

EL LENGUAJE ORDINARIO COMO MARCO SEMÁNTICO DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO POSITIVO*

DANIEL GUSTAVO GORRA**

JUAN MANUEL SAHARREA***

Resumen. El propósito de este trabajo es ofrecer algunas consideraciones y reflexiones sobre la relación entre derecho y lenguaje ordinario que permitan esbozar una alternativa desde una perspectiva semántica para la interpretación jurídica. Partiendo de la distinción entre vaguedad y textura abierta y lenguaje ordinario respecto de sentido común, se analizan las nociones de criterio y juegos de lenguaje de WITTGENSTEIN. Los criterios pueden constituir una herramienta metodológica frente a términos que presenten textura abierta y poner de manifiesto la objetividad de nuestros juegos del lenguaje y en este aspecto contribuir a la reducción de la indeterminación semántica o particularismo del intérprete en épocas en que el lenguaje normativo tiende a ser más complejo e impreciso.

Palabras clave: lenguaje ordinario, interpretación, criterio, vaguedad, textura abierta.

ORDINARY LANGUAGE AS A SEMANTIC FRAMEWORK FOR THE INTERPRETATION OF POSITIVE LAW

Abstract. The aim of this paper is to offer some reflections on the relationship between law and ordinary language. These

* Recepción: 5/8/2019; evaluación: 10/9/2019; aceptación: 6/10/2019.

** Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Cuyo. Profesor adjunto regular por concurso de Filosofía del Derecho en el Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional de San Luis. Correo electrónico: gorra.daniel@gmail.com.

*** Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional de Córdoba. Becario posdoctoral del Conicet. Correo electrónico: juansaharrea@gmail.com.

allow the outlining of an alternative from a semantic perspective for legal interpretation. Starting from the distinction between vagueness and open texture and ordinary language with respect to common sense, WITTGENSTEIN's notions of criteria and language games are analyzed. The criteria can be a methodological tool against terms that have an open texture and highlight the objectivity of our language games and in this aspect contributes to the reduction of the semantic indeterminacy or particularism of the interpreter in times where normative language tends to be more complex and inaccurate.

Keywords: ordinary language, interpretation, criteria, vagueness, open texture.

LINGUAGEM COMUM COMO ESTRUTURA SEMÂNTICA PARA A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO POSITIVO

Resumo. O objetivo desta apresentação é oferecer algumas considerações e reflexões sobre a relação entre lei e linguagem comum que permitem esboçar uma alternativa de uma perspectiva semântica para interpretação jurídica. Partindo da distinção entre imprecisão e textura aberta e linguagem comum em relação ao senso comum, são analisadas as noções de WITTGENSTEIN sobre critérios e jogos de linguagem. Os critérios podem ser uma ferramenta metodológica contra termos de textura aberta e destacam a objetividade de nossos jogos de linguagem e, nesse aspecto, contribuem para a redução da indeterminação ou particularismo semântico do intérprete nos momentos em que a linguagem normativa tende a ser mais complexo e impreciso.

Palavras chave: linguagem comum, interpretação, critérios, imprecisão, textura aberta.

§ 1. INTRODUCCIÓN

El propósito de esta presentación es ofrecer algunas consideraciones y reflexiones sobre la relación entre derecho y lenguaje ordinario que permitan esbozar una alternativa desde una perspectiva semántica para la interpretación jurídica. Antes de puntualizar algunas tesis comenzamos recuperando el concepto de “textura abierta” como un modo de calificar el atributo central de los términos descriptivos, en este caso, del derecho. Si no se tiene en cuenta la textura abierta de los conceptos, es probable que se malinterpreten aspectos

fundamentales, en lo que sigue, de nuestro abordaje como por ejemplo la forma en que entendemos la tarea interpretativa de los jueces ante casos dificultosos o controversiales. Pues bien, quien introdujo la idea de textura abierta en el ámbito de la filosofía analítica sostuvo: “Vagueness should be distinguished from the open texture. A word which is actually used in a fluctuating way (such as ‘heap’ or ‘pink’) is said to be vague; a term like ‘gold’, although its actual use may not be vague, is non-exhaustive or of an open texture in that we can never fill up all the possible gaps through which a doubt may seep in. Open texture, then, is something like the possibility of vagueness. Vagueness can be remedied by giving more accurate rules, open texture can not. An alternative way of stating this would be to say that definitions of open terms are always correctable or emendable”¹.

La relación entre lenguaje jurídico y significado se presenta sobre todo al pensar la interpretación jurídica por la que los jueces se preguntan, con mucha frecuencia, si tal experiencia se ajusta o no con un caso. En ese marco, la pregunta es qué están justificados a hacer los jueces cuando los elementos jurídicos disponibles no resuelven la decisión judicial. Se trata de una inquietud que estamos desarrollando y trabajando con un grupo de investigación sobre análisis de criterios judiciales donde efectivamente se analizan fallos jurídicos sobre figuras diversas desde una perspectiva analítica². Como punto de partida de nuestro trabajo se podría formular el siguiente interrogante: ¿Qué da sentido al lenguaje de la norma jurídica o a lo que creemos que es más conveniente llamar “el juego del lenguaje” jurídico? Aquí, otra vez, resulta imprescindible delimitar un concepto, en este caso el de “juego de lenguaje”, para comprender por qué lo empleamos con relación al derecho. Se trata de un término clave en la filosofía del lenguaje de *Philosophical investigations* de LUDWIG WITTGENSTEIN. Esta noción es propuesta por WITTGENSTEIN en el marco de la discusión en torno de la naturaleza del significado lingüístico que es, como sabemos, definitoria de la filosofía de lenguaje tal como la cultivó no solo WITTGENSTEIN, sino buena parte de los filósofos analíticos a lo largo del siglo xx y, en menor medida, hasta nuestros días. Puntualmente, el filósofo vienés, en contados pero relevantes pasajes, lo acuña como un término que cuenta con mayor claridad para exponer cuestiones relacionadas con el significado y la comprensión

¹ WAISMANN, *How I see philosophy*, p. 42.

² Proyecto de investigación “Análisis de criterios judiciales. ¿Cómo determinan los jueces la graduación de la pena?”, PROIPRO 15-0118, SeCyT-UNSL.

de conceptos, por fuera del marco de una teoría figurativa o correspondentista del lenguaje, la cual critica abiertamente en la mencionada obra³. En términos muy generales, la noción de juego de lenguaje opera como un recurso para exponer cierta dimensión normativa de cualquier lenguaje –todo juego consiste en reglas o cosas que es correcto o incorrecto hacer– a la vez que conduce a pensar que solo desde un enfoque práctico se hace comprensible el hecho de hablar un lenguaje. En efecto, a este respecto WITTGENSTEIN articula la idea de juegos de lenguaje con la de “forma de vida” (*Lebensform*) precisamente para marcar la dimensión práctica o praxiológica del lenguaje humano tanto cuando se trata de oraciones que nos hacen desarrollar actos de habla como ordenar, obedecer, declarar o insultar como cuando se trata de actos de habla constatativos o afirmativos, en que la intención de los hablantes es describir el mundo.

¿Por qué es preciso, cabe interrogarse, apelar a la noción de formas de vida en el marco de preguntas tales como qué es comprender el significado de tal o cual concepto? Nuestra respuesta, que supone cierta lectura de *investigations*, es que hay un rol clave de la noción de formas de vida para brindar respuesta a diversas objeciones escépticas en torno del fundamento sobre el cual reposa la conformidad de una actitud hacia una regla que rige el uso de un concepto. La objeción escéptica formulada complejamente por SAUL KRIPKE es aquella que propone que no hay un fundamento semántico que explique la conformidad de un hablante a una regla lingüística cuando emplea correctamente un concepto⁴. Sin ese fundamento semántico, se supone, el hecho de significar resulta en un punto misterioso y sin un basamento objetivo; de hecho resulta infundado el hecho mismo de hablar de “emplea correctamente”. En respuesta a ello, delimitar el lenguaje dentro de un marco de prácticas es clarificador: frente a la duda de cómo es que empleamos un concepto de determinada manera en diversos contextos, en especial en contextos diferentes a aquellos en los cuales lo aprendimos, la respuesta es que dicha posibilidad de aplicación está regulada por prácticas sociales que constituyen una forma de vida. Esto es tal que, de no ajustarse nuestras actitudes lingüísticas a los criterios lingüísticos aceptables por una comunidad determinada, es la propia comunidad –no en nombre de un alguien específico, sino en la compleja trama de articulación de esas

³ Como sabemos, el propio WITTGENSTEIN sostuvo una teoría figurativa del lenguaje en *Tractatus logico-philosophicus*.

⁴ KRIPKE, *Wittgenstein: reglas y lenguaje privado*.

prácticas– la que advertirá del yerro obligándonos a ajustarnos correctamente al uso aceptado. Esto involucra, entre otras cosas, que la comprensión de un lenguaje necesariamente implica un involucramiento en un marco de prácticas sociales. Pensando en el lenguaje jurídico creemos que desatender el lenguaje ordinario limita considerablemente la capacidad que tiene el juez de decidir en casos dificultosos cuando la norma jurídica no basta. Si uno escinde el lenguaje jurídico del lenguaje ordinario, excluye la posibilidad de que la decisión judicial se justifique en una instancia ampliamente aceptada por la comunidad como es el lenguaje ordinario. Por el contrario, si lo acepta, cuenta con el apoyo de basar la decisión judicial y más ampliamente el derecho en un marco praxiológico que garantiza la objetividad del uso de conceptos, impidiendo, a la vez, la arbitrariedad. En trabajos posteriores es nuestra intención decir algo más fuerte todavía con relación a esto último: que la praxis jurídica es ininteligible, en su conjunto, por fuera del lenguaje ordinario⁵. Por lo pronto, es importante comprender la articulación entre criterios de uso, juegos de lenguaje y formas de vida. En lo que sigue debe entenderse esta compleja articulación al asignarle al lenguaje jurídico el estatus de juego de lenguaje. Dicho esto enumeramos los puntos sobre el posicionamiento de este trabajo a modo de tesis.

1) El objetivo de la filosofía es el análisis de nuestra estructura conceptual, del esquema conceptual con el que comprendemos el mundo. La idea de análisis conceptual sugiere una descomposición en partes simples de algo más complejo y un estudio de cómo estas partes se relacionan entre sí.

2) El derecho no puede no ser un lenguaje interpretado.

3) No hay un modo de “descubrir” cuál es la forma correcta de interpretar, sino modos posibles de conceptualizar un caso.

4) En función de los puntos precedentes 1 y 2, esta propuesta –la del lenguaje ordinario como esquema interpretativo– es una alternativa a los modos posibles de interpretación.

5) En función del punto 3, no siempre sería necesaria la remisión al lenguaje ordinario.

⁵ Agradecemos el señalamiento de explicitar y desarrollar la dependencia entre la noción de juego de lenguaje y la de formas de vida a ALEJANDRO TOMASINI BASSOLS. Ciertamente una es incomprensible sin la otra o al menos no se comprende, tomadas individualmente, cómo los criterios de uso pueden resolver algo con relación a los fenómenos jurídicos si no se enmarca el lenguaje jurídico en prácticas sociales reconocidas como tales por los miembros que las realizan.

6) La interpretación es parte constitutiva de la práctica jurídica y podría consistir en la apelación por parte del juez a criterios o reglas de uso ordinario cuando los criterios explícitos de una norma no resuelvan.

7) Respecto del punto 6, pensar en términos de criterios de aplicación de conceptos es asumir un compromiso con una determinada perspectiva semántica en particular, que es la perspectiva pragmática que sostiene que el uso define el significado y no al revés: no hay un significado preestablecido que defina los usos lingüísticos. A su vez, requiere asumir un compromiso con la mencionada noción de formas de vida dado que los usos lingüísticos –como lo señaló WITTGENSTEIN en sus *Philosophical investigations*– están justificados o validados por una dimensión de prácticas sociales que es precisamente referenciada como forma de vida, la cual tiene como característica ser compartida por una comunidad determinada. Para el caso del derecho este puede considerarse una forma de vida dado que hay un conjunto de prácticas que justifican el lenguaje jurídico expresado, entre otras situaciones, en los fallos jurídicos.

8) El término “criterio” tiene una ventaja para la praxis jurídica en la medida en que está relacionado con lo que hacen los jueces (lo cual expresa nuestro interés, siguiendo al pragmatismo jurídico, como punto de vista alternativo para los jueces).

Habiendo efectuado estas aclaraciones, a continuación, desarrollaremos algunos aspectos del lenguaje ordinario en lo que concierne a la noción de criterio y la utilización del lenguaje ordinario como un posible marco regulativo para la interpretación.

§ 2. LENGUAJE ORDINARIO

En primer lugar, es conveniente aclarar qué se entiende por lenguaje ordinario en este trabajo y diferenciarlo de lo que se concibe como “sentido común”.

Como *lenguaje ordinario* podemos señalar el conjunto de prácticas instituidas en una comunidad que básicamente actúa como un marco regulativo de carácter práctico, distinguiendo objetos, hechos, cuestiones valorativas, puntos de partida, etcétera. Una forma de identificarlo es el lenguaje al que introducimos a nuestros niños cuando están aprendiendo a hablar.

Por *sentido común*, en cambio, podríamos referirnos a lo que el epistemólogo NICHOLAS RESCHER denominó una “herencia cognoscitiva

diversificada”, es decir, un conjunto de enunciados, juicios valorativos varios –cuestionables algunos por un mínimo de entendimiento ético, por cierto–, que la comunidad comparte⁶. Se advierte que en el sentido común hay racismo, xenofobia, deseos de linchamiento o justicia por mano propia, entre otros.

En filosofía, G. E. MOORE fue reconocido por hacer una defensa del sentido común intentando, mediante este, resolver problemas como el del mundo externo. A este respecto, NORMAN MALCOLM –wittgensteniano sagaz y prudente– rompe con las ambiciones analíticas de MOORE al mostrar que sus intentos de apelar al sentido común producen oraciones sacadas totalmente de contexto e imposibles de ser dichas como solución a los problemas que él plantea. Como corolario del artículo de MALCOLM, queda la sensación de que el propio proyecto de una defensa del sentido común queda totalmente descaminado al menos a los efectos analíticos y de que es posible asociar el sentido común al lenguaje ordinario⁷. Nosotros estamos en desacuerdo con este último punto en lo que respecta a la posibilidad de acotar una zona del lenguaje que no necesariamente articula prácticas comunes a toda la comunidad y que claramente son rechazadas por el sano juicio de cualquiera que entienda de derecho.

Como es materia debatible, separamos el lenguaje ordinario de ciertos prejuicios negativos fuertemente enraizados en el sentido común característicos por ser claramente antidemocráticos. Es importante esta distinción, ya que de ninguna manera se asume que el sentido común define el contenido jurídico, sino que la pretensión es indicar el valor de ciertos usos de los criterios del lenguaje ordinario para orientar la praxis jurídica. De tal forma, es claro que el derecho no tiene obligación de refrendar el sentido común *in toto*. A diferencia del sentido común, que no es algo tan claro y a veces es contradictorio, el lenguaje ordinario es un marco regulativo que todos conocemos y usamos, una forma de vida, siguiendo al segundo WITTGENSTEIN. En el mismo sentido, desde el pragmatismo neohegeliano de BRANDOM, asume la tarea de identificar las reglas lingüísticas que rigen en una comunidad de hablantes discriminando usos correctos e incorrectos de nuestro lenguaje, el que básicamente está constituido por “prácticas sociales”⁸.

⁶ RESCHER, *Sistematización cognitiva*.

⁷ MALCOLM, *Defending common sense*, “The Philosophical Review”, vol. 58, nº 3, may. 1949, p. 201 a 220 (agradecemos la recomendación de este artículo, de nuevo, a TOMASINI BASSOLS).

⁸ BRANDOM, *Expressive Vernunft. Begründung, Repräsentation und discursive Festlegung*.

Cada acto de habla se correlaciona con una regla dentro del sistema de convenciones. Si consideramos que las disposiciones normativas se expresan mediante el lenguaje ordinario, y el lenguaje jurídico es un área de ese lenguaje ordinario, podemos decir que el lenguaje ordinario juega un papel importante para el derecho. El derecho, en tal medida, no está exento de los problemas semánticos del lenguaje ordinario, como la vaguedad. Si bien esta tiende a cerrarse, por las particularidades y la especificidad del derecho, por lo general hay una textura abierta en los conceptos jurídicos. Pero la vaguedad no es una característica exclusiva del lenguaje ordinario, sino de todo lenguaje interpretado. Cualquier lenguaje que inventemos va a tener vaguedad. TARSKI, por ejemplo, creyó que su célebre teoría de la verdad no podría aplicarse a un lenguaje formal por la inevitabilidad de la vaguedad o ambigüedad en cualquier lenguaje que no se exprese en términos de funciones, variables y cuantificación⁹.

Una forma de entender este punto de vista es diferenciar entre tres posibilidades de teorías interpretativas para el derecho, tres teorías semánticas, ya que lo que está en juego es el significado de los términos en el derecho positivo.

a) *SEMÁNTICA REALISTA O DE REFERENCIA DIRECTA*. Cree que el significado de ciertos términos está dado por su extensión explicitada en juicios estipulativos de la forma “F es Z” que “descubre” el derecho, con lo cual habría que aclarar mediante qué metodología se llevaría a cabo tal descubrimiento. En esta semántica realista, los elementos intencionales no tienen relevancia y el derecho refiere a entidades jurídicas que están en el mundo y que son accesibles por una capacidad particular de una metodología propia de la ciencia jurídica. Asimismo, se supone que nuestro lenguaje corriente no define el significado de los términos. HILARY PUTNAM fue el representante de esta teoría al sostener, contra todo mentalismo, que “los significados no están en la cabeza”¹⁰.

b) *SEMÁNTICA DECISIONISTA O CRUDAMENTE RELATIVISTA*. Reduce la fijación del significado de un término a la experticia de un juez en un momento determinado. Se trata de una interpretación según el criterio individual o personal del juez. Nos gustaría asociar esta imagen al soberano de la obra *Leviathan*, de HOBBS, quien decidía qué era

⁹ TARSKI, *The semantic conception of truth and the foundations of semantics*, “Journal of Symbolic Logic”, vol. 9, n° 3, 1944, p. 68.

¹⁰ PUTNAM, *Dreaming and depth grammar*.

lo justo y lo injusto. En este caso, la decisión es la única forma de detener la acusación de regreso de la interpretación de la norma. En alguna medida habría que aceptar que la arbitrariedad es parte de la interpretación jurídica, ya que no hay una referencia directa que defina el significado lingüístico. Se caería así en que el significado de los términos jurídicos está dado por el juez, quien sería el intérprete calificado –tal vez el último intérprete– capaz de decidir.

c) *SEMÁNTICA ORDINARIA*. Otorga el significado del derecho mediante los usos y el modo de funcionamiento del lenguaje ordinario. En este caso, el derecho formaría parte del lenguaje ordinario y la diferencia entre el derecho y el resto del lenguaje ordinario sería de especificación, pero básicamente nos encontraríamos frente al mismo fenómeno. Dicho de otra forma, se trataría de una diferencia en grados de generalidad.

En función de las alternativas propuestas, señalaremos algunas observaciones: 1) tiene numerosas dificultades lógicas y metodológicas para explicar el estatus de los juicios estipulativos de la extensión de un término. A diferencia de la fijación de términos propios de las ciencias naturales, la referencia de los términos legales no podría articularse con algún tipo de experimentación, hasta donde vemos. 2) Puede funcionar a riesgo de aceptar que la fundamentación de los jueces resulte incomprensible para la enorme mayoría de los mortales. Sin contar con que las personas estamos regidas por pasiones y que los jueces son personas que deberían estar sometidas a algún control a este nivel lógico-semántico. 3) Cuenta con la ventaja de proponer cierta objetividad, aun cuando resulte insuficiente para ciertos casos jurídicos. Es cierto que podría haber un término de cuya aplicación se dude, pero esta posibilidad de vaguedad es constitutiva de nuestras prácticas y no un defecto.

En conclusión, la interpretación jurídica podría consistir en la apelación por parte del juez a criterios o reglas de uso ordinario y a su vez a la referencia a usos corrientes, cuando se trate de términos de amplia aceptación social como dignidad al hablar de “vivienda digna”.

Lo importante para destacar del lenguaje ordinario es que este ofrecería un marco regulativo objetivo sobre los usos de los conceptos. Este es un hecho empírico conocido y compartido por una comunidad en la que el juez está inserto. Atribuir un significado a un término, sobre la base del uso que tiene en una convención lingüística. En este aspecto, siguiendo al segundo WITTGENSTEIN, para poder describir aquellas palabras o términos jurídicos que consideramos

problemáticos, necesitamos comprender cómo se aplican en los diversos contextos de uso y en las circunstancias del caso, cuando son aplicados en forma correcta¹¹.

No creemos que esta enumeración sea exhaustiva, pero provisionalmente nos parece atractiva para comenzar a pensar en una interpretación jurídica apropiada para nuestros jueces.

§ 3. *ACERCA DE LA NOCIÓN DE CRITERIO*

El término “criterio” es una palabra central en la filosofía del segundo WITTGENSTEIN y en la semántica pragmática¹². Como explica VERGARA, WITTGENSTEIN hizo más de una aplicación y uso de la noción de criterio en diferentes ámbitos como la filosofía del lenguaje, la filosofía de la mente y de la psicología, la filosofía de la lógica y de la matemática, el ámbito de la estética y la religión: “La noción de criterio [*Kriterium*], tal como se la entiende en una de sus acepciones corrientes, alude a ‘pauta’, ‘norma’, ‘principio’ o ‘patrón’¹³ y se introduce tempranamente en *Observaciones filosóficas* [...] a propósito del nexo entre el lenguaje y la acción (54), al considerar una cierta proposición general (106), al tratar los números irracionales (213) y al discutir el concepto de infinito en matemática, por citar algunos ejemplos.

En *Gramática filosófica* [...], se pregunta por el criterio por el cual diríamos que un sujeto comprende una palabra que refiere a un color (157) o al que nos atenderíamos para juzgar que algo es una proposición (219) o por el criterio de que alguien reconoce una cosa cualquiera (325) o los distintos criterios de igualdad entre números (697) o aun el criterio que distingue una generalización necesaria de una generalización accidental (847), también entre otros”¹⁴.

¹¹ WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, p. 314, 339 y 340.

¹² JULIA VERGARA da como ejemplo la explicación de WITTGENSTEIN en las conferencias de Cambridge de 1932-1935: “Si queremos precisar en qué difiere la gramática de las oraciones ‘Tengo una tiza en el bolsillo’ y ‘Tengo dolor de muelas’, una manera de hacerlo es pensar en los criterios que nos llevarían a decir si son o no verdaderas. Asimismo, respecto de dos oraciones, una en primera persona y la otra en tercera (‘Tengo dolor’ y ‘Él tiene dolor’), dice de la segunda que sería razonable preguntar cómo lo sabemos, pues los criterios que se aplican en este caso no se aplican en el primero, con la salvedad de que tenemos criterios para distinguir, entre quien verdaderamente sufre y quien solo simula” (cfr. VERGARA, *Wittgenstein y la noción de criterio*, tesis doctoral).

¹³ Noción de criterio que adoptaremos en este trabajo.

¹⁴ VERGARA, *Wittgenstein y la noción de criterio*, tesis doctoral, p. 21.

Como dijimos, una semántica pragmática parece insuficiente cuando se piensa que puede evitarse la ambigüedad al fijar términos, pero la textura abierta es inevitable cuando hay significados y esto es un aspecto constitutivo del lenguaje. Las características de vaguedad y ambigüedad de nuestros conceptos ordinarios forman parte de la naturaleza de los conceptos. Y esto no tiene que ver con la imposibilidad de fijar verdades conceptuales acerca del significado de un término, sino con la experiencia, que siempre presenta mayores complejidades que la regla. En este punto nos gustaría traer a colación a KANT en sus primeros párrafos de *Principios metafísicos del derecho*, cuando separa “metafísica del derecho” de “praxis jurídica empírica”: “puesto que el concepto de derecho como un concepto puro está, sin embargo, enfocado hacia la praxis (a la aplicación a los casos que se presentan en la experiencia) y por tanto, un sistema metafísico del mismo tendría que atender también, en su división, a la multiplicidad empírica de los casos, para completar la división [...] y puesto que la división de lo empírico es imposible [...] cuando (esto) se intenta (al menos aproximadamente), tales conceptos no pueden entrar como partes integrantes del sistema, sino solo como ejemplos en las observaciones [...] porque con respecto a los casos de aplicación, únicamente puede esperarse aproximación al sistema y no el sistema mismo”¹⁵. En este sentido, la aplicación de conceptos no puede ser inferida a partir de una regla formalizable, tal como WITTGENSTEIN y KRIPKE lo mostraron en la cuestión sobre seguir una regla¹⁶, no debe resultar un problema, sino un dato fenomenológico de cualquier lenguaje interpretado¹⁷.

¹⁵ KANT, *Principios metafísicos del derecho*, p. 5.

¹⁶ WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*; KRIPKE, *Wittgenstein: reglas y lenguaje privado*. Es interesante señalar que, pese a las críticas de KRIPKE desde la “paradoja escéptica” y la imposibilidad de que alguien sepa de lo que está hablando, destaca la sustitución de WITTGENSTEIN de la semántica realista del *Tractatus* –condiciones de verdad– por un enfoque antirrealista del significado –condiciones de aseveración–. En este aspecto, VERGARA expresa que el punto de inflexión tiene lugar cuando se pregunta por las circunstancias en las que es lícito emitir una afirmación y por la utilidad que ella cumple en nuestras vidas, en vez de preguntar por la condición o hecho del mundo que debería darse para que la oración sea verdadera. Con esa maniobra se abre un espacio para pensar una salida, pues finalmente: “La solución gira en torno a la idea de que otros puedan comprobar lo que cada persona sostiene al afirmar que está siguiendo una regla” (cfr. VERGARA, *Wittgenstein y la noción de criterio*, tesis doctoral).

¹⁷ Por otro lado, uno puede compartir requisitos con un sistema formal, de rigor, discriminación de significados, reglas explícitas, casuística, que no haya contradicción entre principios. No es incompatible partir del lenguaje ordinario y luego

Según STANLEY CAVELL, las personas somos falibles, por lo que es muy difícil un conocimiento cierto, tal como planteaban los empiristas clásicos sobre un conocimiento ideal incorregible¹⁸. CAVELL –criticando a NORMAN MALCOLM– dice que los criterios en WITTGENSTEIN son criterios de identificación, pero no garantizan existencia, no establecen certeza, no tienen por función la de verificar un enunciado¹⁹. Podría darse el caso, digamos, que una correcta aplicación de criterios produzca un enunciado falso. Por ejemplo, los criterios que tengo para identificar un pájaro como pájaro me sirven para identificar pájaros, por lo general reales. Puede haber un pájaro que dibujen mis hijos. Se trata de un pájaro, pero es ficticio. Podría suceder que a la distancia vea un pájaro con los criterios que tengo y aplique correctamente el concepto, pero resulta que es un pájaro embalsamado y no me había dado cuenta. Por ejemplo, alguien podría considerar un caso de homicidio como femicidio o con un agravante determinado, pero después algo revele que no lo era. Y la ausencia de esa revelación al momento de juzgar no convierte la aplicación del concepto en disputa en incorrecta, sino que demuestra la naturaleza de los criterios que en ningún caso garantizan certeza absoluta. También resulta conveniente señalar la diferencia que realiza WITTGENSTEIN en *El libro azul* sobre “criterios” y “síntomas”²⁰. Al examinar la gramática de la palabra “conocer”, para evitar ciertas “confusiones elementales” acerca de la pregunta “¿cómo sabe usted que sucede tal y tal cosa?”, WITTGENSTEIN distingue entre una respuesta basada en criterios y una basada en síntomas. No debe confundirse regularidades empíricas (síntomas) con vínculos conceptuales (criterios). Mientras los síntomas se refieren a regularidades empíricas, mediante la observación y método inductivo, en cambio, los criterios se basan en las convenciones, haciendo explícita la relación gramatical. Una convención determina si es correcta la aplicación del concepto, conforme a los usos que hace de él una comunidad lingüística, es decir, una forma de vida. En este sentido, la noción de criterio facilita esta concordancia entre un uso conforme a una convención. Todos los individuos, incluidos los jueces, forman parte de esa forma de vida

formalizar la utilización de los criterios, pero sin lenguaje ordinario sería muy difícil interpretar cotidianamente el conjunto de casos que se presentan para resolver.

¹⁸ CAVELL, *Criteria and judgement. The claim of reason. Wittgenstein, skepticism, morality and tragedy*.

¹⁹ CAVELL, *Criteria and judgement. The claim of reason. Wittgenstein, skepticism, morality and tragedy*, nota 25.

²⁰ WITTGENSTEIN, *The blue and brown books*.

que es el lenguaje. Esto es, básicamente, aceptar si el uso que un individuo hace de un concepto concuerda con el uso que le dan los demás. Sirve tanto para cosas observables (esto es un pájaro) como no observables (cuestiones psicológicas como “él tiene dolor de cabeza”), donde observamos su conducta y circunstancias que rodean su expresión –hacemos una descripción lingüística de ellas– para lograr el consenso. En uno u otro caso, necesitamos los criterios para la concordancia convencional.

Para concluir, entre criterios y una actividad (interpretar, hablar, leer) hay un nexo gramatical y normativo. Los criterios como patrón o regla de utilidad pública permiten evitar la ambigüedad subjetiva. Sin los criterios, no habría forma de diferenciar, se sigue la regla del caso o se cree que se la sigue.

§ 4. *SU APLICACIÓN AL DERECHO*

La relación que uno puede hacer entre la filosofía de WITTGENSTEIN y la teoría del derecho no es nueva. En este sentido, podemos destacar contemporáneamente el trabajo de DENIS PATTERSON²¹ y la obra de un clásico como HART a partir de la influencia de AUSTIN, quien a su vez sigue la concepción filosófica del segundo WITTGENSTEIN en lo que se refiere al análisis del lenguaje ordinario. En este sentido, GREGORIO ROBLES señala que “síntomas de esta actitud de seguimiento de la filosofía del lenguaje ordinario serían la actitud crítica de HART hacia el modo tradicional de definir (basado en la diferenciación entre género próximo y diferencia específica), su tesis de la porosidad de los conceptos jurídicos (que sería una consecuencia de la porosidad del propio lenguaje) y su escapismo a la hora de enfrentarse ante el concepto del derecho”²².

Partiendo de la propuesta de entender la actividad de interpretación en términos de criterios, uno podría distinguir entre criterios legales que ofrece la disposición normativa, pero por otro lado criterios que a modo de pautas permitirían asignar el uso de un término o la aplicación de una norma al caso. En esta segunda acepción, los criterios son los medios de juicio que permiten reunir la norma con el caso particular. La distinción entre criterios y pautas permite diferenciar

²¹ Cfr. PATTERSON, *Wittgenstein and legal theory*. En español se recomienda la obra de NARVÁEZ MORA, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*.

²² ROBLES, *Hart: algunos puntos críticos*, “Doxa”, n° 21-II, 1998, p. 375.

distintos aspectos de la interpretación. Por un lado, los elementos normativos que ofrece la norma (criterios explícitos) y, por otro, el modo de ajustar la aplicación de la norma al caso concreto (pautas).

Conforme a esta distinción, las pautas serían los modos mediante los que jueces tratan de resolver los problemas de aplicabilidad de una ley. Las pautas aparecen como criterios no implícitos, como reglas de interpretación. El lenguaje ordinario podría ofrecer estas pautas de acuerdo al uso del término y determinar qué significado tiene dentro de una disposición normativa y su aplicabilidad a un caso concreto.

Los criterios constituyen guías que contribuirían a resolver algunos casos específicos o a especificar la norma. Por supuesto, no pueden resolver todos los casos, pero el desarrollo de los criterios contribuye a la aplicación del estándar. Cuando un legislador introduce nuevos términos en la ley, hace una descripción política de un problema, pero no piensa en casos específicos. El legislador no piensa en términos de criterios. Una cosa es pensar en un concepto político, cuya orientación es tener el mayor grado de generalidad posible, y otra es pensar en criterios para aplicar conceptos donde uno tiene que ser restrictivo.

Con esto se podría decir que entre la teoría política y la filosofía del derecho hay una tensión (no lo contrario), hay diferentes fines.

En este sentido, entendemos que un criterio nunca podría hacer justicia a un concepto político. Además, un concepto político no tiene que resolver nada, a diferencia de un concepto jurídico que participa en la resolución de un caso específico.

Es importante diferenciar que una cosa es introducir un concepto en una regla y otra, aplicarlo en una decisión.

§ 5. *CRÍTICAS*

Si bien al comienzo del trabajo efectuamos la diferencia entre lenguaje ordinario y sentido común, un primer aspecto que debemos considerar es hasta qué punto el empleo del lenguaje ordinario para determinar el significado de un término jurídico no afecta el principio de legalidad. ¿En qué medida una interpretación es “correcta” o “justificada” sobre la base de los usos del lenguaje? ¿Cómo definimos “correcto” o “justificado” desde una perspectiva semántica?

En este sentido, MONTIEL FERNÁNDEZ, respecto al principio de legalidad, expresa que “semejante uso de las palabras tiene consecuencias

institucionales dramáticas, dado que se produce una anulación escasamente perceptible (pero palmaria) del principio de sujeción del juez a la ley. Muchas veces la fabricación de reglas del habla *ad hoc* representa una estrategia para resolver un caso según el subjetivismo del juez y no según el parámetro externo que impone la legislación”²³.

Esta objeción sobre la base del principio de legalidades respetable, por cierto, por la incertidumbre jurídica que podría generar la utilización de reglas *ad hoc* para un caso específico. La utilización de los criterios acerca del uso del lenguaje no tiene por finalidad agregar elementos extranormativos a una disposición normativa, lo cual sería una grave violación al principio de legalidad, sino esclarecer u otorgar claridad a aquellos términos cuyo contenido semántico no esté del todo claro y el ordenamiento jurídico no ofrezca criterios de orientación sobre la aplicación de un término. Frente al particularismo o subjetivismo del intérprete, la objetividad que presentan las reglas del lenguaje ofrece un marco de mayor certidumbre y además puede ser constatada empíricamente.

Por supuesto que hay términos específicos definidos por una convención lingüística de una disciplina científica. En estos supuestos, la convención de esta disciplina proporciona los criterios para darle significado al término.

No obstante, en algunas ocasiones los jueces han preferido aplicar el término de otra manera. En el año 2010, un tribunal de la provincia de Mendoza consideró que una joven –que estaba internada por haber recibido un disparo y respecto de la cual los médicos habían declarado la muerte cerebral– había muerto por la ablación de órganos efectuada por los familiares y no por el disparo²⁴. Esto trajo como consecuencia el cambio de carátula para el imputado de homicidio culposo a lesiones gravísimas. El argumento del tribunal fue que “ontológicamente” todavía había persona. Este criterio subjetivo para aplicar el concepto de muerte al caso específico no se correspondía con la convención lingüística de la ciencia sobre el concepto de muerte y adoptado por la ley 24.193 sobre trasplantes de órganos y tejidos.

Este es un ejemplo en el que la remisión al lenguaje ordinario no hubiera despejado ninguna duda, ya que en una comunidad por

²³ MONTIEL FERNÁNDEZ, *Estructuras analíticas del principio de legalidad*, *InDret*, 1/2017, p. 26.

²⁴ C5ªCrim Mendoza, 18/8/2010, “Ahumada Núñez, Oscar A.”, expte. 201008/18. Cfr. GORRA, *Un fallo de ontología. ¿Cuándo muere una persona?*, *LLGC*, 2010-835.

diversos motivos de índole moral o religiosa no hay un acuerdo sobre la aplicación del concepto de muerte. El análisis conceptual de un lenguaje técnico como el derecho o una ciencia en particular y el lenguaje ordinario hace explícito el entramado y las relaciones de los conceptos entre sí, es decir, los “juegos del lenguaje”. Esto no puede analizarse en forma aislada. Conocer la estructura de los conceptos es fundamental para su aplicabilidad.

§ 6. **CONCLUSIONES**

No es nuestra intención crear o proponer una teoría retórica del consenso sobre los usos del lenguaje y aplicarlo al derecho, ni mucho menos pretender una teoría sobre los usos correctos que derive en una teoría sobre la forma correcta o verdadera de interpretar la ley. Tampoco desconocer el aspecto valorativo del intérprete, ya que en muchos casos el lenguaje ordinario no es preciso, por lo que en definitiva depende de una decisión valorativa. La propuesta es ofrecer herramientas conceptuales que contribuyan a los intérpretes del derecho a resolver problemas de la práctica jurídica en materia de interpretación. El uso del lenguaje ordinario –juegos de lenguaje– en el que una norma es formulada es un aspecto básico para comprender el contenido semántico de una disposición normativa. En aquellos casos en que el mismo ordenamiento jurídico no ofrezca criterios que permitan dilucidar el contenido de un término con textura abierta o evitar que la decisión del intérprete dependa de niveles más abstractos, la regularidad del lenguaje ordinario podría ofrecer un marco objetivo para la aplicabilidad de un término a un caso específico. Esta pretensión de objetividad puede ser constatada empíricamente porque depende de las convenciones lingüísticas. En este sentido, los criterios pueden constituir una herramienta metodológica frente a términos que presenten textura abierta. Al mismo tiempo, permiten identificar el vínculo conceptual desde el punto de vista gramatical como un aspecto normativo del concepto. Asimismo, poner de manifiesto la objetividad de nuestros juegos del lenguaje y en este aspecto contribuir a la reducción de la indeterminación semántica o particularismo del intérprete en épocas en que el lenguaje normativo tiende a ser más complejo e impreciso. En este sentido, creemos que la tradición analítica basada en el análisis conceptual es más eficaz para hacer explícita la estructura de los conceptos jurídicos y la conexión con la estructura del lenguaje ordinario en la que se desarrollan.

BIBLIOGRAFÍA

- BRANDOM, ROBERT B., *Expressive Vernunft. Begründung, Repräsentation und discursive Festlegung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2000.
- CAVELL, STANLEY, *Criteria and judgement. The claim of reason. Wittgenstein, skepticism, morality and tragedy*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- KANT, IMMANUEL, *Principios metafísicos del derecho*, trad. G. LIZARRAGA, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1873.
- GORRA, DANIEL, *Un fallo de ontología. ¿Cuándo muere una persona?*, LLGC, 2010-835.
- KRIPKE, SAUL, *Wittgenstein: reglas y lenguaje privado*, trad. A. TOMASINI BASSOLS, México, Unam, 1989.
- MALCOLM, NORMAN, *Defending common sense*, “The Philosophical Review”, vol. 58, n° 3, may. 1949, p. 201 a 220.
- MONTIEL FERNÁNDEZ, JUAN P., *Estructuras analíticas del principio de legalidad*, *InDret*, 1/2017, p. 1 a 48.
- NARVÁEZ MORA, MARIBEL, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- PATTERSON, DENIS M., *Wittgenstein and legal theory*, Boulder, Westview Press, 1992.
- PUTNAM, HILARY, “Dreaming and ‘depth grammar’”, en PUTNAM, HILARY, *Mind, language and reality. Philosophical papers*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975.
- *Mind, language and reality. Philosophical papers*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975.
- RESCHER, NICHOLAS, *Sistematización cognitiva*, trad. C. F. LUIS, México, Siglo Veintiuno, 1981.
- ROBLES, GREGORIO, *Hart: algunos puntos críticos*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 21-II, 1998, p. 371 a 402.
- TARSKI, ALFRED, *The semantic conception of truth and the foundations of semantics*, “Journal of Symbolic Logic”, vol. 9, n° 3, 1944, p. 68.
- VERGARA, JULIA, *Wittgenstein y la noción de criterio*, tesis doctoral, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 2005.
- WAISMANN, FRIEDRICH, *How I see philosophy*, London, MacMillan, 1968.
- WITTGENSTEIN, LUDWIG, *Investigaciones filosóficas*, trad. A. GARCÍA SUÁREZ y U. MOULINES, 4ª ed., Barcelona, Crítica, 2008.
- *The blue and brown books*, Oxford, Basil Blackwell, 1979.
- *Tractatus logico-philosophicus*, trad. J. MUÑOZ VEIGA - I. REGUERA PÉREZ, 3ª ed., Madrid, Alianza, 2012.