desenvuelve la actividad jurídico – dogmática”⁸⁷. Acá están incluidos obviamente “la comunidad de juristas”, pero por “comunidad jurídica” no debe entenderse simplemente un “grupo de personas”, sino más bien un conjunto de procedimientos (aceptados, desarrollados, etc. por un grupo de personas) mediante los cuales se logra determinar qué es y qué no es “Derecho”.

Este conjunto de procedimientos tienen una característica notable que, entre otras cosas, diferencia a la interpretación jurídica de otras formas de interpretación: la apelación y la necesidad de la autoridad. En palabras de Calvo: “...ya en particular, se puede afirmar que el estatuto de experiencia interpretativa funciona en la comunidad jurídico – dogmática como un sistema de autoridades pertinentes y aceptadas a lo largo de la tradición de dialoguismo intertextual”⁸⁸. Ahora bien, es necesario señalar que esa autoridad no es

⁸⁵ Ibid., p. 35.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid., p. 25.

⁸⁸ Ibid., p. 36.

sinónimo absoluto de fuerza (potestas); esa autoridad jurídica tiene vocación argumentativa, lo que implica que el estatuto de funcionamiento procesal por el que se gobierna la experiencia interpretativa en el caso del Derecho, se caracteriza en su ejercicio por la condición sustantiva de racionalidad argumentativa. Y con esto, Calvo revive para su enfoque el principio de la mayoría propuesto por Aulis Aarnio⁸⁹

1.3.2.3. Robert Alexy. La comunidad jurídica y las reglas de los discursos racionales: A diferencia de todos los demás planteamientos de los teóricos del Derecho que acá se exponen, el de Alexy tiene una característica especial dada por el interés que le asiste al iusfilósofo alemán: construir un modelo de racionalidad que sirva como guía para la toma de decisiones jurídicas.

El análisis del discurso jurídico puede hacerse desde tres perspectivas: empírica, analítica y normativa. Desde la primera de ellas (la empírica), lo que se hace “simplemente” es describir y explicar la correlación entre determinados grupos de hablantes, en sus respectivas situaciones lingüísticas y el empleo de determinados argumentos, así como también el efecto de los argumentos en ciertos grupos sociales. La perspectiva analítica, por su parte, estudia principalmente la estructura lógica de los argumentos realmente utilizados y de los que posiblemente se utilizarán. Finalmente, la perspectiva normativa busca establecer criterios para la racionalidad del discurso jurídico⁹⁰.

La perspectiva del texto de Alexy es predominantemente normativa. En palabras del profesor alemán: “En el primer plano de las reflexiones a realizar aquí están los criterios para la racionalidad del discurso jurídico. La postura seguida en este trabajo puede denominarse “analítico-normativa”, ya que la elaboración de tales criterios incluye un análisis de la estructura lógica de las fundamentaciones. Lo que se pretende desarrollar es una teoría analítico-normativa del discurso jurídico”⁹¹.

Para lo anterior Alexy plantea, en un primer momento, cinco tipos de reglas que fundamentarían todo tipo de discurso racional. Tales reglas están divididas así: las reglas fundamentales⁹², las reglas de razón⁹³, las reglas sobre la carga de

⁸⁹ Ibid., p. 78 y ss.

⁹⁰ ALEXY, Op. cit., p. 34-35 y 177-178.

⁹¹ Ibid., 35.

⁹² Reglas orientadas a asegurar cualquier comunicación lingüística en que se trate de la verdad o corrección.

la argumentación⁹⁴, las reglas de fundamentación⁹⁵ y las reglas de transición⁹⁶. En un segundo momento, y desarrollando la tesis de que el discurso jurídico es una clase especial del discurso práctico⁹⁷, Alexy propone dos grandes grupos de reglas que garantizarían que las decisiones en el discurso jurídico sean racionales. El primer grupo está dirigido a la justificación interna que según Alexy se da en el discurso jurídico, y, el segundo, a la justificación externa⁹⁸.

Pues bien, a pesar de que el interés de Alexy es predominantemente normativo, como quedó dicho anteriormente⁹⁹, en muchas de las reglas que Alexy propone para lo anterior queda evidenciado el papel fundamental que posee una comunidad jurídica que sería, en última instancia, la destinataria de tales reglas. En este sentido el trabajo de Alexy bien puede ser visto, en el marco de la presente investigación, como un desarrollo de los planteamientos de Aulis Aarnio que tendería a establecer con más certeza, y más allá de motivaciones psicológicas y sociológicas, cómo debe proceder esa mayoría racional que “dice qué es el Derecho”. Para sostener todo esto con el texto del propio Alexy pueden citarse, a manera de ejemplos los casos de las siguientes reglas.

La regla número cuatro del grupo de las reglas fundamentales de los discursos prácticos afirma que : “Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión

⁹³ Reglas definitorias de las condiciones más importantes para la racionalidad del discurso.

⁹⁴ Reglas que de cierta forma ordenan y limitan los discursos posibles en cuanto a la necesidad de justificación.

⁹⁵ Reglas que determinan directamente el contenido de las proposiciones y reglas a fundamentar.

⁹⁶ Reglas que orientan el paso de una discusión práctica a una meramente empírica, lingüística o teórica, que en ocasiones es necesario hacer para resolver, justamente, la discusión práctica.

⁹⁷ Los argumentos de Robert Alexy para designar al discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico son básicamente los siguientes: a) las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho y omitido; b) estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección, pero c) el discurso jurídico tiene una serie de limitaciones propias que lo hacen especial respecto del “discurso práctico general”. Algunas de estas limitaciones expuestas por el propio Alexy son la necesaria vinculatoriedad que la argumentación jurídica debe tener con el Derecho vigente, el que en las disputas jurídicas no se sometan todas las cuestiones a discusión y el que, al menos en el proceso, tales disputas acaezcan bajo limitaciones de espacio y tiempo. Por lo tanto, el proceso de argumentación está limitado temporalmente y está reglamentado por medio de las reglas procesales.

⁹⁸ La justificación interna refiere a si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación. La externa, por su parte, se refiere a la escogencia de tales premisas.

⁹⁹ Lo que hace que el interés del iusfilósofo alemán esté orientado a mostrar cómo una decisión jurídica puede ser coherente con un modelo universal de racionalidad.

con distintos significados”, lo cual, según el mismo Alexy, “exige una comunidad de uso del lenguaje”¹⁰⁰.

De igual forma la principal regla del grupo de las reglas de razón que dice que “Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación”¹⁰¹, así como la segunda regla del grupo de reglas sobre la carga de la argumentación, según la cual “Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello”. De acuerdo con esta regla, según Alexy: “Cuando un hablante afirma algo, sus interlocutores en el discurso tienen, de acuerdo con (2)¹⁰², el derecho a exigir una fundamentación. En cambio, una proposición o una norma que sea en verdad presupuesta como verdadera o como válida en la comunidad de los hablantes, pero no afirmada o discutida expresamente puede, según este principio, ser cuestionada sólo si se indica una razón para ello”¹⁰³.

Ahora bien, en el caso de las reglas del discurso jurídico, la apelación implícita de la teoría alexyana a la comunidad jurídica puede encontrarse en dos lugares: a) en la solución que el iusfilósofo intenta proponer para el problema de la jerarquía de los cánones de interpretación (cánones a partir de los cuales Alexy plantea una serie importante de reglas del discurso jurídico en su justificación externa), y b) en las consideraciones que hace Alexy acerca de la dogmática jurídica.

En el primer caso, Alexy enuncia la siguiente regla: “Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos”. Según el profesor alemán “Esta regla deja abierta la cuestión de cuándo existen motivos racionales para asignar un menor peso a los argumentos que expresan una vinculación. Esto queda librado a los participantes en el discurso jurídico. Sin embargo, ello no significa que esta decisión sea arbitraria. Sólo son motivos racionales los que pueden justificarse en una discusión jurídica racional”¹⁰⁴.

¹⁰⁰ ALEXY, Op. cit., p. 187.

¹⁰¹ Ibid., p. 188.

¹⁰² La regla de razón anteriormente citada.

¹⁰³ ALEXY, Op. cit., p. 192.

¹⁰⁴ Ibid., p. 239.

Ahora bien, sobre lo segundo hay que recordar que Alexy admite que el discurso jurídico también está compuesto por los enunciados de la dogmática jurídica¹⁰⁵; y a la hora de establecer cuáles son los enunciados de la dogmática jurídica Alexy presenta, entre otros, el siguiente criterio: “un enunciado puede considerarse como dogmático si la mayoría de los juristas lo consideran dogmático”. Es decir, que “...en un amplio campo, el que un enunciado sea aceptado o no como dogmático sigue dependiendo de las convicciones existentes de hecho entre los científicos del Derecho”¹⁰⁶.

1.3.2.4. Pierre Bourdieu. La Comunidad jurídica como las fuerzas victoriosas del campo jurídico: Un enfoque que parte de presupuestos teóricos muy diferentes, pero que también realiza unas importantes reflexiones en torno al papel de la “comunidad jurídica” en la producción del lenguaje jurídico es el del sociólogo francés Pierre Bourdieu. Para Bourdieu, la comunidad jurídica que crea el lenguaje jurídico (es decir, la que dice qué es el Derecho) debe ser entendida en el contexto teórico delimitado por su concepto de “campo”. “En un campo, los agentes y las instituciones luchan permanentemente por apropiarse de productos específicos que se encuentran en disputa, de acuerdo con las regularidades y las reglas constitutivas de este espacio de juego (y en ocasiones sobre las mismas reglas del juego), con distintos niveles de fuerza entre los competidores y, por tanto, con muy diversas probabilidades de éxito”¹⁰⁷.

Según el profesor Carlos Morales de Setién Rabian, un campo posee cinco elementos característicos: a) es un espacio limitado, b) es un espacio de lucha, c) es un espacio definido mediante regularidades de conducta y reglas aceptadas, d) es un espacio que presenta momentos de crisis coyunturales en los cuales las reglas que venían regulando el juego son puestas en cuestión y e) es un espacio en el que la distribución de fuerzas es desigual¹⁰⁸.

¹⁰⁵ La “dogmática jurídica” es, en sentido amplio, la Ciencia del Derecho que tendría, para Alexy, tres tareas básicas: a) El análisis lógico de los conceptos jurídicos, b) la reconducción de este análisis a un sistema y c) la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones jurídicas.

¹⁰⁶ ALEXY, Op. cit., p. 249.

¹⁰⁷ MORALES DE SETIÉN, Rabian Carlos. La fuerza del Derecho, Op. cit., p. 62.

¹⁰⁸ Ibid.

Los anteriores elementos se manifiestan, en el campo jurídico de la siguiente forma¹⁰⁹:

a) La limitación del campo jurídico viene dada por la idea de “competencia jurídica”, la cual excluye a los profanos y a quienes no tienen ni la autoridad ni la capacidad de poner sus pretensiones en el lenguaje adecuado de tal forma que puedan ser objeto de debates jurídicos reglados.

b) En el campo jurídico se enfrentan permanentemente diversas concepciones sobre la forma de entender el derecho y sobre los principios que deberían regirlo.

c) Las reglas que operan en el campo jurídico determinan qué pueden y qué no pueden hacer los agentes e instituciones.

d) Periódicamente las anteriores reglas son cuestionadas y el conflicto se extiende a las reglas por las cuales los participantes se regirán en el futuro al interior del campo. Se pueden producir disputas en torno, por ejemplo, a las fuentes del Derecho (v. gr. el papel de la jurisprudencia y los precedentes).

e) El poder al interior del campo jurídico suele ser equivalente a la posición de los agentes y las instituciones en el espacio social completo.

De todo esto el profesor Morales concluye que el campo jurídico “es una parte del espacio social en la que los distintos agentes pelean por el monopolio para decir qué es el derecho; es el lugar donde, abogados, jueces, profesores, personas que ocupan una posición con respecto al campo general del poder y al interior de cuyas profesiones se reproduce también, se lucha, compiten entre sí, para determinar cuál es la autoridad que permite, en última instancia, decir qué es derecho”¹¹⁰.

Como se ve, en el caso de Bourdieu la comunidad jurídica no estaría tanto conformada por la “mayoría racional del auditorio” de Aarnio, sino por los agentes e instituciones victoriosos en las luchas del campo jurídico por el monopolio del derecho a decir el derecho¹¹¹. El significado del lenguaje jurídico

¹⁰⁹ Ibid., p. 63.

¹¹⁰ Ibid., p. 64.

¹¹¹ Ver nota a pie de página 45.

no resulta entonces ni de la lógica ni del recuso al diccionario o al libro de gramática pues, para Bourdieu es claro que “la interpretación de la ley no es nunca el acto solitario de un magistrado ocupado en fundar en la razón jurídica una decisión más o menos extraña a la razón y al derecho, al menos en su génesis, ni es el acto de un individuo que actuara como un hermeneuta preocupado por producir una aplicación fiel de la regla, como lo cree Gadamer, o como un sujeto lógico sometido al rigor deductivo del “método de ejecución”, como lo querría Motulsky. En realidad, el contenido práctico de la ley que se revela en la sentencia es la culminación de una lucha simbólica entre profesionales dotados de competencias técnicas y sociales desiguales...”¹¹².

De esta forma es rechazada por Bourdieu la diferenciación entre los distintos niveles del sujeto Z que usa el instrumento lenguaje en el enfoque instrumentalista pues, en palabras del pensador francés, “Del mismo modo que el verdadero responsable de la aplicación del derecho no es tal o cuál magistrado en concreto, sino todo el conjunto de agentes judiciales, a menudo compitiendo entre sí...de la misma forma el verdadero legislador no es el redactor de la ley sino que lo es el conjunto de agentes que, determinados por los intereses y las constricciones específicas asociadas a su posición en los diferentes campos...elaboran las aspiraciones o las reivindicaciones privadas y oficiosas, las hacen acceder al estado de “problemas sociales”, organizan sus manifestaciones públicas (artículos de prensa, obras, plataforma de las asociaciones y los partidos, etc.) y las presiones (protestas, peticiones, marchas, etc.) destinadas a hacerlas avanzar”¹¹³.

Los planteamientos de Bourdieu señalan un aspecto del Derecho que se revela como una consecuencia del papel preponderante que el enfoque constitutivo le otorga a la comunidad jurídica: el carácter conservador del Derecho. En efecto, Bourdieu concibe al Derecho, como lo señalamos anteriormente, como la forma por excelencia del poder simbólico de nominación que es capaz de crear a las cosas que nombra. Pues bien, Bourdieu también señala que “Los actos simbólicos de nominación tienen toda su eficacia de enunciación creadora en la medida y sólo en la medida en que proponen principios de visión de división objetivamente ajustados a las divisiones preexistentes, de las que son el producto...”¹¹⁴. Es evidente que un lenguaje jurídico (es decir una concepción del Derecho) que fuera a tal punto novedosa que no pudiera ser inteligible para los miembros de la comunidad jurídica, de forma que ni siquiera pudiera entrar

¹¹² BOURDIEU, Op. cit., p. 180.

¹¹³ Ibid., p. 212.

¹¹⁴ Ibid., p. 199.

a la competencia y a la lucha dentro del campo jurídico, simplemente no produciría efecto alguno.

1.3.2.5. Robert Cover. La Comunidad jurídica como las comunidades sociales que crean significados jurídicos: En algunos aspectos los planteamientos del jurista norteamericano Robert Cover pueden llegar a ser muy similares a los del sociólogo francés. Sin embargo, los puntos de partida de Cover son distintos a los de Bourdieu.

En efecto, las consideraciones que sobre el Derecho realiza Cover en su texto “Nomos y Narración” se basan en la pertenencia de éste al “nomos”, es decir, al universo normativo que también configura nuestra realidad. El Derecho es una parte de ese “nomos”. En palabras de Cover: “Las reglas y principios de justicia, las instituciones formales del derecho y las convenciones del orden social son, por supuesto, importantes para ese mundo; y sin embargo, sólo son una pequeña parte del universo normativo que debería llamar nuestra atención”¹¹⁵.

Ubicado el Derecho en ese contexto, que lo hace ser no sólo un simple sistema de reglas sino parte importante del mundo en el que vivimos, Cover plantea su enfoque de la relación Derecho – Lenguaje a partir de dos consideraciones acerca de la naturaleza del Derecho. La primera es que “Ningún conjunto de instituciones o preceptos legales existe sin narraciones que lo sitúen y le den significado. Toda constitución tiene una épica, todo decálogo tiene una Escritura... En este mundo normativo, el derecho y la narración están relacionados inseparablemente. Todo precepto legal exige ser situado dentro de un discurso – tener una historia y un destino, un comienzo y un final, una explicación y un propósito”¹¹⁶.

La segunda consideración, que resulta de la anterior, es la del problema del “significado” en el derecho. El derecho existe sólo en la medida en que tenga significado. Pero para Cover este significado no es un mero problema semántico (aunque también lo es) sino que trasciende tal asunto. “El problema del “significado” en el derecho – el problema de la hermeneútica o interpretación jurídica – se asocia comúnmente con un tipo de problema bastante estrecho, que confronta a funcionarios y a aquellos que buscan predecir, controlar u obtener beneficios de la conducta de esos funcionarios. Debe tomarse una decisión sobre el alcance de un instrumento legal. “Un avión o un cochecito de bebé ¿son “vehículos” de acuerdo al significado de la

¹¹⁵ COVER, Robert. Derecho, narración y violencia. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002 p. 16.

¹¹⁶ Ibid.

ordenanza que prohíbe la entrada de vehículos a una plaza?”...”convencionalmente se entiende que de clasificar legalmente una cosa como “X” se deriva una cierta consecuencia. Lo que se debate es cuál es el criterio apropiado para realizar la clasificación. Estos problemas de aplicación de preceptos legales forman un importante cuerpo de preguntas acerca del significado del derecho. Pero yo quiero poner énfasis sobre un conjunto de cuestiones muy diferente”¹¹⁷.

Lo que Cover quiere señalar es que el significado jurídico no resulta únicamente de esos ejercicios meramente “lingüísticos”, sino también de la fuerza de lo que él llama “compromisos interpretativos”. Cover tiene una visión amplia de lo que es “Derecho” y no meramente estatalista, la cual parte de su consideración acerca de la vinculación del Derecho con el “nomos”. Desde acá el Derecho no es sólo lo que digan los jueces o los legisladores, pues el “Derecho” también existe en las comunidades sociales, especialmente, las que adquieren tales compromisos interpretativos. Esto por una razón muy sencilla: toda comunidad tiene un nomos, y en la medida en que nuestras civilizaciones son civilizaciones jurídicas, es de esperar que el Derecho haga parte del *nomos* de esas comunidades.

Si se sintetizan las dos consideraciones de Cover se puede afirmar lo siguiente: El Derecho es entendido (siendo parte del nomos) como “significado jurídico”, el cual es creado a partir de las narraciones y de los compromisos interpretativos.

El primer elemento es un elemento predominantemente discursivo que causa en gran medida una pluralidad de significados jurídicos: “Los preceptos obligatorios pueden ser de carácter nacional – o al menos lo son los textos obligatorios de los preceptos obligatorios - . Pero el significado de los textos siempre es “esencialmente cuestionado” en la medida en que ese significado está ligado a las diversas y divergentes tradiciones narrativas que existen en la nación. Todos los estadounidenses compartimos un texto nacional – como las Enmiendas Primera o Decimotercera-, pero no compartimos una narración obligatoria acerca de su significado. Y aunque compartiéramos un relato único y obligatorio sobre la redacción del texto – aunque hubiera una ley que declarara obligatoria una historia nacional -, no podríamos compartir el relato que vincula a cada uno de nosotros en tanto individuos con esa historia. Para algunos de nosotros Frederick Douglass ocuparía el lugar de padre, para otros Abraham Lincoln, y para otros Jefferson Davies”¹¹⁸.

¹¹⁷ Ibid., p. 19.

¹¹⁸ Ibid., p. 35.

Covert ejemplifica lo anterior con el caso *Bob Jones University v. United States* y muestra cómo la comunidad menonita y la comunidad amish tienen una narración propia que le da un significado particular a la libertad religiosa. “Para los miembros de esta iglesia, el propósito de la cláusula de libre ejercicio de la Enmienda Primera lo constituye, en parte, un vivo sentido de la crisis de obligaciones generada por sus creencias religiosas”¹¹⁹. Se trata de una garantía de que las cuestiones del Estado no chocarán con las cuestiones de Dios pues de hacerlo, esta comunidad sabe muy bien que le deben a Dios su más alta fidelidad. Para Cover esta particular forma de entender la cláusula de la Primera Enmienda tiene tanto valor (como significado jurídico más no obviamente como fuente de control social) como las creaciones que hacen los jueces.

El segundo elemento fundamental para la creación del significado jurídico, es decir, los compromisos interpretativos, pueden ser considerados como el elemento “objetivo”. Robert Cover lo explica en los siguientes términos:

“En el universo normativo, el significado jurídico se crea a través de un simultáneo involucramiento y desentendimiento, identificación y objetivación. Dado que el *nomos* no es más que un proceso de acción humana tendido entre la visión y la realidad, una interpretación legal no puede ser válida si uno no está preparado para vivir de acuerdo con ella...La transformación de la interpretación en significado jurídico comienza cuando alguien acepta las exigencias de la interpretación y, a través de un acto de compromiso, asume la posición tomada. Esa asunción conlleva el compromiso de proyectar la comprensión de la norma que funciona a nuestra realidad, a través de todos los mundos posibles hacia la visión teleológica que la interpretación implica”¹²⁰.

Para los amish por ejemplo la interpretación del principio de separación de la iglesia y el Estado se basa en gran medida en la afirmación de la comunidad de que harán cualquier cosa para mantener su modo de vida insular y alejado que les permite vivir como una comunidad cristiana del siglo I.

La comunidad jurídica concebida por Cover viene a ser entonces aquellas comunidades sociales que a partir de sus narraciones, y de los compromisos interpretativos que adquieren, son capaces de crear significados jurídicos. Esto implica evidentemente que pueden existir diversos significados jurídicos. De la

¹¹⁹ Ibid., p. 50.

¹²⁰ Ibid., p. 75-76.

misma forma, el compromiso interpretativo adoptado por estas diversas comunidades puede manifestarse de dos maneras diferentes con respecto al resto de la sociedad: puede adquirir la forma de la autonomía insular o adquirir la forma del constitucionalismo redentor.

La primera de ellas es el caso de los menonitas y los amish. Estas comunidades no quieren transformar la sociedad en la que viven. No quieren que toda la sociedad acepte su particular significado jurídico sobre la libertad religiosa. Todo lo que pretenden es que el Estado acepte y tolere la existencia de ese particular significado jurídico que hace parte de su universo normativo.

El constitucionalismo redentor, en cambio, es la posición opuesta. Acá lo que se busca sí es modificar el mundo social en el que se vive. Según Cover el término constitucionalismo redentor se aplica a “la posición de las asociaciones cuyas visiones claramente distintas de la realidad social requieren una política de transformación que no puede confinarse a la insularidad autónoma interior de la propia asociación”¹²¹. Cover lo ejemplifica con el caso del constitucionalismo antiesclavista que tuvo que hacer frente a la problemática constitucional referente a si la Constitución norteamericana permitía o prohibía la existencia de la esclavitud. Con este caso es más fácil entender la posición de Cover según la cual este significado jurídico puede ser tan importante como el que posee el Estado por intermedio de sus jueces. Esto pues si estos movimientos salen victoriosos, es su significado jurídico el que termina imponiéndose como significado válido para toda la sociedad, como fue el caso de los mencionados movimientos anti – esclavistas.

Mientras su movimiento duró, los constitucionalistas radicales contribuyeron a un crecimiento inmenso del derecho. Elaboraron un ataque constitucional contra la esclavitud a partir de la estructura general de la Constitución, desarrollaron un ataque literal basado sobre el lenguaje de la cláusula de debido proceso y sobre las disposiciones sobre el jurado y el gran jurado de la quinta y sexta enmienda; estudiaron metodologías interpretativas, utilizando conscientemente la más favorable para sus fines, imaginaron argumentos para extender el catálogo de fuentes constitucionales hasta incluir al menos la Declaración de la Independencia¹²².

¹²¹ Ibid., p. 60.

¹²² Ibid., p. 67

1.4. A MANERA DE CONCLUSIÓN DEL DEBATE

Como se ve, poco queda de esa primera apariencia de calma y quietud en donde se afirmaba, sin mucha discusión, que entre el lenguaje y el Derecho existía una relación de dependencia. Detrás de ese acuerdo generalizado se oculta un profundo océano de debate en torno a la forma, alcances y características de dicha relación.

Se ha querido agrupar en dos grandes grupos las distintas posiciones teóricas que intentan abordar el anterior problema, sin embargo, como se vio, al interior de ambas posiciones existen amplios desacuerdos alrededor de aspectos teórico – jurídicos fundamentales. La lectura final del texto confirma la advertencia inicial de que se estaba intentando agrupar autores de diferentes y alejadas corrientes teóricas que, sin embargo, si se leían sus planteamientos acerca del Derecho pensando en la relación de éste con el lenguaje, podían acercarse y encontrarse en torno a unos puntos comunes.

Ahora bien, la reseña de las diferentes posturas acerca de la relación “Derecho – Lenguaje” otorga una importante base para poder dirigirse al verdadero interés del presente trabajo de investigación. Es evidente que la anterior reseña es una víctima fácil de una acertada acusación: su falta de completitud. Seguramente alguien puede extrañar la ausencia de X o Y autor absolutamente relevante para la teoría jurídica contemporánea. E incluso también se podría extrañar los planteamientos que un autor reseñado Z realiza en su libro Q o R. Y aunque efectivamente sería muy deseable contar con un debate mucho más completo, tal “falta” no es tan grave si se tiene en cuenta el lugar al que verdaderamente apunta el presente trabajo: la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

A pesar de la inevitable falta de completitud, las páginas anteriores proporcionan un marco teórico adecuado, con las suficientes categorías conceptuales, para leer la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que desarrolla el problema jurídico del lenguaje constitucionalmente inadmisibles y buscar la posición, implícita o explícita, de la Corte en el anterior debate.

2. EL LENGUAJE JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE INADMISIBLE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. POSICIÓN DE LA CORTE EN EL DEBATE.

Prácticamente en cualquier pronunciamiento de todo juez el tema de la relación entre el lenguaje y el Derecho forzosamente tiene que aparecer. Esto pues como lo afirma A. Aarnio: “Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje”¹²³. Por lo tanto afirmar que se pretende analizar el problema del “lenguaje jurídico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional” es equivalente a afirmar que se examinará la “jurisprudencia de la Corte Constitucional”. El asunto debe entonces ser restringido

La restricción puede buscarse en la jurisprudencia de la Corte que directa y explícitamente menciona el tema del lenguaje y el Derecho. Es de esperar que en tales sentencias la Corte revele más claramente su posición en torno a la relación entre lenguaje y Derecho, al menos en algunos de sus aspectos.

En dicha jurisprudencia se puede destacar aquella que ha desarrollado el problema del lenguaje jurídico constitucionalmente admisible. Este problema ha tenido una interesante evolución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual se ha preocupado recurrentemente porque el lenguaje que expresa los mandatos del legislador, en cualquier área del Derecho, no sea un lenguaje peyorativo, denigrante o discriminatorio que, al ser referido a una clase particular de personas, pueda afectar su dignidad.

Ahora bien, es importante aclarar que el mencionado problema no va a ser desarrollado como un asunto de precedente jurisprudencial. Esto quiere decir que en este texto no interesa encontrar el exacto y preciso precedente que constituye el auténtico “Derechos de los Jueces”. Por esta razón no existe en esta investigación la obligación de acudir a alguno de los métodos aceptados por la comunidad jurídica colombiana para analizar la jurisprudencia como una verdadera, rigurosa y sistemática fuente de derecho¹²⁴. El interés en el presente texto está dirigido a determinar los aspectos teórico – jurídicos que ha planteado la Corte acerca de la relación “Lenguaje – Derecho”, teniendo como marco referente el debate teórico anteriormente reseñado entre el enfoque instrumentalista y el constitutivo.

¹²³ AARNIO, Aulis. Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2000 p. 12.

¹²⁴ LÓPEZ, Diego. El Derecho de los Jueces. Bogotá: Legis, 2002.

En lo que sigue se presentarán las sentencias proferidas por la Corte Constitucional que se han referido al problema jurídico mencionado con la intención de ubicarlas en el contexto teórico del debate construido en el capítulo anterior.

Las sentencias en donde la Corte ha abordado el tema del lenguaje jurídico constitucionalmente inadmisibles pueden clasificarse, a partir de las decisiones que ha tomado la Corte, en tres grandes grupos. En el primero de tales grupos se encontrarían los casos en donde la Corte Constitucional simplemente ha eliminado de nuestro ordenamiento jurídico la disposición completa que contiene el término; en el segundo, los casos en donde la Corte únicamente ha eliminado el término pero sin eliminar la disposición normativa que lo contiene por encontrarla ajustada a la Carta Política. Finalmente, en el tercer grupo estarían todos los casos en donde la Corte declara exequible tanto la expresión como la norma que la contiene pero condicionando su interpretación de forma tal que la interpretación inconstitucional sea jurídicamente proscrita.

Como se verá, en los dos primeros grupos las decisiones de la Corte la acercan al enfoque constitutivo de la relación Lenguaje- Derecho, mientras que, en el último grupo, la Corte se sitúa mucho más cerca al enfoque instrumentalista.

2.1 ENFOQUE CONSTITUTIVO

En los dos primeros grupos de decisiones, la Corte ha sido especialmente sensible a los términos que aparecen en el lenguaje jurídico y que, según el Alto Tribunal, pueden afectar la dignidad de las personas a las que se refieren. Las razones por las cuales se puede considerar que con esta posición la Corte se acerca considerablemente al enfoque constitutivo de la relación Lenguaje – Derecho son básicamente dos.

La primera de ellas consiste en que en estos dos tipos de decisiones la Corte ha valorado al uso emotivo del lenguaje como un uso que, en ocasiones, puede llegar a pesar mucho más que el uso descriptivo. Por lo tanto, no importa que se pueda decir que con determinada palabra X se está describiendo cierta situación “neutral” Y, pues si esa palabra X tiene un uso que pueda resultar discriminatorio o denigrante, entra en el campo del lenguaje jurídico constitucionalmente inadmisibles¹²⁵.

¹²⁵ Ver supra 2.1. Sentencia C – 1088 de 2004. Fundamentación iusfilosófica: la Corte se acerca al enfoque constitutivo.

Y esto es así por la segunda razón: el lenguaje no sólo se usa para describir la realidad sino también para constituirla. De forma similar como, para el enfoque constitutivo, el lenguaje jurídico no se usa para describir el Derecho sino para constituirlo.

Todo lo anterior puede verse desarrollado en los fundamentos teóricos de la sentencia C-1088 de 2004. Aunque en estricto orden cronológico la sentencia C-1088 de 2004 es la última sentencia proferida por la Corte que desarrolla el problema del lenguaje jurídico constitucionalmente admisible, dicha sentencia contiene, de una manera explícita, las bases iusfilosóficas sobre la naturaleza del lenguaje que, de una u otra forma, han estado supuestas todas las providencias que se acercan al enfoque constitutivo.

En el marco de la presente investigación nos interesa resaltar que los fundamentos teóricos que la Corte plantea para resolver el problema jurídico mencionado, y que necesariamente tienen que ver con la forma como los Magistrados entienden la relación “Lenguaje – Derecho”, se acercan en gran medida a lo que en el capítulo anterior del presente trabajo se identificó como dos posibles presupuestos teóricos del enfoque constitutivo, a saber, a) una determinada concepción de la relación “lenguaje – mundo”¹²⁶ y b) la aceptación de que el lenguaje tiene otros usos además del descriptivos, igual de importantes y esenciales¹²⁷.

En efecto, en la sentencia C – 1088 de 2004 la Corte realiza un interesante ejercicio teórico con el cual busca dar cuenta de la naturaleza del lenguaje y sus usos, para desde ahí entrar a analizar cómo lo anterior influye en las características que el lenguaje jurídico debe tener. Y es justo este ejercicio el que, como se dijo anteriormente, constituye el fundamento teórico – jurídico con el cual la Corte Constitucional ha desarrollado sus análisis sobre el lenguaje del Derecho que puede resultar discriminatorio, degradante y, por lo tanto, inconstitucional. Ejercicio que, a su vez, acerca a la Corte con los planteamientos teóricos del enfoque constitutivo sobre la relación “Lenguaje – Derecho” reseñado en el capítulo anterior.

El análisis teórico de la Corte se da como respuesta a la posición que adoptó el Ministerio del Interior y de Justicia en el proceso de revisión de constitucionalidad de la norma demandada. Esta última era el artículo 548 del Código Civil que establecía que:

¹²⁶ Ver supra 1.1.2. **Enfoque constitutivo. El Derecho es lenguaje.**

¹²⁷ Ver supra 1.2. **Segundo nivel. Lenguaje natural y lenguaje jurídico** y, especialmente, nota a pie de página 24.

Podrán provocar la interdicción del demente las mismas personas que pueden provocar la del disipador. Deberá provocarla el curador del menor a quien sobreviene la demencia durante la curaduría. Pero si la locura fuere furiosa, o si el loco causare notable incomodidad a los habitantes, podrá también el prefecto o cualquiera del pueblo provocar la interdicción.

Según los actores, si se siguen los derroteros del artículo 28 del mismo cuerpo jurídico, las palabras utilizadas por el legislador en la norma demandada deben ser entendidas en su sentido natural y obvio pues no tienen un significado legal específico. Ahora bien, si se hace lo anterior, se advierte que las expresiones "si la locura fuere furiosa" y "loco" son denigrantes e irrespetuosas con quien padece una enfermedad mental severa y resultan contrarias al principio de dignidad humana.

A lo anterior, el Ministerio del Interior y de Justicia responde que es necesario distinguir entre el significado descriptivo de una palabra y el significado emotivo de la misma. De ahí que, según el representante del Ministerio, es necesario tener en cuenta que cuando el Código Civil fue promulgado las expresiones "*locura furiosa*" y "*loco*" fueron entendidas en su significado descriptivo y que, sólo con posterioridad, ellas adquirieron la carga emotiva que hoy se les enrostra. Sin embargo, para el Ministerio es claro que el significado descriptivo que hoy tienen esos términos es el mismo de la expresión "*enfermedad mental*" y, por lo tanto, este es el significado que debe tenerse en cuenta para efectos de resolver la demanda de inconstitucionalidad que se plantea. Según el Ministerio de Justicia, "puede considerarse inconveniente el uso de los términos "*locura furiosa*" y "*loco*" y puede considerarse conveniente que se le indique al legislador que debe modernizar las leyes y ponerlas a tono con los avances y la sensibilidad política y moral de la época. Pero declarar inconstitucional una norma porque su forma lingüística ha llegado a tener, con el tiempo, connotaciones indeseables, que seguramente no previeron ni quisieron sus redactores, parece un exceso".

Las consideraciones de la Corte se basan en una determinada forma de concebir la relación "Lenguaje – Realidad"¹²⁸. Los Magistrados afirman en primer lugar que el lenguaje no sólo aparece en las explicaciones que se puedan dar de las relaciones sociales, sino también en la configuración de las mismas relaciones. Según el Alto Tribunal "Si la realidad humana es una realidad construida socialmente, en ese proceso de construcción el lenguaje cumple un papel muy importante. Con razón Hacker afirma: "El lenguaje no tiene nada de trivial. Somos *esencialmente* criaturas que usan el lenguaje.

¹²⁸ Presupuesto teórico a) anteriormente señalado.

Nuestro lenguaje, y las formas de nuestro lenguaje, moldean nuestra naturaleza, dan forma a nuestro pensamiento, e impregnan nuestras vidas”¹²⁹.

Ahora bien, la Corte reconoce que el lenguaje puede ser usado de diferentes formas: por ejemplo puede darse un uso informativo o descriptivo si de lo que se trata es de describir el mundo y razonar sobre él. Pero el lenguaje también puede tener un uso expresivo si lo que se pretende es expresar o inducir sentimientos o emociones¹³⁰. De igual manera, el lenguaje puede ser usado de forma directiva si se intenta ocasionar o evitar que se realicen ciertas acciones. Para la Corte, sin embargo, “nada se opone a que del lenguaje se hagan varios usos de tal manera que las funciones descriptiva, expresiva y directiva confluyan a la vez; mucho más si las palabras pueden dotarse, simultáneamente, de un significado literal y de uno emotivo”¹³¹.

Lo anterior, junto con el lugar preponderante que la Corte le reconoció al lenguaje en las relaciones humanas, llevan a que el alto tribunal considere que “a una determinada expresión utilizada por el legislador no se le puede atribuir un uso exclusivamente descriptivo pues es perfectamente posible que de esos términos se haga también un uso emotivo”¹³². Esto pues, como lo afirma Emilio Lledó, quien es citado por los Magistrados, “El significado de una palabra es su uso en el lenguaje”¹³³.

Por lo tanto, la posibilidad de que concurren los usos descriptivo y emotivo del lenguaje lleva a aceptar que este último no es neutro y que, de ahí, el lenguaje

¹²⁹ HACKER, P.M.S. Wittgenstein. La naturaleza humana. Traducción de Raúl Meléndez Acuña. Bogotá: Editorial Norma, 1998. p.18, citado por Sentencia de la Corte Constitucional C – 1088 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹³⁰ Presupuesto teórico b) anteriormente señalado.

¹³¹ Sentencia de la Corte Constitucional C – 1088 de 2004.

¹³² Ibid.

¹³³ Esta última afirmación puede considerarse como otro nivel de acercamiento de la Corte con el enfoque constitutivo. En efecto, no es desacertado afirmar que esta idea es la que se encuentra detrás de la fuerte apelación que el enfoque constitutivo hace a la “comunidad jurídica” como aspecto esencial de la existencia del lenguaje jurídico. Pues bien, es el reconocimiento de la Corte Constitucional de que ciertos términos son hoy concebidos por la comunidad jurídica como peyorativos y denigrantes lo que la lleva a excluirlos del ordenamiento jurídico y rechazar así la posición del Ministerio de Justicia que alegaba porque en su momento dichos términos tenían un sentido técnico y descriptivo. Prácticamente lo que hace la Corte en la sentencia C – 1088 de 2004, y en general en todas las decisiones similares, es afirmar lo siguiente: “correcto, para la comunidad jurídica de antaño tales términos eran técnicos y científicos, pero para la de hoy (en donde nosotros los Magistrados de la Corte constitucional estamos incluidos y tenemos un lugar preponderante) esos términos son denigrantes, peyorativos y, por ende, inconstitucionales”.

que decida usar el legislador bien puede, mediante su carga emotiva, llegar a interferir con los derechos de las personas y a generar problemas relevantes desde el punto de vista constitucional. En palabras de la Corte Constitucional:

Entonces, si el lenguaje tiene una multiplicidad de usos y si a través del lenguaje también se construye la realidad social y se construyen o deconstruyen espacios de convivencia, no es acertado plantear que de las expresiones lingüísticas utilizadas por el legislador deba hacerse un uso exclusivamente descriptivo pues son factibles también usos diferentes, que pueden nutrirse de una densa carga valorativa y que eventualmente pueden resultar constitucionalmente relevantes si interfieren derechos fundamentales de las personas¹³⁴.

Este marco conceptual de la naturaleza del lenguaje debe ser leído en el contexto de un sistema político y jurídico que, como el nuestro, pretende legitimar el poder público en el respeto absoluto que merece la persona humana. Según la Corte, “En este momento, los derechos humanos son el fundamento y límite de los poderes constituidos y la obligación del Estado y de la sociedad es respetarlos, protegerlos y promoverlos. De allí que al poder político ya no le esté permitido aludir a los seres humanos, sea cual sea su condición, con una terminología que los despoje de su dignidad, que los relegue al derecho de cosas”¹³⁵.

Ahora bien, es necesario señalar que antes de dicha sentencia ya había aparecido en la jurisprudencia de la Corte consideraciones teóricas que apuntaban en el mismo sentido. Esto puede verse en el salvamento de voto del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz a la sentencia C-595 de 1996. En dicha oportunidad la posición mayoritaria declaró inexecutable en varios artículos del Código Civil la palabra “ilegítimo” referida al vínculo que nace de una familia originada en una relación marital de hecho. Sin embargo no se pronunció de la misma forma sobre la calificación de “legítimo” predicada del vínculo que surge a partir de una relación matrimonial.

Según el Magistrado, prácticamente la Corte no hizo nada al declarar inexecutable el término “ilegítimo” y, al mismo tiempo, declarar executable el término “legítimo”. Esto pues “si a la familia originada en un contrato de matrimonio se le otorga la condición de “legítima”, - justamente para diferenciarla del resto de las formas que dan lugar a una familia -, es porque se admite que la familia nacida de una unión de hecho, no es acreedora de tal

¹³⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C – 1088 de 2004.

¹³⁵ Ibid.

atributo y, por lo tanto, puede ser identificada como “no legítima” o “ilegítima”¹³⁶.

Ahora bien, el Magistrado Cifuentes encuentra que la palabra “legítima” crea problemas desde tres puntos de vista diferentes: legal-positivista, moral y sociológico. Desde el primero, tal calificación indica que una circunstancia jurídica determinada se encuentra autorizada por las leyes. Desde el segundo, el término permite concluir que se trata de un hecho ajustado a los valores de justicia adoptados por el locutor. Y, desde el tercer punto de vista, es decir el sociológico, la palabra “legítimo” se usa para considerar que determinada circunstancia es un fenómeno aceptado socialmente. Todo esto en contraste con aquello que no es legítimo, que es entonces lo que no se encuentra autorizado por las leyes, o lo que violenta un determinado catálogo moral, o lo que no es aceptado por la sociedad.

Según el Magistrado otorgarle a un tipo de familia un atributo como el de la “legitimidad”, implica diferenciarla de las otras formas de familia que el legislador considera “no legítimas”. Y esto es algo que, a la luz de la actual, Constitución no es posible hacer.

Para poder afirmar lo anterior, el Magistrado Cifuentes recuerda que “el lenguaje, - y más el lenguaje jurídico cuyo valor simbólico se oculta detrás de un velo de presunta objetividad-, produce una influencia notable en la moralidad positiva y en los comportamientos sociales, que no puede pasar desapercibida para el juez constitucional”.

Pues bien, esto último es admitido como supuesto en los dos siguientes grupos de decisiones de la Corte Constitucional. Y es acá en donde se pueden encontrar los acercamientos de la Corte al enfoque constitutivo de la relación Lenguaje-Derecho.

En lo que sigue se pasará a reseñar las decisiones de la Corte que, de una u otra forma, tienen como supuesto las anteriores consideraciones teóricas acerca de la naturaleza del lenguaje y que, por ende, se acercan al enfoque constitutivo de la relación Lenguaje – Derecho.

2.1.1. Eliminación de la disposición normativa en su totalidad. Este caso se dio en la sentencia C – 224 de 2004, en donde la Corte expulsó de nuestro ordenamiento jurídico tanto la expresión “buenos ciudadanos” como la norma que la contenía por encontrar que ambas eran contrarias a los principios de la Carta Política de 1991.

¹³⁶ Salvamento de Voto a la sentencia C-595-1996. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

En la sentencia C – 224 de 2004 la Corte analiza ciertos términos incluidos por el legislador en la Ley 815 de 2003 “Por la cual se aclara la Ley 403 de 1997 y se establecen nuevos estímulos al sufragante”. La norma demandada en concreto fue la siguiente:

Art. 2. Adiciónese el artículo 2 de la Ley 403 de 1997 con los siguientes estímulos al sufragante, los cuales llevarán la siguiente numeración:

6. Como una contribución a la formación de buenos ciudadanos, las universidades no oficiales podrán establecer, dentro de sus estrategias de mercadeo, un descuento en el valor de la matrícula de los estudiantes de pregrado y postgrado que acrediten haber sufragado en las últimas elecciones o eventos de participación ciudadana directa. (subrayado de la Corte)

Según la demandante, la expresión “buenos” usada en la ley ofende la dignidad de las personas que no votan, pues calificar como “*buenos*” ciudadanos a los que participan en las elecciones, conlleva a que por oposición se considere “*malos*” ciudadanos a todos aquellos que no participan con su voto. Esto a pesar de que en nuestro ordenamiento jurídico el voto no es obligatorio y, por el contrario, la abstención es una conducta legítima y, en ciertos casos, incluso una forma de participación.

En el examen de constitucionalidad que lleva a cabo la Corte, lo primero que esta corporación hace es dejar claro que el reconocimiento de estímulos a los sufragantes en los procesos electorales no genera *per se* la inconstitucionalidad de la medida pues este tipo de medidas, en principio, persiguen el principio lícito y legítimo de fomentar la cultura de la participación política y la creación de una conciencia cívica en la población apta para votar. El asunto parece estar referido entonces primordialmente a la calificación “buenos ciudadanos” que realiza la norma demandada y la implícita referencia a los “malos ciudadanos” que no votan.

Según la Corte,

La diferencia que consagra la norma entre buenos ciudadanos y quienes no lo son, sin lugar a dudas, genera una odiosa discriminación en perjuicio de aquél sector de la población que por razón de su posición ideológica, filosófica, política, cívica, social o incluso religiosa o de fuerza mayor, se abstiene de participar en una elección... En este caso, la discriminación y consecuente violación de los principios de igualdad y libertad del elector

deviene del hecho de haberse instituido una descalificación odiosa en contra de quienes no participan de una elección, siendo que tal comportamiento es también objeto de amparo constitucional y constituye una expresión válida de la libre voluntad política¹³⁷.

Ahora bien, al analizar el contenido de la norma en donde se encuentra la palabra demandada, la Corte encuentra que a pesar de haber admitido la constitucionalidad de los estímulos a los sufragantes, el caso concreto del estímulo establecido en la Ley 815 de 2003 tiene elementos que lo hacen inconstitucional. En efecto, según la Corte, “facultar a las universidades no oficiales para bajar el costo de la matrícula a los estudiantes que acrediten haber votado en las últimas elecciones, permitiendo que dicha facultad se desarrolle como una estrategia de mercadeo, afecta los derechos fundamentales al sufragio y a la educación, ya que la misma viene a constituir una forma de coartar la libertad del elector y de darle a la educación un tratamiento meramente político y de mercancía”¹³⁸. Por lo tanto, la Corte decide declarar inexecutable todo el numeral 6° del artículo 2° de la Ley 815 de 2003 que contenía la expresión “buenos ciudadanos”.

2.1.2. Eliminación del término inconstitucional. Esta segunda consecuencia jurídica se dio en la sentencia C-037 de 1996 para el caso de la expresión “recursos humanos”, y en las sentencias C – 478 de 2003 C – 1088 de 2004 para el caso de los términos “*furiosos locos*”, “*loco*”, “*mentecatos*”, “*imbecilidad*”, “*idiotismo*”, “*locura furiosa*” y “*casa de locos*”. En estas dos últimas sentencias la Corte tuvo en cuenta que la expulsión del ordenamiento jurídico de tales expresiones se hiciese de una forma tal que no se perdiera el sentido de aquél contenido de las disposiciones que sí fuese compatible con la Constitución. Esto pues si se declarase la inexecutable integral de las normas que contienen tales expresiones, se perdería un instrumento legítimo de protección de las personas discapacitadas y de realización, por discriminación positiva, del derecho fundamental de igualdad.

2.1.2.1. Sentencia C – 037 de 1996. El caso de la expresión “recursos humanos”: En la sentencia C –037 de 1996, sentencia que revisó la constitucionalidad del proyecto de ley número 58/94 del Senado y 264/95 de la Cámara¹³⁹, la Corte tuvo la oportunidad de referirse a otra expresión contenida en dichos proyectos y que, a su juicio, resultaba inconstitucional. Esta

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Sentencia C – 224 de 2004.

¹³⁹ Estos proyectos se convertirían posteriormente en la Ley 270 de 1996 (El Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia).

expresión era el término "recursos humanos" que aparecía recurrentemente a lo largo de los mencionados proyectos, como por ejemplo en el capítulo sexto en donde se podía leer "*De Los Recursos Humanos De La Rama Judicial*".

Según la Corte Constitucional, el artículo 1° de la Constitución de 1991 consagra el respeto de la dignidad humana como uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano. Esto hace que la persona tenga que concebirse siempre como un fin en sí misma y no como un medio para un fin. En este contexto, la Corte juzgó que "Llamar 'recursos humanos' a las personas que han de cumplir ciertas funciones, supone adoptar la perspectiva opuesta a la descrita, aunque un deplorable uso cada vez más generalizado pugne por legitimar la expresión"¹⁴⁰. Por lo tanto, en la sentencia se declaró la inexecutable de la mencionada expresión¹⁴¹. En este caso, sin embargo, la Corte Constitucional no realizó el ejercicio de señalar explícitamente cómo quedaban las normas que contenían la expresión declarada inexecutable. Por ejemplo el artículo 163 del mencionado proyecto señalaba lo siguiente:

ARTICULO 163. PROGRAMACION DEL PROCESO DE SELECCION. Los procesos de selección serán permanentes con el fin de garantizar en todo momento disponibilidad de recursos humanos para la provisión de las vacantes que se presenten en cualquier especialidad y nivel dentro de la Rama Judicial.

Todos los procesos de selección para funcionarios y empleados de Carrera de la Rama Judicial serán públicos y abiertos.

Es de suponer entonces que la norma constitucional tendría que suprimir del todo la expresión "recursos humanos" quedando entonces con el siguiente tenor:

¹⁴⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C- 037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁴¹ No sobra recordar la siguiente "anécdota" que muchos de los críticos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional señalan como un ejemplo claro de que la Corte se ha "descarriado". Según estos críticos la Corte Constitucional "olvidó" tener en cuenta el hecho de que la misma Constitución en su artículo 334 contiene el término "recursos humanos". Allí se afirma que "El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos" (el subrayado es mío). Al margen de esta "anécdota" y posible crítica, lo anterior plantea el problema de si la Constitución basada supuestamente en los principios de igualdad, equidad, justicia y dignidad humana puede tener ella misma términos denigrantes y discriminatorios. Si esto no es así, pues los anteriores principios exigen una interpretación equitativa, justa, no peyorativa y no discriminatoria de todas las palabras de la Constitución, ¿cómo entender que un mismo término es peyorativo y discriminatorio en una determinada ley pero no lo es en la Constitución? ¿Cómo puede fundamentarse teóricamente – jurídicamente la anterior posibilidad hecha realidad por esta sentencia?

ARTICULO 163. PROGRAMACION DEL PROCESO DE SELECCION. Los procesos de selección serán permanentes con el fin de garantizar en todo momento disponibilidad para la provisión de las vacantes que se presenten en cualquier especialidad y nivel dentro de la Rama Judicial.

Todos los procesos de selección para funcionarios y empleados de Carrera de la Rama Judicial serán públicos y abiertos.

2.1.2.2. Sentencia C – 478 de 2003. El caso de los términos “furiosos locos”, “mentecatos”, “imbecilidad”, “idiotismo”, “locura furiosa”, “casa de locos”, y “tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes”: En esta sentencia se discutió la constitucionalidad de las expresiones “furiosos locos”, “mentecatos”, “imbecilidad”, “idiotismo”, “locura furiosa”, “casa de locos”, y “tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes”¹⁴², las cuales estaban contenidas en los siguientes artículos del Código Civil:

Artículo 140 - El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:
3º) Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos. La ley presume falta de consentimiento en los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos a quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes. Pero los sordomudos, si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente matrimonio.

Artículo 545 - El adulto que se halle en estado habitual de imbecilidad o idiotismo de demencia o de locura furiosa será privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos. La curaduría del demente puede ser testamentaria legítima o dativa.

Artículo 554 - El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a sí mismo o cause peligro o notable incomodidad a otros. Ni podrá ser trasladado a una casa de locos encerrado ni atado sino momentáneamente, mientras a

¹⁴² Es importante señalar que sobre esta expresión en concreto ya se había pronunciado la Corte en la Sentencia C – 983 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño. En esa sentencia la Corte afirmó que “para la Sala resulta violatorio de la Constitución la frase “y tuviere suficiente inteligencia”, pues no sólo contiene la misma concepción discriminatoria de la cual ha venido dando cuenta la Corte en esta Sentencia, sino que resulta lesiva de la dignidad humana, uno de los derechos fundamentales más importantes de la persona, pues ello implicaría someter al individuo a una prueba para determinar el grado de inteligencia. Tal expresión choca con el principio constitucional sobre la no discriminación y con la exigencia superior de la igual dignidad de todos los seres humanos. Dicha frase, entonces, será también retirada del ordenamiento jurídico.”

solicitud del curador o de cualquiera persona del pueblo, se obtiene autorización judicial para cualquiera de estas medidas.

Artículo 560 - Cesará la curaduría cuando el sordomudo se haya hecho capaz de entender y de ser entendido por escrito, si él mismo lo solicitare, y tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes; sobre lo cual tomará el juez o prefecto los informes componentes.

En esta sentencia, el problema jurídico que la Corte planteó consistió en “determinar si la permanencia en la legislación civil de expresiones que si bien en su momento correspondieron a los términos técnicos empleados por los estudiosos de las ciencias de la salud, en la actualidad pueden ser considerados como peyorativos u ofensivos, y por ende, contrarios al principio de dignidad humana, y en consecuencia, deberían ser expulsados del ordenamiento jurídico colombiano, siempre y cuando la disposición respectiva no pierda sentido, y se preserven otros principios constitucionales, en especial la igualdad, para no caer en un estado de desprotección legal de los incapaces, igualmente contrario a la Constitución”¹⁴³.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Corte realiza un estudio de la evolución histórica del concepto de discapacidad para mostrar que la forma como se han tratado los problemas relativos a la persona con discapacidad ha respondido a diversas ópticas a lo largo de la historia y se ha desarrollado de acuerdo con los valores culturales y sociales predominantes en cada época.

De tal estudio la Corte rescata un interesante debate en torno a la relación entre el lenguaje jurídico y el lenguaje científico que al parecer a veces usa el Derecho. En efecto, el alto tribunal recuerda que el Código Civil de Napoleón, en su Título XI, “De la mayoría de edad, de la interdicción civil y del consejo judicial”, se refería a los discapacitados mentales empleando términos que en su momento constituyeron o formaron parte de la nosología médica y psiquiátrica de la época. Dicha normatividad decía lo siguiente: “Art. 489. El mayor de edad que esté en un *estado habitual de imbecilidad, de demencia* o de *furor* debe ser sujeto a interdicción, aún cuando ese estado presente intervalos lúcidos”.

Junto con lo anterior, la Corte también recuerda la crítica que los tratadistas franceses de la época le hicieron a esta clasificación, pero no por considerarla ofensiva o peyorativa, sino por considerarla inútil. Como lo comenta Luis Claro Solar, para tratadistas como Laurent, Planiol y Ripert, “la autoridad encargada de ordenar o de tomar las medidas que la situación exige o permite, no tiene para que preocuparse de las clasificaciones médicas, sino de averiguar si la

¹⁴³ Sentencia de la Corte Constitucional C- 478 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

persona respecto de la cual tal medida se provoca, tiene o no el discernimiento necesario para conducirse, y si la demencia que padece es peligrosa o inofensiva”¹⁴⁴. Este debate, y, específicamente esta posición de los mencionados tratadistas, se acerca considerablemente a los planteamientos del enfoque constitutivo según el cual el Derecho es por sí mismo una clase especial de lenguaje. Por lo tanto el juez no debería preocuparse tanto si el término científico o de lenguaje natural que el Derecho está usando en determinado caso está siendo bien entendido o no, pues a él lo que le interesa es justamente el lenguaje jurídico, es decir, la clase particular de lenguaje que es el Derecho con sus características únicas y específicas. En palabras de Laurent, quien también es citado por la Corte: “las distinciones que hace la medicina carecen de importancia. Que haya tres o cuatro especies de demencia, que se le dé el nombre de idiotismo, de manía, de monomanía, poco importa; el principio consagrado en el artículo 489 no es modificado por los progresos de la ciencia. Este principio es que la enajenación mental es la causa en virtud de la cual la interdicción es pronunciada”¹⁴⁵, es decir, para este autor, lo importante no es la terminología científica aplicable en estos casos, sino los principios que subyacen a estas instituciones civiles¹⁴⁶. Esto revela que no sólo los términos naturales con toda su ambigüedad sufren una transformación cuando “entran” en el lenguaje jurídico¹⁴⁷, sino también los precisos y bien definidos términos científicos¹⁴⁸.

Ahora bien, sin entrar a sentar una posición en el anterior debate, la Corte afirma categóricamente que el lenguaje legal debe ser acorde con los principios y valores que inspiran a la Constitución de 1991. Según esto, la labor que tienen los Magistrados del máximo tribunal constitucional de preservar el contenido axiológico - humanístico que atraviesa toda la Carta Política, se

¹⁴⁴ SOLAR, Luis Claro. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Santiago de Chile, 1927, p. 180. Citado por la Corte Constitucional, Ibid.

¹⁴⁵ Laurent, L., *Traité de Droit Civil*, París, 1907, p. 225. Citado por la Corte.

¹⁴⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C- 478 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴⁷ Ver supra **1.2.2. Enfoque constitutivo. El Derecho es una clase particular de lenguaje.**

¹⁴⁸ La Corte también reseña lo dicho por los doctrinantes Planiol y Ripert (Planiol, M. Y Ripert, G, *Traité Pratique de Droit Civil Français*. París, Edit. LGDJ., 1925, p. 688), según lo cual, la calificación de las patologías que realiza la ley civil es indiferente por cuanto, además de no definir las con claridad, un examen de la jurisprudencia muestra que existe una gran variedad de trastornos mentales que han conducido a la declaración judicial de interdicción. Así por ejemplo la histeria (Tribunal de Dijón, sentencia del 11 de Febrero de 1863), la senilidad (Tribunal de Burdeos, sentencia del 17 de mayo de 1893), la carencia de desarrollo mental (Tribunal de Riom, sentencia del 29 de junio de 1882), el delirio de persecución (Tribunal de París, sentencia del 13 de marzo de 1876) y la demencia epiléptica (Tribunal de Bastia, sentencia del 8 de febrero de 1888).

extiende a velar porque el lenguaje que llegue a usar el legislador no contradiga dicho contenido. En este sentido se reitera una posición ya sentada por la Corte según la cual el uso de términos jurídicos que pueden llegar a cosificar a la persona no es constitucionalmente admisible¹⁴⁹.

En el caso concreto de las expresiones demandadas, los magistrados señalan que la Constitución emplea diversas expresiones para referirse a las personas que padecen distintas formas de discapacidad. Es el caso del artículo 13 en donde se habla de “personas que por su *condición* económica, *física o mental* se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”. También puede observarse en el artículo 47 que el constituyente empleó los términos “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos”, mientras que en los artículos 54 y 68 se hizo referencia a los términos “minusválidos” y “personas con limitaciones físicas o mentales” respectivamente.

Esto debe contrastarse con los términos demandados del Código Civil que si bien en su momento, como lo comenta el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, formaron parte de la nosología médica y psiquiátrica de la época de promulgación del código, en la actualidad han perdido ese sentido científico- técnico y suelen ser usados comúnmente como términos peyorativos y ofensivos.

Lo anterior hace que al tenor de la doble responsabilidad que tiene el Estado para con las personas discapacitadas, responsabilidad generada por los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución, que consiste por una parte en “abstenerse de adoptar o ejecutar cualquier medida administrativa o legislativa que lesione el principio de igualdad de trato; y por otra, con el fin de garantizar una igualdad de oportunidades, remover todos los obstáculos que en los ámbitos normativo, económico y social configuren efectivas desigualdades de hecho que se opongan al pleno disfrute de los derechos de estas personas, y en tal sentido, impulsar acciones positivas”¹⁵⁰, la Corte concluye que los términos contenidos en las normas demandadas son inconstitucionales.

Ahora bien, en este caso, a diferencia de lo ocurrido en el anterior, la Corte tiene que evitar el efecto contraproducente que se podría generar si declarara la inexequibilidad completa de los artículos que contienen los términos demandados pues, de esa forma, al querer proteger la dignidad de las personas discapacitadas las dejaría sin la legítima protección que, según los

¹⁴⁹ Según los Magistrados, esta posición puede verse en las sentencias C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-320 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁵⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C- 478 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Magistrados, se encuentra en el resto de contenido de las normas mencionadas. La solución es entonces declarar la inexecutable de los términos analizados cuidando que la nueva redacción de la norma mantenga la finalidad legítima que contiene, junto con la sintaxis que exige la coherencia gramatical.

Declarada entonces la inexecutable de la expresión “...los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos a...” del numeral 3º del artículo 140 del Código Civil, el nuevo texto de dicho cuerpo jurídico quedó de la siguiente forma: *“Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos. La ley presume falta de consentimiento en quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes. Pero los sordomudos si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente matrimonio.”*

Por su parte, la declaratoria de inexecutable de las expresiones “... de imbecilidad o idiotismo...” y “...o de locura furiosa...” contenidas en el artículo 545 del Código Civil, llevó a que el artículo quedara con el siguiente tenor: *“El adulto que se halle en estado habitual de demencia será privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos. La curaduría del demente puede ser testamentaria, legítima o dativa.”*, en el entendido, aclaró la Corte, que debe existir interdicción judicial, pues, según el mismo tribunal, es la única interpretación que resulta acorde con la Constitución y con el mismo sistema jurídico al que pertenece la norma¹⁵¹.

En esta sentencia se puede ver toda la fuerza de asumir los dos presupuestos teóricos que asumió la Corte y que la acercan al enfoque constitutivo de la relación “Lenguaje – Derecho”. En efecto, la consideración de que el lenguaje constituye mundo, y de que el lenguaje emotivo es tan o más importante que el meramente descriptivo, habilita a la Corte para rechazar en este caso el pedido de la Procuraduría General de la Nación en el sentido de declarar la executable condicionada de los anteriores términos bajo el entendido de que ellos únicamente se referían a personas con discapacidad mental. En palabras de la Procuraduría: “En relación con la violación al principio de dignidad, expresó que:

las expresiones censuradas al ser interpretadas de manera degradante, peyorativa transgreden frontalmente el principio de la dignidad humana, por cuanto imparten un trato oprobioso, degradante, ofensivo, ultrajante, en consideración al estado de salud mental de la persona a quien se descalifica con término de loco furioso, mentecato, entre otros. Sin embargo, aclaró que si las mismas son interpretadas de acuerdo con lo

¹⁵¹ No es necesario señalar lo ocurrido con los otros términos demandados. Baste decir que el resultado fue prácticamente el mismo que en los casos anteriores.

descrito en el Diccionario de la Lengua Española, se ajustan a la Constitución, toda vez que se refieren a las personas con discapacidad mental.

La Corte, sin embargo, al acercarse al enfoque constitutivo de la relación Lenguaje- Derecho y, por ende, rechazar el recurso al diccionario como la mejor solución posible para darle un sentido a un término¹⁵², decide declarar la inexecutable completa de los términos demandados.

2.1.2.3. Sentencia C – 1088 de 2004. El caso de los términos “locura furiosa” y “loco”: En el caso de la sentencia C- 1088 de 2004 la Corte admitió que es correcto afirmar que los términos “locura furiosa” y “loco” constituían referencias legítimas a las enfermedades mentales y a quienes las sufren en los momentos en que el Código Civil fue promulgado, pues en esa época tales palabras carecían de la carga peyorativa que hoy tienen. “Pero bajo el Estado social de derecho, la lectura de la valía del ser humano es muy diferente y lo es al punto que su dignidad y sus derechos, de la mano de la democracia pluralista, se convierten en el fundamento del nuevo orden institucional. En esta nueva visión, el ser humano debe ser tratado como tal y no como un espécimen más de la naturaleza o como una cosa susceptible de definirse con cualquier tipo de lenguaje”¹⁵³.

Para la Corte, el contenido expresivo que poseen los términos aludidos genera una discriminación cierta contra las personas con discapacidad mental, pues las ubica en un lugar de “anormalidad peligrosa” que las excluye de su condición de personas con iguales derechos; esto contraría totalmente el artículo 13 de la Carta Política, máxime cuando éste ordena proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Lo que implica que el mandato constitucional de la igualdad no consiste tan sólo en eliminar las discriminaciones, sino que, en el caso de estos grupos de personas, también consiste en llevar a cabo medidas positivas que promuevan condiciones de igualdad real.

La decisión de la Corte en este caso se encuentra dirigida a expulsar del ordenamiento jurídicos los términos “locura furiosa” y “loco” porque, como se dijo, contrarían de forma clara la Constitución de 1991. Sin embargo, como la

¹⁵² Ver Supra 1.2.2. Enfoque constitutivo. El Derecho es una clase particular de lenguaje y 1.3.2. Enfoque constitutivo. Creación de Derecho e interpretación del mismo se confunden a partir de la labor de la comunidad jurídica.

¹⁵³ Sentencia C-1088 de 2004. .

Corte lo resaltó en la sentencia, la finalidad de las normas en donde se encuentran los términos demandados sí es completamente legítima y compatible con el Texto Superior. Por lo tanto, “La decisión de la Corte debe proferirse de tal manera que las expresiones contrarias al principio de dignidad humana y al derecho fundamental de igualdad sean expulsadas del ordenamiento jurídico, pero también de tal forma que se mantenga en él una prescripción normativa alentada por la finalidad constitucional ya indicada”¹⁵⁴. De ahí que la Corte decida, finalmente, aplicar el principio de unidad normativa y en consecuencia extender su pronunciamiento a los términos no demandados “o si” (esto último con el fin de mantener coherencia sintáctica en la norma final) para que de esa forma la declaratoria de inexecutable comprenda a toda la expresión “si la locura fuere furiosa, o si el loco”. El resultado final de lo anterior es que artículo 548 del Código Civil queda formulado de la siguiente manera:

ART. 548.—Podrán provocar la interdicción del demente las mismas personas que pueden provocar la del disipador.

Deberá provocarla el curador del menor a quien sobreviene la demencia durante la curaduría.

Pero si causare notable incomodidad a los habitantes, podrá también el prefecto o cualquiera del pueblo provocar la interdicción.

2.2. ENFOQUE INSTRUMENTALISTA: INTERPRETACIÓN CONDICIONADA.

Esta tercera posibilidad ha sido asumida por los Magistrados de la Corte Constitucional en las sentencia C-320 de 1997 y en la C-007 de 2001. En los casos que integran este tercer grupo de decisiones, la Corte Constitucional se ve forzada a distinguir entre el contenido de las normas y la forma de las mismas, entendiendo que esta última está constituida por el lenguaje en el que es expresado el contenido. Esto pues al no retirar del ordenamiento jurídico la disposición completa, la Corte reconoce que el contenido de la misma y la finalidad son constitucionalmente admisibles; pero que el legislador cometió un error al usar un lenguaje denigrante, peyorativo y discriminatorio.

En tal evento, lo procedente es que la Corte aplique el principio de “conservación del derecho”, según el cual, los tribunales constitucionales deben siempre buscar preservar al máximo las disposiciones emanadas

¹⁵⁴ Ibid.

del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático¹⁵⁵. Por ello si una disposición admite una interpretación acorde con la Carta, es deber de esta Corte declararla exequible de manera condicionada, y no retirarla del ordenamiento. Con mayor razón, si el defecto constitucional de una regulación no deriva de su contenido normativo sino exclusivamente del lenguaje empleado, entonces corresponde al juez constitucional mantener la regulación ajustando el lenguaje legal a los principios y valores constitucionales¹⁵⁶.

Con esta distinción la Corte Constitucional revela el aspecto instrumentalista que el lenguaje posee en relación con el Derecho, en la medida en que el primero es visto como una herramienta que permite expresar y comunicar el segundo. Esto es lo que hace posible que si bien la finalidad o la intención del legislador (es decir, el “verdadero Derecho”) sea constitucional, la forma de darla a conocer (es decir la herramienta – lenguaje usada en el caso concreto) pueda ir en contravía en relación con ciertos principios contenidos en la Carta Política.

2.2.1. Sentencia C – 320 de 1997. El caso de la expresión “transferir jugadores”: El problema del lenguaje jurídico denigrante y, por ende, inconstitucional, no sólo ha estado en el lenguaje del Código Civil. En efecto, en la sentencia C – 320 de 1997 la Corte analizó el lenguaje usado por la Ley 181 del 18 de enero de 1995 “Por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física y se crea el sistema nacional del deporte”. En este caso la norma demandada que nos interesa es la siguiente:

Artículo 34. Entiéndese por derechos deportivos de los jugadores o deportistas, la facultad exclusiva que tienen los clubes deportivos de registrar, inscribir, o autorizar la actuación de un jugador cuya carta de transferencia le corresponde, conforme a las disposiciones de la federación respectiva. Ningún club profesional podrá transferir más de dos jugadores o deportistas en préstamo a un mismo club, dentro de un mismo torneo. (el subrayado es de la Corte).

El problema giraba en torno a las figura de los “derechos deportivos” y el “acto de transferencia que los clubes pueden hacer”. Según la Corte:

¹⁵⁵ Ver, entre otras, las sentencias C-100/96. Fundamento Jurídico No 10 y C-065/97.

¹⁵⁶ Sentencia C – 320 de 1997.

...el lenguaje empleado por la ley parece implicar que la carta de transferencia y los derechos deportivos confieren a los clubes una verdadera propiedad sobre sus jugadores. En efecto, la norma habla de la “transferencia” de los deportistas, lo cual significa, en sentido literal, que los clubes son verdaderos dueños de esas personas, ya que sólo se transfiere, se vende y se presta aquello de que se es propietario... Conforme a lo anterior, el lenguaje de las normas legales revisadas es incompatible con la Constitución ya que desconoce la dignidad de los deportistas, a quienes cosifica, y vulnera la terminante prohibición de la esclavitud y de la trata de personas (CP arts 1º, 18 y 53), pues parece convertir a los clubes en propietarios de individuos¹⁵⁷.

Ahora bien, la decisión de la Corte no es retirar del ordenamiento jurídico la expresión señalada; esto pues a la hora de examinar las figuras de los “derechos deportivos” y “la carta de transferencia”, el alto tribunal encuentra que, bien entendidas, las anteriores instituciones son compatibles con la Carta Política en la medida en que de ninguna manera le confiere a los clubes algún tipo de propiedad sobre los deportistas. Por esta razón, la labor de la Corte consiste en dejar claro que los propios jugadores pueden ser titulares de sus derechos deportivos y que la transferencia a que hace alusión la norma demandada no puede desmejorar la situación laboral del deportista y debe contar con su consentimiento. Y esto, y sólo esto, es lo que debe entenderse por “transferencia”.

2.2.2. Sentencia C – 007 de 2001. El caso de la expresión “robo violento”:
En este caso la norma demandada fue el numeral 6º del artículo 140 del Código Civil que establece lo siguiente:

Artículo 140. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:

(...)

6. Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por haber sido ésta robada violentamente, a menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor.

Frente a este numeral la Corte se pregunta si el lenguaje utilizado por la norma acusada, es decir, la expresión que hace referencia a un “robo de la mujer” vulnera la Constitución. Para resolver lo anterior, lo primero que hace la Corte es acudir al Derecho Penal para concluir que en esta normatividad el robo suele ser definido como un acto de apoderamiento o sustracción de bienes o

¹⁵⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C- 320 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

cosas muebles ajenas. Desde acá la Corte Concluye lo siguiente: “Como vemos, si el objeto del tipo penal es un bien material no es lógicamente posible que exista el robo de una mujer. Esto significa que el uso del lenguaje en la disposición acusada no es un asunto irrelevante, puesto que cosifica a la cónyuge y le da un trato jurídico contrario a la dignidad humana”¹⁵⁸.

Sin embargo, en este caso la Corte decide, una vez más, aplicar el principio de hermeneútica constitucional de conservación del derecho¹⁵⁹, según el cual, como se vio, si una disposición normativa admita varias interpretaciones, una de las cuales es constitucional, el Alto Tribunal debe dejar la norma en el ordenamiento jurídico y retirar la lectura inconstitucional. Para intentar lo anterior esta vez la Corte sí decide acudir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Allí encuentra que la palabra robar significa “quitar o tomar para sí violencia o con fuerza lo ajeno”; definición que también contradice, según la Corte, el espíritu humanista de la Carta de 1991.

Ahora bien, junto con la anterior, la Corte encuentra que el diccionario trae otra acepción del término robar. Según dicha acepción el término “robar” “se refiere a "raptar", que significa sacar a una mujer con violencia o con engaño de la casa y potestad de sus padres o parientes”¹⁶⁰. Según los Magistrados, este significado del verbo robar no cosifica a la mujer ni otorga un trato contrario a la Constitución. “Por ello, en razón a que la disposición normativa acusada puede leerse en un sentido que no vulnera la Carta, la Corte debe aplicar el principio de conservación del derecho y dejar en el ordenamiento jurídico la disposición objeto de análisis, por lo que así lo declarará”¹⁶¹.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Al respecto, ver las sentencias C-600A de 1995, C-070 de 1996, C-499 de 1998, C-559 de 1999 y C-843 de 1999, entre otras.

¹⁶⁰ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima primera edición. 1992. Páginas 1277 y 1278. Citado por la Corte Constitucional. Sentencia C-320 de 1997.

¹⁶¹ Sentencia de la Corte Constitucional C- 320 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3. CONCLUSIONES

- Detrás de la afirmación “El Derecho y el Lenguaje se relacionan” existe un amplio debate en torno a la forma concreta como se desarrolla tal relación; debate que puede ser ordenado bajo dos ideas diferenciadas: a) el Derecho usa al lenguaje y b) el Derecho es lenguaje. A partir de lo anterior se podría hablar de un enfoque *instrumentalista* de la relación Lenguaje – Derecho y de un enfoque constitutivo.
- En cada uno de los enfoques señalados pueden encontrarse diferentes problemas, planteamientos, propuestas de solución, etc., en torno a la relación Lenguaje-Derecho, sin que esto signifique la existencia de fronteras absolutamente claras que distingan en todos los casos cuando un autor X es un “instrumentalista” y cuando un autor Y es un “constitutivo”.
- La investigación realizada no pretende afirmar la existencia de dos bandos con diferencias irreconciliables. Simplemente se pretendió construir categorías de análisis para clasificar planteamientos de autores de corrientes tan alejadas como lo son por ejemplo Pierre Bourdieu y Robert Alexy, pero que, sin embargo, se han preocupado en sus textos por la relación Lenguaje-Derecho.
- Se podría afirmar que el enfoque instrumentalista privilegia un enfoque semántico del lenguaje, mientras que el enfoque constitutivo privilegia un enfoque pragmático. Sin embargo, esto no es óbice para que un autor que afirme que el Derecho es una clase particular de lenguaje no se preocupe a su vez por asuntos semánticos y lógicos que necesariamente tienen que ver con el uso del lenguaje jurídico. De igual manera, el enfoque instrumentalista le da más importancia al uso descriptivo del lenguaje y ve en los otros usos (el prescriptivo, el emotivo, etc.) dificultades para la precisión que debería tener la herramienta- lenguaje que expresa al Derecho. Por su parte, el enfoque constitutivo admite que el lenguaje humano, y especialmente el normativo, tiene otros usos, además del descriptivo, igualmente válidos e importantes sin que sean vistos como un problema a resolver.
- El enfoque instrumentalista intenta solucionar todos los problemas del instrumento – lenguaje aludiendo al diccionario, a la lógica, a los métodos de interpretación, etc. Para el enfoque constitutivo, la ambigüedad y la vaguedad de las palabras no es un problema de las palabras mismas (pues como se recordará el uso emotivo del lenguaje

no es ningún defecto del lenguaje), que se pueda solucionar realmente con dichos procedimientos, sino un problema de excesivas interpretaciones que sólo se solucionará al interior de la *comunidad jurídica*. Como muy bien se lo advirtió Humpty Dumpty a Alicia: “El asunto es quién es el maestro”.

- Frente a la idea de “interpretación” el enfoque instrumentalista plantea la siguiente tríada: un objeto X que es el Derecho, un instrumento Y que es el lenguaje y un sujeto Z que es quien usa el instrumento Y. A cambio de estos tres elementos, el enfoque constitutivo introduce la idea de la comunidad jurídica, la cual tiene, en todos los casos, dos rasgos básicos, a saber, a) el ejercicio interpretativo y el creador de Derecho se confunden y b) el acto interpretativo-creador es un acto comunitario.
- A pesar de lo anterior, no hay que descartar las soluciones del enfoque instrumentalista con una simple acusación de ingenuidad, pues en últimas detrás de todas ellas está implícita una válida, y si se quiere, necesaria pretensión de corrección y racionalidad que de todas formas, como lo plantea Alexy, se encuentra también en todos los juicios normativos. Por esta razón, a pesar de que se puede aceptar que en última instancia el Derecho es lo que la comunidad jurídica diga que es, esto no implica rechazar la idea de racionalidad de la decisión judicial.
- Desde el enfoque constitutivo, con su apelación a la *comunidad jurídica*, puede afirmarse más fácilmente la dependencia que tiene el Derecho en relación con otras estructuras sociales de poder, como lo serían la economía, la religión, etc. Esto puede verse más claramente a medida de que se vaya ampliando la idea de “comunidad jurídica” como se da en el caso de Pierre Bourdieu y Robert Cover. Sin embargo, esto no es algo absoluto al interior del enfoque constitutivo en la medida en que, como en el caso de Aarnio y Alexy, se concibe a la comunidad jurídica como la autoridad de la mayoría racional, desde un punto de vista netamente jurídico.
- El enfoque constitutivo también revela, como característica general del Derecho, un marcado acento “conservador”, en la medida en que, en últimas, sólo puede competir por el privilegio de ser “Derecho” aquello que pueda ser aceptado ampliamente por la “comunidad jurídica”.
- En aquellos casos en donde la Corte ha sido más sensible respecto del lenguaje usado por el legislador, los planteamientos teóricos que ha usado como base para su decisión la han acercado a los planteamientos del enfoque constitutivo de la relación Lenguaje – Derecho. Sin

embargo, asumir tal posición teórica no sólo genera una decisión práctica en un determinado sentido, como se vio, sino también algunos problemas que no parecen tener solución inmediata. Tales problemas se revelan a partir de lo planteado en la aclaración de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería a la sentencia C – 478 de 2003. Si bien Araujo estuvo de acuerdo con el resto de la Sala en que los conceptos de “ furiosos locos”, “mentecatos”, “imbecilidad”, “idiotismo”, “locura furiosa”, y “casa de locos” correspondían al estado de la ciencia en el momento en que fueron acuñados y regidos por el legislador, también señaló “una concesión (sic) dialéctica de la ciencia y de los conceptos nos permiten afirmar, que así como la ciencia no se detiene, los conceptos que recogen los avances científicos siempre serán necesario redefinirlos o darles un nuevo contenido; y que lo que ayer fue válido y hoy ya no lo es, nos muestra que lo que hoy es válido mañana puede no serlo. De modo que los nuevos conceptos que hoy acogemos cuando la sicología y la psiquiatría avancen pueden no ser correctos”¹⁶². Esto hace que los nuevos conceptos que hoy se toman como correctos (por ejemplo “personas en circunstancias de debilidad manifiesta”, “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos”, “minusválidos”, etc.) con el transcurso del tiempo pueden ser utilizados de manera ofensiva y discriminatoria¹⁶³.

A partir de la reflexión del Magistrado Araujo se podría plantear la siguiente situación problemática: en un tiempo t1 una persona demanda por inconstitucional el término X por considerarlo peyorativo y discriminatorio. La Corte considera que el significado del término X en el tiempo t1 no es discriminatorio ni peyorativo sino que por el contrario el uso de ese término es únicamente descriptivo. Posteriormente, en un tiempo t2 el término X adquiere una carga emotiva peyorativa en contra de un grupo de personas que contradice los principios fundamentales de la Carga Política. ¿Es posible en t2 una nueva demanda de inconstitucionalidad argumentando que el significado del término cambió y que, por ende, la cosa juzgada en ese caso no puede ser absoluta? ¿La doctrina del cambio de circunstancias debe ampliarse para que cubra el cambio en el uso de los términos?

- En los casos en donde la Corte no ha sido tan sensible respecto del lenguaje usado por el legislador, la Corte se ha acercado al enfoque instrumentalista de la relación Lenguaje – Derecho, y ha optado por

¹⁶² Aclaración de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería a la Sentencia C-478 de 2003.

¹⁶³ Incluso hoy mismo llamar a una persona “deficiente mental” o “disminuido físico” es fácilmente considerado como un insulto si dicha persona no tiene esas características. Y es que en últimas, como lo afirma el mismo Magistrado, “Estos conceptos plantean el problema de la diferenciación de normal anormal ¿quién es normal y quién es anormal? Y lo que es más importante quién define a otro como normal o anormal”.

distinguir entre el contenido de una norma y la forma de la misma. Con base en esto la decisión de la Corte ha sido la de realizar una declaratoria de exequibilidad condicionada de los términos demandados para proscribir la interpretación que pueda ser denigrante y, por ende inconstitucional.

- Este “cambio de sensibilidad” de la Corte, que la ha hecho oscilar entre los dos enfoques de la relación Lenguaje - Derecho, no implica necesariamente una inconsistencia teórica de la Corte. Antes bien puede verse como una aplicación del ejercicio de ponderación entre dos principios: por una parte el principio de igualdad, que adquiere una relevancia fundamental en el caso de las personas señaladas por el artículo 13 de la Constitución, y, por otra, el principio de conservación del derecho. Esto sólo confirma que, como se dijo en la Introducción, las decisiones de los jueces suponen aspectos teóricos sin los cuales carecerían de sentido. En el caso del fenómeno de lo jurídico, pretender distinguir entre *teoría* y *praxis* no parece ser un apuesta afortunada.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis. Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2000, 113 p.

ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, 346 p.

BÁSTIDA, Xacobe. El derecho como creencia. Una concepción de la filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 16, 2000, 303 p.

BIZCARRONDO, Gema. El lenguaje jurídico. Razón pragmática y razón filológica. En: Estudios De Deusto Vol. 43, no. 1 (Ene.-Jun. 1995).

BONO, Maria. La ciencia del Derecho y los problemas del lenguaje natural: la identificación del conflicto. En: Revista Isonomía. México. No. 13 de 2000.

BOURDIEU, Pierre. La fuerza del Derecho. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2000, 220 p.

CALVO GONZÁLEZ, José. Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Barcelona: Ediciones Ariel, 1992, 155 p.

CAPELLA, Juan Ramón. El Derecho como lenguaje. Un análisis lógico. Barcelona: Ediciones Ariel, 1968, 317 p .

CARROLL, Lewis. Alicia a través del Espejo y lo que Alicia encontró allí. Madrid: Edicomunicación S.A., 1999m 288 p .

COVER, Robert. Derecho, narración y violencia. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002, 156 p.

GÓMEZ, Astrid y BRUERA Olga María. Análisis del Lenguaje Jurídico. Buenos Aires: Editorial de Belgrano, 1998, 188, 506 p.

HERNÁNDEZ, Marín Rafael. Introducción a la teoría de la norma jurídica. Madrid: Marcial Ponce, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998, 489 p.

HUME, David. Tratado de la Naturaleza Humana. Libro Tercero. Madrid: Ediciones Orbis S.A., 1984, 897 p .

KAUFMANN, Arthur. Filosofía del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, 655 p.

LEÓN GÓMEZ, Adolfo. Seis lecciones sobre Teoría de la Argumentación. Cali: Alego Editores, 2001, 207 p.

Ley 270 de 1996, El Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia

LÓPEZ, Diego. El Derecho de los Jueces. Bogotá: Legis, 2002, 220 p.

MENDONCA, Daniel. Las claves del derecho. Barcelona: Editorial Gedisa, 2000, 247 p.

MONSALVE, Alfonso. Teoría de la argumentación. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 1992, 327 p.

MORA FERRATER, J. Diccionario de Filosofía. Tomo III. Barcelona: EDITORIAL, 1998.

MORALES DE SETIÉN, Rabian Carlos. La fuerza del Derecho. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2000, 220 p.

NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del Derecho. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980, 477.

OST, Francois y KERCHOVE van de Michel. Elementos para una teoría crítica del derecho. Bogotá: Unibiblos, 2001, 399 p.

PERELMAN, Chaim. El imperio retórico. Bogotá: Editorial Norma, 1998, 214 p.

----- La interpretación jurídica. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho de Maracaibo, 1974, 22 p.

----- La lógica jurídica y La Nueva Retórica. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1979, 249 p.

SORIANO, Ramón. Compendio de Teoría General del Derecho. Barcelona: Ariel, 1993, 350 p.

VERNENGO, Roberto. La interpretación jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.

Jurisprudencia Corte Constitucional:

Sentencia C-600A de 1995.

Sentencia C- 037 de 1996.

Sentencia C-070 de 1996.

Sentencia C-100 de 1996 .

Sentencia C-595 de1996.

Sentencia C-065 de 1997.

Sentencia C – 320 de 1997.

Sentencia C-499 de 1998.

Sentencia C-559 de 1999.

Sentencia C-843 de 1999.

Sentencia C – 983 de 2002.

Sentencia C- 478 de 2003.

Sentencia C-123 de 2004.

Sentencia C – 224 de 2004.

Sentencia C – 1088 de 2004.