



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO**

JUSTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURÍDICAS DESDE EL DERECHO COMO ARTE, COMO  
LITERATURA Y COMO HERMENÉUTICA

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:  
MAESTRA EN DERECHO

PRESENTA:

**ANAHI JOAHNA VÁZQUEZ CHAIREZ**

TUTOR:

DR. NAPOLEÓN ROSARIO CONDE GAXIOLA  
POSGRADO EN DERECHO / IPN

CIUDAD UNIVERSITARIA, CDMX, ENERO, 2023



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



## **Agradecimientos a:**

Dios, por su compañía.

Rosa Velia y Rafael, mis padres, por su inmenso amor y esfuerzo, porque los amo, les debo lo que soy y sin ellos esto no sería posible.

Carlos, mi compañero de aventuras y el amor de mi vida, por todo su apoyo y por nuestro caminar juntos.

Mis hermanos, por ser mis compañeros de la infancia y por el amor que les tengo.

Mis abuelos, que siempre me mostraron su amor y ternura.

Mis tíos, por su granito de arena constante para lograr mis metas.

Mis sobrinos, por la alegría de tenerlos.

Mis primos, por su hospitalidad y apoyo.

Luis, Martín, Esperanza, Efrén, Amelia y Normita, quienes han partido hacia un largo viaje, pero antes me dejaron infinidad de amor y enseñanzas.

Mi país, por la gratuidad de la educación.

Mis maestros y asesores Napoleón Rosario Conde Gaxiola y José Calvo González, por sus semillas de conocimiento.

La Universidad Autónoma de Zacatecas mi alma máter y a la Universidad Nacional Autónoma de México mi más hermoso sueño.

La familia de Carlos, por su siempre amable recibimiento y hacerme parte de su familia.



## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO PRIMERO. DEL MARCO TEÓRICO: .....	8
1.1 Introducción .....	8
1.2. Conceptos del derecho a través de la historia .....	8
1.2.1. Ius naturalismo.....	9
1.2.2. Ius positivismo.....	11
1.2.3. En la actualidad.....	14
1.3. Mi concepción del derecho.....	17
1.4. Conceptos básicos y antecedentes entre el arte y el derecho .....	18
1.5. Conceptos básicos y antecedentes entre la literatura y el derecho .....	22
1.6. Conceptos básicos y antecedentes entre la hermenéutica y el derecho.....	25
1.7. Antecedentes básicos de las resoluciones jurídicas y su justificación a través de la historia.....	32
1.8. Adhesión teórica y metodológica para el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica.....	37
Bibliografía.....	46
CAPÍTULO SEGUNDO. EL DERECHO COMO ARTE.....	49
2.1. Introducción .....	49
2.2. Generalidades y principios del derecho como arte .....	49
2.3. Estética y hermenéutica en el derecho como arte .....	54
2.4. El derecho como arte en su relación con el conocimiento .....	60
2.5. El derecho, el arte y la interpretación jurídica.....	63
2.6. Del arte para el derecho como arte .....	71
2.6.1. Sensibilidad-sensibilización.....	71
2.6.2. Creatividad.....	73
2.6.3. Proporción- armonía- composición y ritmo .....	76
2.6.4. Crítica .....	79
2.6.5. Belleza, disfrute, goce y placer .....	81
2.7. Conclusión .....	82
Bibliografía .....	82
CAPÍTULO TERCERO. DERECHO COMO LITERATURA.....	87
3.1. Introducción .....	87



3.2.	Generalidades del derecho y la literatura .....	88
3.3.	Conflictos y aciertos entre derecho, moral y literatura .....	91
3.4.	El derecho como literatura en relación con el conocimiento .....	100
3.5.	El derecho como literatura en la interpretación jurídica .....	103
3.5.1.	Histórico y antropológico .....	106
3.5.2.	Económica y político .....	107
3.5.3.	Social .....	109
3.5.4.	En valores y principios .....	110
3.6.	De la literatura para el derecho como literatura .....	112
3.6.1.	Ponerse en otro lugar .....	113
3.6.2.	Capacidad de juicio .....	116
3.6.3.	Imaginación .....	117
3.6.4.	Sensibilidad .....	119
3.7.	Conclusión .....	121
	Bibliografía .....	1214
	<b>CAPÍTULO CUARTO DERECHO COMO HERMENÉUTICA .....</b>	<b>127</b>
4.1.	Introducción .....	127
4.2.	Generalidades del derecho y la hermenéutica .....	128
4.3.	Elementos: autor, texto, lector y receptor .....	131
4.4.	Derecho como hermenéutica en su relación con el conocimiento .....	134
4.5.	Derecho como hermenéutica y la interpretación .....	137
4.6.	De la hermenéutica al derecho como hermenéutica .....	143
4.6.1.	Comprensión .....	144
4.6.2.	Contextualidad .....	153
4.6.3.	Tradición e innovación .....	155
4.6.4.	Dialogo .....	157
4.7.	Conclusión .....	159
	Bibliografía .....	159
	<b>CAPÍTULO QUINTO. JUSTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURÍDICAS DESDE EL DERECHO COMO ARTE, COMO LITERATURA Y COMO HERMÉNEUTICA .....</b>	<b>163</b>
5.1.	Introducción .....	163
5.2.	La justificación de las resoluciones jurídicas: fundamentación y motivación .....	164
5.3.	Fundamento constitucional .....	170
5.4.	Criterios actuales para la justificación de las resoluciones jurídicas .....	171
5.5.	Problemática actual en la justificación .....	180



5.6. Características de la justificación de las resoluciones jurídicas desde el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica .....	182
5.6.1. Creativa .....	183
5.6.2. Proporcional y armónica .....	184
5.6.3. Con adecuada composición y ritmo .....	185
5.6.4. Crítica .....	186
5.6.5. De sensatez entre subjetividad-objetividad y mediadora de prejuicios .....	188
5.6.6. Disfrutable y gozosa .....	190
5.6.7. Empática y sensible .....	191
5.6.8. Contextual.....	193
5.6.9. Consciente entre la tradición y la innovación .....	194
5.6.10. Dialógica .....	195
5.7. Efectos.....	197
5.8. Conclusión .....	204
Bibliografía.....	204
CONCLUSIONES .....	210
COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS .....	212
PROPUESTAS .....	212



## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene la finalidad de explicar la idoneidad jurídica de concebir al derecho como arte, como literatura y como hermenéutica en su aplicación a la justificación de las resoluciones jurídicas. Esto tiene íntima relación, se fundamenta y contribuye a la observancia de los artículos constitucionales 1, 14, 16 y 17 en lo referente a que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; una sentencia definitiva en materia civil, será conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho; se proteja el derecho a una debida fundamentación y motivación de las resoluciones y se administre justicia por tribunales expeditos para impartirla, quienes emitirán sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

En este recogen los elementos y características sobresalientes del arte, la literatura y la hermenéutica que favorecen la labor del derecho en la interpretación, comprensión, argumentación y justificación. La elección de estas se debe a que las tres tienen como enfoque, objeto de estudio o realizan recurrentemente actividades de interpretación, argumentación y emisión de críticas, las cuales son tareas constantes en el derecho, además porque presentan elementos que hacen falta en las actividades jurídicas como la imaginación y creatividad, por mencionar algunas.

Para lo anterior, se acoge el sintagma “como”, que determina el enfoque desde el que será retomado el derecho, lo que traduce en asemejarlo con el arte, la literatura y la hermenéutica y sus efectos en las resoluciones; no como perfecta identidad, sino, como semejanza en lo que beneficie a su tarea resolutoria. Esta perspectiva resulta ser favorecedora desde la adopción de teorías interdisciplinarias y al recoger elementos de disciplinas con tareas afines, que han sido ignoradas por una aparente oposición con el derecho. Es así como, recogemos e interpretamos los elementos del arte, la literatura



y la hermenéutica que coadyuven en la actuación del derecho al resolver desde sus fines ontológicos.

El tema, además de tener justificación en la búsqueda de nuevas alternativas de eficacia de los artículos antes referidos, también la tiene a causa del apego aún arraigado por la subsunción de las normas al momento de resolver, lo cual no siempre beneficia a quien recibe el derecho y en algunos casos esto implica incongruencia, ilegalidad y descontextualización. Por esta razón, se ha hecho necesario cambiar la actuación del y en el derecho al momento de resolver hacia una visión más allá de la legalidad, de la connotación de derecho solo como ley y en rescatar la esencia desde su función de orden, armonía social y regulación ordenada de los intereses de las personas.

Las teorías retomadas para esta investigación son: la teoría hermenéutica analógica de Mauricio Beuchot, la teoría hermenéutica de Gadamer y la teoría literaria de José Calvo. Y como métodos para constatar la hipótesis planteada los métodos dialéctico, hermenéutico y comparativo. Se desarrolla en cinco capítulos: marco teórico, el derecho como arte, el derecho como literatura, el derecho como hermenéutica y justificación de las resoluciones jurídicas desde el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica, además contiene conclusiones y una propuesta final.

El primer capítulo tiene como finalidad describir los objetos de estudio del presente trabajo, como es el derecho desde las principales corrientes *ius naturalista e ius positivista* del derecho, para establecer un concepto propio de derecho; su relación con el arte, la literatura y la hermenéutica, así como de las resoluciones jurídicas y su justificación. Además, contiene un apartado donde se explica y justifica las teorías adoptadas.

En el segundo capítulo se exponen las generalidades del derecho como arte, se desarrolla su relación con el conocimiento, con la estética y con la interpretación



jurídica, para determinar la idoneidad de la unión. Y finalmente, se concretan los elementos y características que el arte puede proporcionar en beneficio del derecho.

Por otra parte, en el tercero se exponen las generalidades del derecho como literatura, se desarrolla su relación con el conocimiento, con la moral y con la interpretación jurídica, para determinar la idoneidad de la unión para concretar los elementos y características que la literatura proporciona en beneficio del derecho.

Para el cuarto capítulo, se exponen las generalidades del derecho como hermenéutica y su relación con el conocimiento y la interpretación para también determinar la idoneidad de la unión. Después, se concretan los elementos y características que la hermenéutica proporciona en beneficio del derecho.

Por último, en el capítulo quinto se analizan los criterios actuales utilizados para la motivación y fundamentación de las resoluciones jurídicas y la problemática actual en dicha tarea; se aplican las características y elementos retomados desde el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica a la justificación de las resoluciones jurídicas y se señalan los beneficios que la unión trae a la justificación de las resoluciones jurídicas desde las principales tareas del derecho.

Todo lo anterior, busca resolver el planteamiento del problema que se desglosa desde las siguientes interrogantes: ¿Es idóneo concebir al derecho como arte, como literatura y como hermenéutica? ¿Es una propuesta eficaz para la justificación de las resoluciones jurídicas?

Finalmente, la hipótesis a comprobar es, si es idónea la concepción del derecho como arte, como literatura y como hermenéutica, y su aplicación en la justificación de las resoluciones jurídicas.



## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **DEL MARCO TEÓRICO**

#### **1.1 Introducción**

La propuesta del primer capítulo tiene cuatro objetivos específicos, el primero es puntualizar sobre las principales corrientes *iusfilosóficas* y conceptos de derecho que han influido en las definiciones actuales de este, para de ahí elaborar un concepto propio de derecho el cual conduzca la presente investigación y defina la propuesta del derecho como arte, como literatura y como hermenéutica. Un segundo objetivo es presentar los antecedentes teóricos más sobresalientes sobre el estudio entre el derecho, el arte, la literatura y la hermenéutica, para determinar el punto de partida del cual se aborda nuestro estudio del derecho y de ahí conducirlo desde el sintagma “como”. Después, se acotará la función de las resoluciones jurídicas y su motivación en el derecho. Y como último, se delimitan las teorías que son compatibles con los objetivos de esta investigación, de las cuales se retoman los presupuestos que beneficien al derecho desde su concepción de derecho como arte, como literatura y como hermenéutica y su aplicación en la motivación de las resoluciones jurídicas; así también los métodos aplicados a esta tesis, que en su conjunto llevan a la demostración de la hipótesis.

#### **1.2. Conceptos del derecho a través de la historia**

Es un lugar común pero necesario comenzar definiendo nuestros objetos de estudio y es claro que esta actividad favorece a toda investigación, especialmente cuando nos encontramos con infinidad de definiciones según con cada corriente teórica existente. De esta forma, es relevante dedicar un espacio para esta actividad porque aquí nos encontramos con el origen del derecho desde las corrientes epistemológicas, teorías e ideologías que le permitirán guiar su investigación con la más a fin a nuestros objetivos.



En derecho han surgido corrientes filosóficas-jurídicas que buscan acercarse a la mejor concepción del derecho así, se han realizado diversos conceptos que representan lo que es y lo que este debe ser en la realidad. Dentro de estas concepciones se ha buscado que el derecho nos signifique, lo entendamos, sea de utilidad social; logre recuperar la convivencia y el equilibrio, que sea fiel a la justicia; transforme relaciones, forme sociedades, controle el poder y oriente conductas, tal como veremos a continuación.

### 1.2.1. Ius naturalismo

En la corriente filosófica llamada iusnaturalismo surgió el llamado derecho natural, que se ha desarrollado en un sistema de pensamiento de corte normativista, es decir, que concibe a la moral y el derecho como un conjunto de normas<sup>1</sup>. El iusnaturalismo o derecho natural muestra su esencia desde tres posturas o teorías principales: desde un concepto de la naturaleza, de la teleología y desde la razón.

La primera muestra al derecho como lo dado, lo establecido por la naturaleza y aquello que se encuentra fuera de cualquier valoración crítica o cambio humano. Ulpiano menciona: “el derecho natural es eso que enseña la naturaleza de todo ser viviente”.<sup>2</sup> Este derecho pertenece a la propia naturaleza del ser humano por el hecho de serlo, así cualquier conducta se encuentra justificada mediante el derecho que la naturaleza da.

Desde el concepto teleológico el derecho natural es el señalado por un ser supremo, todo poderoso y omnipotente que instituye el poder a algunos para manifestar su voluntad. Los seres humanos para lograr la felicidad, virtudes, la paz interna y las bienaventuranzas necesitan de la guía de las normas divinas por ser perfectas y de la

---

<sup>1</sup> García Huidobro, Joaquín, *Filosofía y Retórica del Iusnaturalismo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ, 2002, p. 118

<sup>2</sup> Rojas Amandi, Víctor, *Filosofía del derecho*, México, Oxford, p. 260



concepción del derecho natural de la razón, o *recta razón*, se tiene la capacidad de guiar y transformar la conducta hacia el bien individual y social, como señala Kant mediante su imperativo categórico, el ser humano “por su sola razón sabe lo que debe hacer, pues el ser racional se da a sí mismo los mandatos de la moralidad”,<sup>3</sup> a través de la grandiosa arma de la razón tiene la más amplia capacidad de conducir su vida. De este modo, la concepción del derecho natural de forma aislada o conjunta se derivó de la naturaleza o de la divinidad, pues la razón también devenía de la naturaleza del ser humano y que fue incluida por dios.

Respecto al método del iusnaturalismo “lo natural se asimila a lo empírico, a lo fáctico o a lo originario (...), se funda la moral en la naturaleza (...)”<sup>4</sup>, su método fue considerado como aquel que pretende dotar de objetivo lo subjetivo de los presupuestos morales, por esto se pensó inadecuado para el ámbito del derecho, por no contener un rigor metodológico que debe constituir a toda ciencia. De este modo, una de sus debilidades radica principalmente en la flexibilidad y carencia de un método idóneo, pues ello hace que el derecho sea antepuesto por elementos divinos, naturales, morales o políticos, considerándose por tal un sistema inacabado.

Es importante resaltar que, en la actividad judicial, significa para los positivistas introducir lo impredecible, el capricho, la parcialidad, la voluntad de quienes juzgan, la inexistencia certeza jurídica, objetividad, formalidad y legalidad en la decisión judicial, pues la valoración es una acción predominante en esta corriente.

Pese a lo anterior, las benevolencias que podemos señalar de esta corriente son: que busca que ciertos criterios de justicia valgan más allá de la ley vigente declarada como válida por un grupo de personas, busca apostar sobre el principio en favor del ser humano, de su dignidad, libertad y trascendencia, comenzando por los débiles,<sup>5</sup> se

---

<sup>3</sup> Macintyre, Alsdair, *Historia de la ética*, España, Paidós, p.189

<sup>4</sup> Huidobro, *Op. Cit.*, p. 117.

<sup>5</sup> *Ídem*



incluyen elementos que están íntimamente relacionados con el derecho y que no son limitados por un determinado grupo de personas, ayuda a que la democracia no se convierta en decisiones despóticas e injustas.

Finalmente, podemos concluir que a pesar de que el iusnaturalismo conlleva ciertas deficiencias metodológicas y fácticas, su importancia para este trabajo radica en la búsqueda de una adecuada regulación jurídica de la sociedad, especialmente por la salvaguardia que proponen por los derechos humanos. Y que si bien, no son determinantes sus presupuestos sí podemos recoger elementos muy acertados para en la actualidad reorganizar y pensar el derecho bajo una visión menos legalista que contemple los beneficios aportados por esta corriente filosófica- jurídica.

### **1.2.2. Ius positivismo**

La segunda corriente, es el llamado positivismo en las ciencias sociales, que podemos concebirlo a partir de las ideas del sociólogo francés Augusto Comte mediante la física social, la cual es el estudio positivo del conjunto de leyes fundamentales propios de los fenómenos sociales (...), las posibilidades de elaborar la ciencia social a la manera de las ciencias positivas (...)<sup>6</sup> de ahí es acuñado el término para la ciencia jurídica. De este modo, el positivismo jurídico es una corriente del positivismo sociológico y filosófico, que busca mediante la ciencia del derecho conocer el derecho positivo y en donde el elemento principal a tomar en cuenta es la validez misma.

Hablar de positivismo jurídico no resulta tarea fácil, ya que de este se derivan diferentes teorías que a lo largo de la historia han permeado en la construcción del conocimiento del derecho, dado que el positivismo clásico hace varias décadas fue transformado por no cumplir con la función primordial del derecho. No obstante, es una corriente que con transformaciones significativas sigue dando mucho de qué hablar y aún tiene presupuestos idóneos de su lado.

---

<sup>6</sup> Augusto Comte, *Positivismo*, México, Porrúa, 2006, p. 62-63.



Algunos filósofos jurídicos han dividido a esta corriente en positivismo y no positivismo, donde la principal diferencia tomada por estos es la inclusión o no de elementos morales. En este sentido, el positivismo al rechazar el contenido moral estudia la legalidad y la eficacia; así surgen diversas variantes del positivismo jurídico como el positivismo duro, positivismo blando, realismo y realismo escandinavo según la nominación de los autores más sobresalientes de la teoría jurídica contemporánea y la filosofía del derecho, todo para llegar a la mayor exactitud y conocimiento del derecho.

En Hoerster se pueden determinar algunas características del positivismo jurídico tradicional: el concepto de derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley; el derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido; la aplicación del derecho puede llevarse a cabo en todos los casos mediante una subsunción libre de valoraciones y las normas de derecho deben ser obedecidas en todas las circunstancias.<sup>7</sup>

Por su parte, con John Austin vemos un positivismo duro en el cual el derecho se trata de órdenes respaldadas por una amenazas y en Hans Kelsen, en su intento de construir una ciencia dura del derecho, construye una teoría donde la legalidad será el máximo estandarte; todo elemento valorativo, moral y político debería de ser excluido del derecho; excluye la justicia por no ser un elemento objetivo, sino abstracto y difuso, que no puede ser parte de una verdadera ciencia jurídica, propone “describir el derecho tal y como es, sin legitimarlo por justo o descalificarlo por injusto; se pregunta por el derecho real y posible, no por el derecho correcto”<sup>8</sup> el positivismo para él “(...) se trata sobre todo de desvincular el derecho de las conexiones que tradicionalmente ha tenido la moral.”<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Huidobro, *Op. cit.* p. 119.

<sup>8</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. de Gregorio Vázquez, España, Trotta, p. 51.

<sup>9</sup> *Ibidem* p. 48



Hart es considerado un positivista *softy* del derecho, desarrolla su teoría jurídica considerando al derecho como un sistema de reglas primarias y secundarias que pueden ser identificadas recurriendo a la regla de reconocimiento, la que tiene una indicación afirmativa indiscutible por ser una regla de grupo.

Ronald Dworkin, cuestiona los presupuestos del positivismo jurídico de la filosofía política utilitarista de Bentham. Rechaza al positivismo jurídico en su metodología. Refuta la concepción del derecho que rechaza completamente la moral, pero también rechaza la naturaleza del derecho inmaterial o insostenible como lo hacía el iusnaturalismo. Su ataque principal reside en que en el derecho no solo existen normas sino también principios y directrices.<sup>10</sup> Así, señala que la teoría general del derecho debe estar conformada por: una teoría de la legislación, de la interpretación, de la adjudicación y de la obediencia al derecho.

En el positivismo es muy atractivo el método y la seguridad que transmite, pero es limitado por dejar fuera otras consideraciones importantes de la conformación del derecho, más en el caso de este trabajo. Los métodos del derecho que acoge el positivismo se encuentran: el método científico, prescriptivo y descriptivo. La principal fortaleza del positivismo en el derecho es la seguridad jurídica, por ser un elemento de gran trascendencia y del cual no se puede prescindir en la regulación de la convivencia social, pues este es un elemento de confianza, de orden y tranquilidad de cumplimiento del derecho. A pesar de que, este elemento del positivismo es necesario en el derecho, debe estar acompañado de la justicia y el bien común, so pena de ser un derecho despótico como el que se vio en la tiranía del nacionalsocialismo. Porque, también para la efectividad del derecho se necesitan “criterios de legitimidad, que vayan más allá del mero querer del gobernante para que así no se concebida la política como nuda

---

<sup>10</sup> Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2012.



dominación”<sup>11</sup> y mero querer de la autoridad; existe también un apego a ciertos criterios morales, de justicia y principios.

Además, dentro de esta corriente jurídica filosófica en los últimos tiempos ha aparecido el garantismo en el cual “el principal presupuesto metodológico de la teoría general del garantismo es la separación entre derecho y moral y más general entre el ser y el deber ser, entre validez y justicia entre punto de vista interno y punto de vista externo”<sup>12</sup>, a diferencia del positivismo dogmático que puede dar aliento a actitudes acríticas, se sigue puntualmente lo dictado en la norma y quien juzga debe aplicarla como esté expresada, teniéndose la tarea de cubrir o hacer cuadrar sus antinomias en vez de hacerlas explícitas o denunciarlas, invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanece sobre la validez de las leyes y sus aplicaciones, operando como una doctrina jurídica de legitimación y de deslegitimación del derecho que reclama a los juristas y jueces una constante tensión crítica hacia las leyes vigentes desde el punto de vista del derecho válido y del punto de vista fáctico o descriptivo del derecho efectivo.<sup>13</sup>

### 1.2.3. En la actualidad

Ahora destaca el neoconstitucionalismo, que desplaza al legalismo del positivismo clásico y da preponderancia a lo que señala la constitución, siendo esta la máxima norma, condiciona la validez de todas las normas que se encuentran por debajo de ella; a diferencia de las reglas contiene principios que han subsistido de la tradición, la realidad, las prácticas del derecho y no solo de la creación legislativa.

---

<sup>11</sup> García Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, ed. decimocuarta, Argentina, Losada, p.122.

<sup>12</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez España, Trota, p. 853.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p.853.



También, renace la argumentación jurídica que viene a resolver muchos de los problemas de la subsunción en los casos difíciles, la cual obliga a quienes juzgan a proporcionar los argumentos adecuados que justifiquen sus decisiones. Al igual, la ponderación viene a fortalecer la solución de los casos difíciles cuando se encuentran en disputa diversos principios contenidos en la máxima norma.

De la transformación que ha imperado en el neoconstitucionalismo, vemos un positivismo blando donde la relación derecho-moral ya no es tan distante, sino contingente y deja ver la conexión inevitable entre derecho y moral que menciona Alexy y que hemos venido comprobando con el pasar de los tiempos.

Actualmente, la atención se encuentra enfocada en la teoría de los derechos humanos, que ha trascendido a la importancia del principio *pro homine o personae*, que es aplicado en caso de antinomias o en la elección del método de interpretación de las mismas; a la ampliación y reconocimiento constitucionales de más derechos (civiles, sociales, políticos, económicos, culturales y los llamados de humanidad); al equilibrio y establecimiento de los medios de control constitucional; la progresividad en los derechos humanos y a la máxima protección de la dignidad humana.

De la evolución del positivismo clásico, como es visto en la actualidad sobre la base de la inclusión o exclusión de la moral, la corriente que permea es el positivismo transformado, donde se incluyen- algunas veces y a conveniencia- elementos morales. Aun y con eso, falta el estudio y análisis del derecho conforme a la realidad y al contexto actual, dado que si bien, el derecho y la sociedad no puedan caminar a la par, por ser esta más dinámica que aquél, sí pueden estar más cerca el uno de la otra para poder entender e interiorizar al derecho como una vía idónea para la convivencia social.

Además de las teorías analíticas, positivistas y realistas que han sido las más sobresalientes en el derecho positivizado en los ordenamientos legales nacionales e internacionales, han surgido las llamadas teorías posmodernas, las teorías hermenéuticas, críticas, marxistas, escépticas o relativistas del derecho. Muchas si bien



no han sido libremente intencionadas a realizar una teoría del derecho, sí han definido según sus enfoques teóricos, metodológicos e ideológicos al derecho, así como han brindado grandes aportes al ser y al hacer del mismo, tales planeamientos han sido los de Foucault, Nietzsche, Rotry, Betty, Marx, Derrida, entre otros.

Respecto a lo anterior, González Morfín señala que: “existen tres maneras de decir algo de los seres que queremos conocer: decir que son unívocos, equivocados y analógicos”<sup>14</sup>, entonces diremos que las concepciones de lo que es el derecho según los planteamientos ya señalados, podemos clasificarlos como unívocos, equívocos o analógicos. Entendiendo por equivocado a lo “que se predica o se dice de un conjunto de cosas en un sentido completamente diverso, de modo que una no tiene conmensuración con otra (...). Lo unívoco es lo que se predica o se dice de un conjunto de cosas en un sentido completamente idéntico, de modo que no cabe diversidad entre unas y otras”<sup>15</sup>.

En este sentido, el derecho -como ser que queremos conocer- se ha dicho como equivocado y unívoco según la concepción de las diferentes teorías y corrientes iusfilosóficas. Y así, podemos calificar como equivocistas a las corrientes posmodernas y relativistas, para las que cualquier definición o interpretación del derecho es válida y verdadera, las que sostienen que el derecho no existe, o aquellas que apelan a que el derecho es lo que dicta el poder. Por su parte las unívocistas son aquellas teorías positivistas en las que el derecho es solo lo que encontramos en el texto de la ley, en las que solo existe, como señala Gregorio Robles “un modo de racionalidad

---

<sup>14</sup>Martínez Dalmau, Rubén, “Arte, derecho y derecho al arte”, *Revista Derecho del Estado*, Colombia, núm. 32, enero-junio, Universidad Externado de Bogotá, 2014, pp. 44. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337631501003>.

<sup>15</sup> Beuchot, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica, hacía un nuevo modelo de interpretación*, 5ta ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 37.



cognoscitiva, que es la representada por la razón científica descriptivista”<sup>16</sup>; las que ven al derecho dentro de un sistema cerrado manifiesto en la subsunción normativa.

Por su parte, la analogía es aquella que “se coloca como intermedia entre la equivocidad y la univocidad”<sup>17</sup> siendo entonces las análogas aquellas que consideran la necesidad del establecimiento de un ordenamiento legal que haga efectivo el derecho, aquellas que incluyen herramientas interpretativas, las que apelan a la crítica valorativa y principialista fuera del poder por el poder, aquellas que hacen suyo lo benéfico de las llamadas univocas y lo favorable de las equivocadas para conformar, siguiendo a Gregorio Robles, la teoría del sistema Jurídico, de los conceptos jurídicos fundamentales, de la dogmática jurídica y de la decisión jurídica basada en la proporcionalidad, apertura unificada, equilibrio, idoneidad y legitimidad.

Así decimos que, lo análogo es “lo que se predica o se dice de un conjunto de cosas en un sentido en parte idéntico y en parte distinto, predominando la diversidad” (...),<sup>18</sup> lo que lleva a conformar a estas teorías. De este modo, las diversas concepciones del derecho a través de la historia en poca o en gran medida han guiado a la sociedad desde su aparición y según sus diferentes formas de organización. En este sentido, y con el afán de seguir aportando opiniones en el derecho, señalo mi propia concepción.

### **1.3. Mi concepción del derecho**

El derecho es una invención que nace del conflicto, la dicotomía y de la necesidad al orden. Formado por normas, valores, principios y conductas que determinan la adopción y ejercicio de un sistema normativo en una sociedad, del que se deriva la creación y reconocimiento de conceptos fundamentales, el ejercicio dogmático y la

---

<sup>16</sup> Robles, Gregorio, *Las limitaciones de la teoría pura del derecho*, México, Coyoacán, 2013, p. 24.

<sup>17</sup> Beuchot, Mauricio “*Tratado de hermenéutica analógica...*” *cit.*, p. 37.

<sup>18</sup> *Ibidem* p. 37.



legitimación de decisiones que tienen como finalidad encauzar a la sociedad a la armonía, libertad, seguridad y justicia.

Por su parte, el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica, propone adoptar para sus actividades: la creatividad; proporcionalidad; armonía; la adecuada composición y ritmo; crítica; sensatez entre subjetividad-objetividad; mediación de prejuicios; el disfrute; gozo; empatía; sensibilidad; contextualizada, la consciencia entre la tradición y la innovación, y dialógica.

Lo anterior, para la mejor adopción del sistema normativo, de una creación y reconocimiento de los conceptos jurídicos fundamentales, para el ejercicio dogmático y para la legitimación de las decisiones que se derivan y forma el derecho. Desde esta postura nos alejamos del univocismo y del equivocismo y nos acercamos a la analogía promulgada por Aristóteles y Beuchot. También buscamos un derecho más humano, creativo y comprensivo. Sin embargo, el presente trabajo hará énfasis en la teoría de la decisión jurídica, con la aportación de como a partir de la concepción e interpretación del derecho como arte, como literatura y como hermenéutica se pueden lograr decisiones proporcionales, equitativas y justicia.

A continuación, realizamos un recorrido de lo que cada disciplina es y su relación con el derecho desde las teorías afines a nuestros objetivos.

#### **1.4. Conceptos básicos y antecedentes entre el arte y el derecho**

A diferencia del derecho, el arte será abordada de forma más concreta y sin tanto contenido histórico; debido a que el derecho es nuestro principal objeto de estudio, tomándose a esta como un complemento. De esta forma solo analizamos al arte desde su concepción filosófica y ontológica, eligiéndose las definiciones y elementos más adecuados a nuestros objetivos.



Para conocer qué es el arte debemos enfatizarla desde su raíz etimológica, que “el término arte proviene del latín *ars*, cuyo significado se refiere a la disposición, habilidad y virtud para realizar alguna cosa. Los renacentistas añadieron a las cualidades que denota la palabra arte el término de *invenzione*, que se refiere a la originalidad cualidad indispensable de las creaciones artísticas. (...) algo que, por ser original, trasciende lo superfluo”<sup>19</sup>, así, se advierte que no solo es la destreza de hacer algo, sino que su definición abarca la profundidad de la intención, la expresión, la creatividad y la innovación; además de que el arte está relacionada con el contexto y propone el conocimiento desde la sensibilidad.<sup>20</sup>

Muñoz Martínez manifiesta que, desde los estudios de Hegel sobre el arte se ha podido sintetizar la idea de que “el arte es una manifestación del espíritu que se produce de «una forma particular» y que es expresión sensible de la idea. Y desde Heidegger “que el arte además de consistir en la manifestación de la verdad es actividad humana que nos sitúa en el modo de la plenitud ante la mismidad de lo expresado o representado” y finalmente señala que “el arte es un «lenguaje» con el que (...) se expresa la realidad humana física y espiritual captando lo exterior e interiorizándolo, para luego devolverlo a la exterioridad desde la libertad creadora del artista.”<sup>21</sup>

El arte además, ha sido definida como “la actividad humana consciente capaz de reproducir cosas, construir formas o expresar una experiencia, siempre y cuando, el producto de esta reproducción, construcción o expresión pueda deleitar, emocionar o producir un choque.”<sup>22</sup> Esta se constituye e identifica por diversos elementos entre los que destacan a) la armonía: que comprende la coherencia, integración, organización,

---

<sup>19</sup> Guía de estudio, *Introducción al arte*, Colegio de la Educación estética y artística, Escuela Nacional preparatoria, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 5.

<sup>20</sup> *Ídem*

<sup>21</sup> Muñoz, Martínez Rubén, *Una reflexión filosófica sobre el arte*, *Thémata*, revista de filosofía, núm. 36. España, 2006, p. 240-241.

<sup>22</sup> Guía de estudio, *Op. Cit.* p. 6.



claridad, equidad y unidad de la obra; b) el contraste: sobre la existencia de diferencias, la comparación y la tensión dramática que permite el desarrollo argumental; c) la composición: comprende el equilibrio, la combinación, coherencia, la creación, intención e inspiración; d) el ritmo: el orden y lo melódico; y e) la estética: que comprende la sensibilidad y dialéctica, es decir la belleza y la fealdad, lo trágico y lo justo; lo sublime y lo trivial; lo típico y lo nuevo.<sup>23</sup>

Mencionar los elementos del arte, nos permite verla desde la amplitud de su contenido y no encasillarla en un solo concepto, pues sería unívoco pretender que el arte es lo que muestra una definición y en este apartado se recorre su descripción desde las definiciones afines con el objetivo de este trabajo y desde sus elementos, pues esto nos ayuda a entender su esencia y contenido, más que una delimitación, con lo cual se continúa en el presente subtema lo que ayuda a entender su aplicación al presente trabajo y porque sus elementos serán utilizados para los fines del derecho.

Este tema, tal cual se presenta en el título no ha sido abordado por muchos teóricos del derecho, sin embargo, sí se ha trabajado por separado, y de su interpretación se pueden desprender cuestiones de suma importancia en la delimitación del derecho como arte. En esto, Gadamer presentó al arte como forma de acercamiento a la verdad, pues de las obras de arte emanan verdades de todos los tiempos, que se conocen, aunque solo de forma parcial. Señala una relación del arte con la realidad, donde se ven las vivencias y creencias del autor relacionadas a una realidad, las cuales necesitan ser interpretadas y comprendidas. Dice Gadamer: “el fenómeno del arte plantea a la existencia una tarea: la de ganar la continuidad de la comprensión que es la única capaz de sustentar la existencia humana”<sup>24</sup>. Pensando de este modo a la comprensión es parte del sustento de la humanidad y el arte nos encamina a la comprensión.

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 16-18.

<sup>24</sup> Aguilar Rivero, Mariflor (Coord.), *Entresurcos de Verdad y método*, México, Paideia, 2006, p 92.



A partir de la hermenéutica humanista expresada desde la interpretación del arte, Gadamer no busca la verdad conocida a través de lo objetivo, sino desarrollar una capacidad formativa, crítica, de juicio y de sentido común; lo que significa un alejamiento a la postura positivista, que busca la objetividad radical. Con esto no es que estuviera en contra del seguimiento de un método, sino, estaba en contra de que éste se concibiera como la única forma de llegar a la verdad y fuera impuesto a las ciencias del espíritu, incluyendo esta aplicación a la ciencia del derecho. Así, cobra gran relevancia el estudio de la estética, ya que la experiencia en conjunto con la experiencia histórica media una fusión entre el pasado y el presente.

Por lo que hace a la obra de arte, este autor determina que esta “no es ningún objeto frente al cual se encuentre un sujeto que lo es para sí mismo. La obra de arte tiene su verdadero ser en el hecho de que se convierte en una experiencia que modifica al que la experimenta”<sup>25</sup>, concediendo al arte una visión del mundo. Lo que significa que frente a la ciencia el arte también manifiesta una verdad propia, en la medida en que la imaginación se encamina hacia el conocimiento, sin olvidar que tampoco en el arte está todo dicho y que todo vale, sin embargo, el arte puede ayudar a desvelarla.

Estas premisas han contribuido en la interpretación y comprensión, lo cual beneficia al derecho; su vinculación también se ha visto desde la justicia ya que, gracias a la subjetividad de los juristas, que son pensantes, son creadores del arte. Para el caso particular de la relación del derecho con el arte, no se seguirá tal cual la idea de Gadamer, en cuanto al arte como acercamiento a la verdad, si no, la idea del arte como una vía para la comprensión e interpretación, que incluye verdades. El enfoque que se retoma nos encamina a interpretaciones más equitativas, proporcionales, precisas y contextuales, acogiendo ciertos aportes desde el arte y desde Gadamer a la investigación jurídica. Con esto nos acercamos a la finalidad de que el presente trabajo

---

<sup>25</sup> Hans George, Gadamer, *Verdad y Método, fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 5ª ed., trad., de Agud Aparicio y De Agapito Rafael, España, Ediciones Sígueme, 1993, t. I, p. 144.



se entienda sobre la característica de analogía, que busca el equilibrio interpretativo, porque el arte con su poder vinculante entre el pasado y el futuro contiene la verdad de un determinado tiempo de ahí se puede comprender una verdad, haciéndonos partícipes de ese mundo y del actual, ver su representación y su transformación a la realidad presente.

### 1.5. Conceptos básicos y antecedentes entre la literatura y el derecho

Si bien la literatura, es considerada como una forma de manifestación del arte, se retoma desde sus particularidades y su aspecto crítico-filosófico, porque así nos acercamos al cumplimiento de nuestros objetivos en su aplicación al derecho. Así, decimos que la literatura ha sido considerada como “el arte que utiliza como instrumento la palabra que se objetiviza en el lenguaje hablado y escrito dentro del texto como vía de comunicación social (...),<sup>26</sup> que es “un proceso de comunicación en que el autor invita al receptor a que se sumerja en un mundo ficticio”<sup>27</sup>, donde se manifiestan fenómenos sociales, jurídicos, circunstanciales, filosóficos, políticos, etc., que necesita ser interpretados para ser comprendidos. Dado que, quien interpreta conocerá y comprenderá lo inserto en la literatura y en la obra literaria que expresa una forma de comunicación humana hacia con el otro, expresada mediante el lenguaje. Siendo esta “una obra artística de expresión lingüística escrita con una finalidad estética.”<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Contreras, Espinoza Ramón, *Literatura y hermenéutica*, México, Torres Asociados, 2010, p. 10.

<sup>27</sup> Urbina, Fonturbel Raúl, *Introducción a la literatura*, Colegio San Pedro y San Felices, España, 2003.

<sup>28</sup> Roco, G. Francisco, *La literatura como método de conocimiento*, Universidad de Chile, Chile, 1995, p. 7.



Existe una íntima relación del derecho con la literatura, siendo “el derecho un recurso literario y también siendo la literatura un recurso jurídico”.<sup>29</sup> Así, encontramos que en la historia de las obras literarias han estado presentes temas judiciales como son críticas o sátiras a jueces, magistrados y abogados; representaciones de procesos judiciales y su evolución a lo largo de la historia; las injusticias cometidas en torno al derecho por cuestiones de poder, políticas, económicas, prestigio, etc. Esto lo vemos en las obras de la literatura grecolatina en Aristófanes, Sófocles, y Eurípides; en el siglo XVI en Thomas Moro y Francis Bacon, en la etapa clásica; en Jean de La Fontaine, Moliere y Blaise Pascal en el clasismo inglés; William Cole y Ronald Dworkin en el siglo de las luces; Voltaire y Marqués de Sade en el romanticismo; en Víctor Hugo o Pedro Antonio de Alarcón; en los rusos Dostoievski y Dubrovski, solo por mencionar algunos del trayecto histórico.<sup>30</sup>

Hemos visto como las autoridades y abogados han apelado a las herramientas literarias para la elaboración de todo tipo textos; buscaron la protección jurídica y formal de las obras literarias, tal como fue en los congresos en Bélgica, Paris, Londres, Viena, Roma donde Víctor Hugo tuvo una trascendente participación y en diversos ejemplos en los cuales los juristas son o se convierten en grandes literatos y viceversa, como es el caso de Ramón López Velarde y Octavio Paz.

Los antecedentes de la relación derecho-literatura, que son funcionales para nuestro tema de investigación se tienen desde el siglo XX y adquiere relevancia con el libro *The Legal Imagination* de James Boyd White y con más relevancia con el movimiento *Law*

---

<sup>29</sup> Fabra Zamora y Núñez Vaquero (Coord.) *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, volumen uno, “Teoría literaria del derecho. Derecho y literatura: intersecciones instrumental, estructural e institucional”, México, IJ-UNAM, 2015, p.701.

<sup>30</sup> Fábrega P., Jorge, *Abogados y jueces a través de la literatura universal*, EUA, Plaza & Janes., 1994, p. 15-83.



*and Literature Movement*, en los ochentas.<sup>31</sup> Roggero señala que dentro de los presupuestos de White estaba pensar al derecho como un arte; que este es menos de las ciencias sociales que de las humanidades, porque no busca un sistema cerrado, sino uno abierto y esto permite advertir fenómenos jurídicos como el retórico, ético o sociales que han sido ignorados por el positivismo.<sup>32</sup> Por lo que hace a los preceptos teóricos de Ian Ward desde el derecho en la literatura se “propone examinar la relevancia de los textos literarios para el estudio del derecho”.<sup>33</sup> Desde el derecho como literatura busca “aplicar las técnicas de la crítica literaria a textos jurídicos”<sup>34</sup>.

La relación derecho y literatura, se ha teorizado desde el derecho en la literatura; derecho como literatura y derecho con literatura. Desde el derecho en la literatura se han adoptado los presupuestos sobre que: la literatura o textos literarios permiten “comprender la dimensión retórica y estilística involucrada en los textos jurídicos”; se “expone la condición humana misma y favorece la posibilidad de una comprensión empática de otras realidades”; “la imaginación literaria ofrece un tipo de reflexión moral muy valiosa para la educación de la racionalidad pública”; desde la “justicia poética” se nutre de conocimiento singular y cotidiano que servirá para desarrollar sentimientos empáticos que serán necesarios para la comprensión justa de los hechos.<sup>35</sup>

Para José Calvo, el derecho y literatura también se consagra también mediante sintagmas gramaticales derecho en la literatura, derecho de la literatura y derecho como literatura. El primero presenta la recreación literaria (tanto de género narrativo, como lírico o dramático) de alguna forma organizativa jurídica (los tribunales de justicia, la profesión jurídica etc.) o de determinados conceptos y valores jurídicos (ley, equidad,

---

<sup>31</sup> Roggero, Jorge (Comp.), *Derecho y Literatura: textos y contextos*, Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015, (introducción).

<sup>32</sup> *Ídem*.

<sup>33</sup> *Ídem*.

<sup>34</sup> *Ídem*.

<sup>35</sup> *Ídem*.



justicia, etc.), o lo que es igual presenta la literatura asociada a temas o asuntos jurídicos”,<sup>36</sup> en el derecho de la literatura trata de cuestiones de derecho de autor y respecto al derecho como literatura la que “concierna a las tramas narrativas de las historias relatadas entre los diversos operadores de la administración de la justicia(...)”<sup>37</sup> es decir, “presenta los productos jurídicos como creaciones literarias (literatura legislativa, judicial, de la práctica profesional, de la doctrina científica, etc.)”<sup>38</sup>

Autores como Henberg y Radbruch puntualizaron la importancia de esta relación, al enfatizar el primero que esta relación “contribuye a la formación de los juristas a través del entendimiento sociológico e *ius* filosófico de los conceptos de justicia (por ej., ordalías, talión, venganza, justicia retributiva/principio de conciliación) y del derecho (por ej., derecho natural/derecho positivo).”<sup>39</sup> El segundo, exhorta a las lecturas en prosa y verso, ya que señala que “esto aprovecha a la estética del derecho, que es el rastro del método didáctico y lema de esópica de tradición, ósea instruir deleitando”.<sup>40</sup> Así, de todos estos estudios teóricos toma base nuestro tema de investigación, donde se determinan los elementos y principios de la literatura que pueden elegirse para proponer al derecho asemejarse a esta en aquellas cualidades que le favorezcan en la realización de sus principales tareas.

### **1.6. Conceptos básicos y antecedentes entre la hermenéutica y el derecho**

La hermenéutica a lo largo de su estudio ha sido considerada como ciencia, como arte y como método. Conde define que la hermenéutica es: “el arte de la interpretación de

---

<sup>36</sup> Fabra, “Teoría literaria...” *cit.*, p. 698.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 710.

<sup>38</sup> Calvo, González José, *El escudo de Perseo, La cultura literaria del derecho*, Comares, España, 2012, p. 299.

<sup>39</sup> Fabra, “Teoría literaria...” *cit.*, p 701.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p.702.



textos.”<sup>41</sup> “y si la sociedad y el derecho son texto, el saber por excelencia de ambos, será de estirpe interpretacional.”<sup>42</sup> También se define como: “la ciencia de interpretación y la comprensión o entendimiento crítico principalmente del mundo y del texto, es el lugar en donde se manifiesta su conocimiento, ya sea literario, filosófico, económico, político, histórico sociológico, etcétera.”<sup>43</sup> Como método Dilthey señala que: “es el estudio de las reglas y métodos de las ciencias de la comprensión y como fundamento de las ciencias del espíritu, “así se convierte entonces en la reflexión metodológica sobre la pretensión de verdad y el estatuto científico de las ciencias del espíritu.”<sup>44</sup>

Beuchot la define como “el arte y ciencia de interpretar textos, entendiéndose por textos aquellos que van más allá del enunciado y del texto. Son por ello textos hiperfrásticos, es decir, mayores que la frase. (...) La hermenéutica interviene donde no hay un solo sentido, es decir donde hay polisemia.”<sup>45</sup>

También, la hermenéutica se define como el arte que:

*“(p) Pertenece al ámbito de la scientia práctica, un saber que no es de naturaleza teórica, ni técnica. Se trata de un saber que analiza los fenómenos de la comprensión y de la interpretación de los objetos en su sentido más originario. En el caso de la hermenéutica jurídica que utilizan los aplicadores del derecho, la búsqueda de la solución no es una mera subsunción del caso particular de algo general (los textos o formulaciones normativas), sino la determinación de la norma correcta en un sentido formal*

---

<sup>41</sup> Conde Gaxiola, Napoleón, *Jushermenéutica y Sociología jurídica*, México, Circulo Hermenéutico, 2010, p. 41

<sup>42</sup> *Ídem*.

<sup>43</sup> Contreras, Espinoza, *Op. cit.*, p. 143.

<sup>44</sup> Grondin, Jean, *¿Qué es la hermenéutica?*, trad. de Martínez, Riu Antoni, España, Herder, 2008, p. 18.

<sup>45</sup> Beuchot Mauricio, “*Tratado de hermenéutica analógica...*” cit., p. 13.



*y material a ciertas circunstancias de hecho, para que esa decisión normativa sea complementaria o perfeccionadora del derecho.*<sup>46</sup>

Decimos que la hermenéutica se ocupa de la interpretación del significado de aquello sobre lo que no se tiene claridad o que existe más de un sentido, la cual cualquiera de ellas puede devenir correcta y en segundo, extendiéndose a la interpretación de todo, esto es: al texto, sociedad, una persona, hechos, actos, obras y/u otra acción manifiesta por cualquier medio.

Es importante puntualizar sobre el antecedente de la hermenéutica, es decir de donde se iniciará su recorrido histórico, debido a que Ferraris crítica el relato que a menudo se presenta, considerando que “se cuentan al menos dos cosas, quizá especulares, pero no ciertamente idénticas”<sup>47</sup> del surgimiento de la hermenéutica.

Por un lado, el término hermenéutica formalmente aparece hasta el siglo “XVII cuando Johann Conrad Dannhauer lo inventó para denominar a lo que antes era llamado como el arte de la interpretación, utilizándolo en su obra *Hermenéutica sacra sive methodus exponendarum sacrarum litterarum* de 1654”.<sup>48</sup> Por el otro, en Grecia se presentan los primeros antecedentes e ideas del término mediante: la “*hermenéuiein*, que significa expresar o enunciar un pensamiento, descifrar e interpretar un mensaje o un texto”<sup>49</sup>; como al mensaje conocido a través del dios griego Hermes, mensajero de los dioses para con los hombres;<sup>50</sup> de la *Peri hermeneias* (de la interpretación) y de la

---

<sup>46</sup> Cárdenas, Gracia Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México, Nostra ediciones, Cultura jurídica, 2009, p. 281-282.

<sup>47</sup> Ferraris, Mauricio, *Historia de la hermenéutica*, México, Siglo XXI, 2012, p. 20.

<sup>48</sup> Grondin, Jean, “¿Qué es la hermenéutica?” *cit.*, p. 22.

<sup>49</sup> Pérez Cuesta, Ernesto, *Historia de la Hermenéutica*, Seminario de Hermenéutica Filosófica, Slideshare, 2010. <http://es.slideshare.net/amfyce/historia-de-la-hermenutica>

<sup>50</sup> Garagalza, Luis, *Introducción a la hermenéutica contemporánea*, España, Anthropos, 2002, p. 5.



*Retórica* de Aristóteles se muestran los principios de lo que vendrá a ser considerado como hermenéutica.

También, encuentra fundamento desde la retórica por encontrarse una “teoría de los tropos, y éstos sirven tanto para en codificar un discurso o texto como para decodificarlo”<sup>51</sup>. Para Aristóteles, su origen era la interpretación, transmisión y dirección de los mensajes, la lingüisticidad, el hablar razonado, la búsqueda del bienestar de las polis, el convencimiento y la búsqueda del orden (justicia). Asimismo, en ésta se habla de la pragmática la cual, como la hermenéutica “coinciden en estudiar el significado no en abstracto, sino, como significado del hablante, o intencionalidad del emisor y esto es precisamente lo que enseña la retórica, pues toma muy en cuenta a quien va dirigido el mensaje (...)”<sup>52</sup>

El estudio de la hermenéutica ha sido abordado desde la edad antigua, teniendo como el principal precursor a Aristóteles, quien la aborda en conexión con su arte retórica, cumpliendo la idea de que aquella que sirve para codificar sirve también para decodificar; y así como la retórica enseñaba a hablar y a escribir, también enseña a leer e interpretar (...).<sup>53</sup>

Por algunas de estas consideraciones, es que autores como Ferraris y otros más consideran erróneo retomar las líneas históricas de la hermenéutica a partir de los griegos, pues se habla muchas veces más de interpretación y de retórica, que de hermenéutica como la conocemos actualmente.

---

<sup>51</sup> Beuchot, Mauricio, *Retórica y hermenéutica en Aristóteles*, México, UNAM, 2007, p. 219, <http://www.scielo.org.mx/pdf/novatell/v25n1/0185-3058-novatell-25-01-217.pdf> 25/02/2016- 14:30.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>53</sup> Mauricio Beuchot, “Retorica y hermenéutica en...” cit., p. 10-14.



Si ya había existido una significativa proyección de la hermenéutica como filosofía; en Gadamer comenzó a verse realmente de una forma general y más consolidada, por tal razón es considerado un protagonista esencial en cualquier estudio hermenéutico. En su obra *Verdad y Método* señala que la hermenéutica “es el anuncio, traducción, la explicación, y la interpretación, e incluye obviamente el arte de la comprensión que subyace en él y que se requiere cuando no está claro e inequívoco el sentido de algo.”<sup>54</sup> Desde la hermenéutica gadameriana principalmente se pueden rescatar elementos del humanismo, de la comprensión, arte y estética, historicismo, acontecimiento y lenguaje.

Es así, como el autor considera que la hermenéutica tiene una comprensión más extensa que la comprensión de textos escritos y el arte más que la parte estética, ahí es donde se expresa la tarea hermenéutica para lograr la comprensión que: “debe entenderse como parte de un acontecer de sentido en el que se forma y concluye el sentido de todo enunciado, tanto del arte como de cualquier otro género de tradición”.

55

Por su parte, Emilio Betti, uno de los personajes más sobresalientes en los estudios de hermenéutica jurídica en sus escritos: *Teoría generale della interpretazione* de 1955 y de *Hermenéutica como metodología general de las ciencias del espíritu* de 1962, presenta sus principales postulados hermenéuticos ya encontrados en su teoría general. En estos propone un análisis de la hermenéutica como metodología de las ciencias humanas, retomando aspectos de *Schleiermacher* y de *Dilthey*, del primero sobre la universalidad hermenéutica y del segundo sobre el sentido del espíritu.

Dentro sus puntos asertivos a la hermenéutica, podemos señalar su visión representativa en la comprensión, ya que esta no se debe de limitar a lo que ésta escrito, sino que para Betti esta debe extenderse “a los sonidos, a los trazos, a los

---

<sup>54</sup> Gadamer, Hans- Georg, *Verdad y método II*, 5ª ed. trad. de Manuel Olasagasti, España, ediciones sígueme, 2002, t.II p.95.

<sup>55</sup> Gadamer, Hans- George “Verdad y Método... t.I”, cit. p. 217.



monumentos, a los recuerdos, a los gestos, etc.,”<sup>56</sup> para que a partir de ahí pueda entenderse el sentido de lo interpretado, porque en el comprender se construye, se recrea y reconoce lo objetivo del sentido con que se me expresan ciertas situaciones. Asimismo, considera la posibilidad objetiva gracias a la posibilidad de la comprensión universal de los espíritus humanos, que son capaces de comprenderse gracias a las formas portadoras de sentido. Además, aplica la propuesta de entender el espíritu de las leyes “pues quien busca comprender una ley o un texto constitucional no busca penetrar el espíritu de su fundador, sino el espíritu de la ley misma, la entidad ideal representando el orden jurídico que ha encontrado su expresión en tal o tal ley”<sup>57</sup> y para ello también es necesaria la ayuda de cánones bien definidos.

Ricoeur por su parte, señala que la hermenéutica es la teoría de las operaciones de comprensión, relacionada con la interpretación de los textos, ampliando así mismo el concepto de texto a todo lo que es susceptible de ser comprendido, no solo los escritos mismos, también la acción humana y la historia. El autor señala que no se podrá llegar nunca a la comprensión total de la humanidad, pero el humano como ser capaz puede hacer la parte de iniciativa que le toca de forma externa y de sí mismo. Dentro del pensamiento del posmodernismo es considerado como pragmático, al considerar que la verdad no es un espejo de la realidad, sino que, ésta debería explicar cómo el conocimiento se relaciona con la realidad. Considera que “(...) la hermenéutica es una expresión de la esperanza de que el espacio cultural dejado por el abandono de la epistemología no llegue a llenarse; que nuestra cultura sea una cultura en la que ya no se sienta la exigencia de construcción y confrontación.”<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup>Grondin Jean, *La hermenéutica como ciencia rigurosa, según Emilio Betti*, revista Coherencia, vol. 8, núm. 15, julio-diciembre, Universidad EAFIT Medellín, Colombia, 2011, p.22. <http://www.redalyc.org/pdf/774/77421563001.pdf>

<sup>57</sup> *Ibidem*, p.24.

<sup>58</sup> Grondin, Jean, “¿Qué es la hermenéutica...?” cit., p. 150.



En Rotri no se piensa a la hermenéutica como teoría ni como método, sino, como la vía necesaria para la formación crítica de la duda y la comparación que llevará a la creación y construcción de una cultura que no se aferre a las verdades absolutas en correspondencia con la verdad. Busca aprender a vivir de la idea de verdad a la idea de formación y conversación entre los seres humanos.

En una época más reciente el estudio de la hermenéutica es abordado por Martin Heidegger en su obra *El Ser y el Tiempo*, como: “Uno de los existencialistas o características propias del ser humano, *el Dasein*, en la línea del estar en y de la comprensión”<sup>59</sup>, esto es una interpretación por triple parte del “ser ahí, del ser en general y del modo de existir y estructura de la existencia del ser ahí (...)”<sup>60</sup>. Por otra parte, la hermenéutica de Foucault es una crítica a la cultura;<sup>61</sup> la de los intelectuales de Frankfurt como Horkheimer, Adorno y Marcuse de una hermenéutica dialéctica y analógica<sup>62</sup>; la de Apel y Habermas se denominó hermenéutica crítica; la de Ricoeur, hermenéutica comprensiva y la hermenéutica filosófica de Gadamer como una teoría de las condiciones de la posibilidad de la comprensión, no sólo de textos, si no de las realidades significativas accesibles a la experiencia en general.<sup>63</sup>

De los múltiples estudios acaecidos a lo largo de la historia a favor del estudio de la hermenéutica podemos establecer su universalidad, ya que esta no se basa solo en la interpretación de los textos, sino en la interpretación de toda relación de las personas con el mundo, su existencia, su lenguaje, acciones, actos, la relación con sus semejantes, así como de la vida misma. Esta universalidad es retomada desde Platón,

---

<sup>59</sup> Contreras, Espinoza, “Literatura y hermenéutica...” cit., p.7.

<sup>60</sup> Velasco Gómez, Ambrosio (coord.) *Interpretación, diálogo y creatividad*, “El Lugar de la hermenéutica”, Quintas jornadas de Hermenéutica, UNAM, México, 2003, p.21

<sup>61</sup> Contreras Espinoza, *Op. Cit.*, p. 7.

<sup>62</sup> *Ídem*.

<sup>63</sup> Romero, José Manuel, *Hacia una hermenéutica dialéctica*, España, Síntesis, 2005, p.25.



Nietzsche, Kuhn, Heidegger y Gadamer. En este sentido, la hermenéutica ha sido retomada de manera universal para el estudio del derecho, la literatura y la religión desde diferentes dimensiones, encontrándose inagotable, debido al constante y complejo avance de la sociedad. En este sentido, se retoma la hermenéutica analógica para: conocer, entender, crear o aplicar de una forma más amplia el derecho.

### **1.7. Antecedentes básicos de las resoluciones jurídicas y su justificación a través de la historia**

Como tercer objeto de estudio están las resoluciones jurídicas, que ha sido una de las figuras preponderantes y esenciales en el derecho. Es difícil o quizá imposible imaginar a éste sin la facultad de solución a través del dictado de una resolución. Así, a lo largo de la historia se ha acudido a terceras personas quienes han fungido como mediadoras y han sido facultadas para que a través de su resolución remedien un determinado conflicto; puesto que entre la disputa de dos o más partes cada una deseará hacer su voluntad. Ante estas posturas, fue necesario acudir a un extraño que no tuviese interés en el asunto y resolviera la controversia conforme a las pretensiones de una y otra parte, acorde a los hechos y de forma coherente con lo que dictaban los cánones sociales. De esos conflictos y de las diferencias sobre cuál pretensión era la correcta, sobre quién tenía la razón, sobre cuál prevalecía sobre la otra o cómo debería resolverse, se facultó a un extraño para que resolviera el conflicto en nombre de las partes, a través del dictado de las resoluciones jurídicas.

Las resoluciones jurídicas se clasifican por el derecho procesal, como: “a) los proveídos o acuerdos, que son aquellos que resuelven aspectos secundarios del procedimiento; b) los autos, es decir, que deciden una situación importante del proceso, y que inclusive pueden tener por efecto la terminación de este y c) las sentencias que resuelven de manera definitiva la controversia, y que pueden dividirse en definitivas y firmes (...)”<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup>Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, México, Porrúa, 2009, p 11.



Nuestro Código Federal de Procedimientos Civiles señala en el artículo 220 que “las resoluciones judiciales son decretos, autos o sentencias; decretos, si se refieren a simples determinaciones de trámite; autos cuando decidan cualquier punto dentro del negocio, y sentencias, cuando decidan el fondo del negocio.”<sup>65</sup> Pedro Aragonese Alonso, en su obra “Sentencias Congruentes” cita a Gómez Orbaneja, quien la define como «la declaración de voluntad del Estado, que afirma como existente o inexistente el efecto jurídico pedido por el actor»<sup>66</sup>.

De todas las resoluciones, la sentencia es el acto más importante en un juicio, ya que, resuelve en definitiva el conflicto planteado por las partes, que busca restablecer nuevamente el orden social afectado; es una acción que tiene como fin detener el caos y desorden social que de un conflicto se pueda derivar y aquella forma de terminación del proceso que contiene la decisión de quien juzga sobre una controversia.

En el caso de las resoluciones jurídicas, ha sido fundamental que se justifique su dictado, de este modo, se ha tenido la obligación de brindar motivos, razones y explicaciones que demuestren la elección de ciertas considerandos, resultandos y puntos resolutivos, es decir, se debe mostrar una reflexión racional, imparcial, justa y apegada a los principios y preceptos vigentes. La justificación en derecho la conocemos y está regulada desde las figuras de fundamentación y motivación, y para efectos del presente trabajo será utilizada como sinónimo de estas o bien como género y especie.

Por justificar entendemos, “probar algo con razones convincentes, testigos o documentos”<sup>67</sup>, su origen etimológico procede de la palabra “iustificatio”, que puede

---

<sup>65</sup>Código Federal de Procedimientos Civiles.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/6.pdf>

<sup>66</sup>Aragonese Alonso, Pedro, *Sentencias congruentes*, Madrid, Aguilar, 1957, p. 197.

<sup>67</sup> Justificar, Diccionario de la Real Academia Española, <https://dle.rae.es/justificar?m=form>



traducirse como “acción y efecto de hacer algo justo.”<sup>68</sup> Es decir, significa, demostrar una cosa con base a ciertos motivos y razones; en adecuar algo a los preceptos vigentes; explicar un comportamiento en virtud de un contexto y brindar una explicación que demuestre que la elección no ha sido aleatoria o arbitraria. De la justificación se dice que, un bloque de texto justificado tiene un aspecto similar a un cuadrado, ya que no debe dejar espacios en blanco entre los márgenes y las palabras.<sup>69</sup>

Las figuras fundamentación y motivación, no siempre fueron como las conocemos ahora ya que, durante diferentes épocas del derecho no fue exigidas. Un ejemplo de ello lo es en el derecho romano en la etapa llamada acciones de ley; Aliste Santos menciona que Molé afirma que durante este periodo las sentencias no estaban acompañadas de ninguna motivación. Por otro lado, Betti señala que la sentencia se encontraba libre de formas y no requería motivación y Cuenca señala que “las sentencias generalmente debían ser razonadas, aunque no existiera razón legal para ello”<sup>70</sup>, es decir, se afirma la existencia de la motivación, aunque no hubiera disposición normativa que lo ordenara.

En la etapa del derecho romano llamada *lacognitio extraordinem*, existió la garantía de motivación la que tenía una estrecha relación para el caso de que se quisiera interponer el recurso de apelación. Así, la garantía de la motivación de sentencias se generalizó durante la época postclásica para terminar imponiéndose en la época justiniana.<sup>71</sup> En el derecho romano vemos el antecedente de la fundamentación y motivación de las resoluciones jurídicas el cual perdura en nuestro derecho.

---

<sup>68</sup> Justificación, Definición.DE, <https://definicion.de/justificacion/>

<sup>69</sup> *Ídem*.

<sup>70</sup> Aliste Santos, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, España-Argentina, Marcial Pons, 2011, p. 22-24.

<sup>71</sup> *Ídem*.



A pesar de ello, existió otro momento histórico del derecho, en el que no solo no era exigible la motivación si no, que existió prohibición en motivar sentencias y esto fue con la Real Cédula de Carlos III de 23 de junio de 1788, incluida posteriormente como Ley VIII, Tít. XV, libro XI Novísima recopilación en la que se disponía que: “para evitar los prejuicios (...) que resultan de la práctica de motivar sentencias, dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo a la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso, y en las costas que las partes se siguen; mando cese en dicha práctica de motivar sentencias (...)”<sup>72</sup>. No obstante, esta prohibición se refería a la de una motivación explícita, porque las sentencias y demás resoluciones judiciales debían ser ajustadas a las leyes y a la razón, es importante resaltar esta situación, porque de esta forma conocemos la libre determinación y arbitrio que tenían quienes juzgan y la inexistencia de tal derecho como lo conocemos actualmente, explícito y determinante.

Fue hasta el siglo XIX, de la mano del liberalismo, que la garantía de motivación de las resoluciones judiciales es acogida por diversas normas, existiendo un gran vínculo entre la motivación y el liberalismo, a pesar de que ya existía un fundamento directo desde el siglo XVIII. Continuando así hasta en la actualidad, que es una obligación primordial de toda autoridad en protección de los derechos humanos.

En nuestra Constitución, al igual que en otras, se encuentra regulada la llamada garantía o principio de legalidad, la cual consiste en la obligación que tiene la autoridad de fundar y motivar todo acto de molestia que se dirija a los particulares, es decir fundar y motivar las resoluciones jurídicas. Esta obligación se encuentra prevista en el artículo 16 que expresa el fundamento que obliga a la autoridad a proporcionar las razones, motivos, planteamientos y argumentos lógico-jurídicos que la llevaron a resolver de tal

---

<sup>72</sup>Ghirardi, Olsen A., *Patologías lógico-formales de la sentencia (la lógica y la fundamentación de las sentencias judiciales)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/aartpatologiaslogicoformales>.



o cual forma. Sin embargo, en México ocurre el mismo acontecimiento que señalaba Juan Igartua en su obra "El razonamiento de las resoluciones jurídicas", no existe una regulación legal que determine de forma específica y pormenorizada de cómo se deben fundar y motivar las resoluciones jurisdiccionales.

La motivación de las resoluciones jurídicas, en nuestra constitución: "implica que, al menos, en el plano formal, los ciudadanos tengan una razonable expectativa de seguridad y confianza en la jurisdicción, cuando ejerciten la acción de un concreto proceso"<sup>73</sup>, la cual busca a partir de los principios de protección de derechos humanos, dignidad humana, interpretación conforme y principio *pro persona*.

A lo largo del camino del derecho se han señalado diversos lineamientos, propuestas, exigencias y pautas para que las resoluciones jurídicas se elaboren desde sus dos funciones: la de legalidad y la democrática,<sup>74</sup> tratando de evitar la arbitrariedad de quienes juzgan, siendo de ahí donde surge la necesidad y obligatoriedad de una debida motivación y fundamentación. Han existido diversas teorías de la motivación, desde las teorías analíticas que se fundan en la "estructura de las resoluciones judiciales", las teorías empíricas que son las que "describen de qué modo motivan los jueces sus sentencias en un lugar y periodo determinado y las teorías mixtas.<sup>75</sup> Todas estas encaminadas a explicar y guiar el trabajo de dictado de las sentencias para darle voz a la justicia a través de ellas.

---

<sup>73</sup> Aliste Santos, *Op. Cit.*, p. 139.

<sup>74</sup> Juan Igartua Salaverría, *El razonamiento de las resoluciones jurídicas*, Lima, Palestra Temis, 2009, p. 281.

La función legal también llamada burocrática o técnico- jurídico, la cual es para cumplir con el control de instancias superiores. y la democrática también llamada social, para permitir el control de la opinión pública.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 281.



El acto de dictar una resolución jurídica es entonces, un complejo proceso de razonamiento, estudio, interpretación, reflexión y argumentación, guiado por los principios de equidad, justicia, imparcialidad, objetividad, certeza y eficacia, con la cual se protege derechos. Esta es una actividad compleja que involucra en demasía la personalidad de su autor y a la vez con la misma se regulará la personalidad de otras personas, pues no debemos olvidar el arduo y discordante trabajo interpretativo, con el que seguimos lidiando y proponiendo alternativas en la mejor práctica de la tarea de llevar a la mejor y más amplia respuesta motivacional a las resoluciones.

### **1.8. Adhesión teórica y metodológica para el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica**

Como último punto, de este capítulo se señalan las principales teorías y métodos los cuales son idóneas para describir el tema de derecho como arte, como literatura y como hermenéutica y su aplicación en la justificación de las resoluciones jurídicas.

La primera teoría, que fue desarrollada por José Calvo González, refiere a que: “la Teoría literaria del Derecho presupone que lo jurídico y lo literario se encuentran en relación (...) y dos proposiciones pueden contribuir a facilitararlo, y son:”

- a) *Las intersecciones entre lo jurídico y lo literario resultan de los diversos itinerarios y trayectorias de recorrido, por ambas partes, y*
- b) *Las intersecciones entre lo jurídico y lo literario se articulan a través de cierta clase de sintagmas gramaticales que actúan como puente, organizadas concretamente mediante tres proposiciones (en, indicando lugar; de, denotando pertenencia: con, expresando la circunstancia con que algo se ejecuta o sucede) y un adverbio modal (como, es decir, a modo de, según, en tanto que o tal que, apuntando tipos de cotejo que van desde adyacencia hasta simetría).<sup>76</sup>*

---

<sup>76</sup> Calvo, González José, “*El escudo de Perseo, la cultura...*” cit. p. 298 y 299.



En el punto a) se hace referencia al encuentro o contacto que el derecho y la literatura han tenido a lo largo de la historia y en la posición b) especifica las diversas intersecciones entre ambas. El autor divide estas sintagmas gramaticales y adverbio según el tipo de intersección que es: instrumental, cuando se trata del derecho *en* la literatura; intersección estructural, cuando es derecho *“como”* literatura e intersección institucional cuando es derecho en la literatura. El que nos interesa retomar es el concepto y desarrollo del adverbio modal *“como”*, dado que, es el principal eje rector de nuestro tema, porque propone al derecho actuar a modo de la literatura, del arte y de la hermenéutica; desde los elementos que le favorezcan, retomando el *“como”* pero con ciertos ajustes, como la analogía y en conjunto con los aportes interpretativos de Dworkin, los cuales veremos más adelante.<sup>77</sup>

Adoptamos el *“como”* porque es la intersección más significativa y como dice Calvo, esta resulta *“un-paso-más-allá”* que el derecho en la literatura, que cualquier otra unión tratada por los teóricos literarios del derecho desde la concepción crítica. El *“como”* en este trabajo, abarca el *“en”* y el *“con”*, con el *“en”* se expone la condición humana misma y favorece la comprensión empática de otras realidades humanas, sociales y culturales (...); se sostiene que *“la imaginación literaria ofrece un tipo de reflexión muy valiosa para la educación de la racionalidad pública”*<sup>78</sup> y que *“la presencia de lo jurídico en el contexto de la ficción literaria, contribuye a la formación de los juristas a través del entendimiento sociológico y ius filosófico”* (sic). Desde el *con* *“se aprovecha del préstamo de ciertas formas literarias”* y hay apropiación de lo literario por lo jurídico desde la *“reelectura reestructura y oralización del derecho”*.<sup>79</sup> Entonces, desde el *“como”* se acogen el *“en”* y el *“con”* porque desde el *“como”* se adopta los beneficios, las similitudes y los préstamos del derecho al arte, la literatura y la hermenéutica.

---

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 302- 309.

<sup>78</sup> Roggero, Jorge, *“Textos y contextos...”*, cit. p.11.

<sup>79</sup> Calvo, González, *“El escudo de Perseo...”* cit. p. 316.



Abarca ambos porque si la literatura logra la obtención o agudización de las aptitudes o reflexión moral y empática entonces, el derecho puede parecerse a esta y adoptar las características con las que se obtienen esas cualidades que le hacen falta para crecer en lo humano, además porque en sus actos utilizará formas y características literarias.

El “*como*” no se retoma simplemente desde el “estilo de redacción de las sentencias y su rango estético”<sup>80</sup> sino, desde la esencia, los principios, cualidades o valores, que la semejanza de estas otras disciplinas puede traer al derecho. Desde el “*como*” a diferencia de muchos teóricos en la materia, que lo acentúan en la aplicación de las técnicas de la crítica literaria a la jurídica, en el presente trabajo se busca una semejanza más allá, una semejanza del ser y esencia; una semejanza conductual, de ideología y de decisión; un parecido en las cualidades favorables para el derecho.

La segunda teoría retomada es la teoría de la hermenéutica analógica de Mauricio Beuchot, debido a que esta establece el equilibrio sintáctico, semántico y pragmático de las interpretaciones y presenta características que el derecho podría adoptar para sí mismo en cualquiera de sus actuaciones. Beuchot la define como:

*(i) Interpretar un texto buscando la coherencia interna, una coherencia proporcional (sintaxis) entre sus elementos constitutivos (...), es interpretar buscando la relación proporcional del texto con los objetos o hechos que designa (semántica) (...), es la correspondencia o adecuación entre el texto y el mundo que designa (...) es interpretar buscando proporcionalmente el uso del autor, su intencionalidad expresiva y comunicativa (pragmática). La lectura del intérprete debe ser proporcional –no unívoca, pero tampoco equívoca– a la escritura del autor.<sup>81</sup>*

---

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 308 y 309.

<sup>81</sup> Beuchot Puente, Mauricio, *Breve exposición de la hermenéutica analógica*, México, Revista teológica, 2008, p. 492-493.



Esta concepción se considera una de las más idónea para asemejar al derecho por ser el punto medio entre “la univocidad (positivismos cientificistas que pretenden una interpretación clara y distinta de todo) y la equivocidad (se renuncia a toda objetividad, se relativiza la interpretación, escepticismo y nihilismo)”<sup>82</sup>. Mediante esta definición se toma en consideración el conjunto y las partes de un todo en forma proporcional, la contextualidad, la historicidad e intencionalidad. En la propuesta de Beuchot, encontramos, el punto medio aristotélico de perfección, afinidad, equilibrio y equivalencia, apelando a la aspiración de mínimos universales de justicia, y mediación entre el absolutismo y el relativismo, porque la hermenéutica analógica tiene como “(...) ideal equilibrar el liberalismo y el comunitarismo, las éticas de la justicia y las éticas del bien o de la felicidad (...)”<sup>83</sup>, por ello, se retoma como guía y camino de esta investigación.

La hermenéutica analógica propone términos que es necesario precisar, entre ellos encontramos la univocidad o lo univoco; la equivocidad o lo equivoco y la analogía o lo análogo. “Lo equivoco es lo que se predica o se dice de un conjunto de cosas en un sentido completamente diversas, de modo que una no tiene conmensuración con otra (...)” “Lo univoco es lo que se predica o se dice de un conjunto de cosas en sentido completamente idéntico, de modo que no cabe diversidad entre unas y otras (...). Lo análogo se “coloca como intermedio entre la equivocidad y la univocidad”.<sup>84</sup>

Siendo la hermenéutica el estudio de la interpretación es conveniente interrogarnos antes de seguir avanzando en nuestro tema ¿cómo es la analogía en la interpretación?

---

<sup>82</sup> Beuchot Puente, Mauricio, *Hermenéutica analógica y educación*, México, Universidad Iberoamericana, 2007, p. 4, 5.

<sup>83</sup> Otero León, Lourdes, *Hermenéutica analógica, ética y estética*, México, Torres asociados, 2011, p. 15.

<sup>84</sup> Beuchot Mauricio, “Tratado de hermenéutica...” cit. p.34.



A esto Beuchot postula que:

*La interpretación se aproxima más a ser inadecuada porque la analogía misma tiende más a lo equivoco que a lo univoco; en ella predomina la diferencia sobre la identidad. Es cierta conciencia de lo que en verdad se da es diversidad de significado, diversidad de interpretaciones; pero no es renuncia a un algo de uniformidad, de conveniencia en algo estable y reconocible por gracia de lo cual no se pierda la posibilidad de un conocimiento racional. (...) La analogía es proporción, es una igualdad proporcional: a cada cual según la porción que le toca, su porción.<sup>85</sup>*

De este modo, en la “interpretación univocista, se defiende la igualdad de sentido, en la equivocista, la diversidad. En cambio, en la analógica se dice que hay un sentido relativamente igual pero que es predominante y propiamente diverso para los signos o textos que lo comparten.”<sup>86</sup> El objetivo de la hermenéutica analógica es apelar al equilibrio en la interpretación, rechazando la existencia de una sola interpretación correcta o la validez de cualquiera. Si nos inclinamos a que solo existe una respuesta correcta, lo que tenemos que hacer es buscar llegar a la misma como lo hacen los positivistas, estaremos en la búsqueda de lo inalcanzable e imposible, por otro lado, si consideramos que cualquier interpretación puede ser correcta estaríamos destinados a una arbitrariedad proveniente del subjetivismo como los relativistas. Derivado de ello no tendría razón de ser la hermenéutica, ni la interpretación pues en su lugar todo sería correcto. Aquí es donde se advierte la función de la analogía, porque el equilibrio entre ambas posturas para obtener objetivismo y límites, pero sin olvidar que la parte subjetiva siempre existirá, pero deberá orientada. Esta funcionará según el caso en concreto, observando las particularidades y el contexto. Además de retomar la analogía

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>86</sup> *Ídem*.



de Beuchot y para llegar a esta también elegimos fundamentos que tienen que ver con la tradición, comprensión y contextualidad.

Así, la relación del derecho con el arte, la literatura y la hermenéutica, se aborda desde la analogía que concreta la utilidad jurídica y social en las personas, especialmente en la redacción, interpretación y aplicación de las resoluciones. Desde esta se determinará si a través de elementos del arte, de la literatura y de la hermenéutica es posible la existencia de resoluciones jurídicas más armónicas, equitativas, proporcionales, justas, humanas y conformes.

Otro teórico hermeneuta que traemos a este texto es Hans George Gadamer, especialmente por sus aportes sobre la importancia de la comprensión, quien la concibe no como un conjunto de reglas que llevan a la destreza sobre un arte; sino, más bien a través de la cual se alcanza la interpretación, reflexión, crítica y aplicación. Elemento que al ser usado por el derecho engrandecerá el dictado de las resoluciones jurídicas, ya sea desde su creación o desde la interpretación concreta que se realice a cada precedente. La consideración respecto a la comprensión por parte de Gadamer también es como la: “tarea de la experiencia de la obra de arte y también de la historiografía”<sup>87</sup> lo que busca o permite vivir y sentir los efectos de la decisión como propios.

De Gadamer, también retomamos lo relativo a concebir a la hermenéutica desde la filosofía. Y respecto a los temas desarrollados por este teórico elegimos hacer nuestros, aspectos relacionados a la: comprensión, formación, estética, dialogo, prejuicios y círculo hermenéutico.

Finalmente, adoptamos la teoría de la interpretación propuesta por Ronald Dworkin especialmente en “*Law as interpretation*” donde postula que, “interpretar algo es mostrarlo desde su mejor perspectiva. El objetivo de la interpretación es mostrar al

---

<sup>87</sup> Aguilar Rivero, Mariflor, “Entresurcos de Verdad...” cit., p. 111.



objeto interpretado como el mejor ejemplo posible dentro del género de objetos al que se le considera perteneciente.”<sup>88</sup> Y que “toda interpretación debe ser puesta a prueba en dos dimensiones: la dimensión del ajuste y la dimensión del valor. La primera busca que se adecue a los principales rasgos que encontramos en el elemento a interpretar. Mientras que en la segunda se evalúa hasta qué punto el objeto de la interpretación es mostrado en su mejor perspectiva.”<sup>89</sup> Propone la interpretación constructiva donde “el objetivo de la interpretación es mostrar al objeto interpretado como el mejor ejemplo posible dentro del género de objetos al que se le considera perteneciente”<sup>90</sup>. Su teoría la justifica al señalar que “las proposiciones interpretativas no son ni puramente descriptivas ni puramente valorativas, constituyen una categoría intermedia.”<sup>91</sup>

*Dworkin comenzó a desarrollar sus ideas respecto de la interpretación preocupado principalmente por dar cuenta del razonamiento judicial (y de la teoría jurídica) de una manera diversa como lo hacía el positivismo jurídico. Para ello trazó en primer lugar una analogía con la interpretación literaria defendiendo lo que denominó “la hipótesis estética”.<sup>92</sup> Siempre creyó que analizando cómo se interpretaba en diferentes contextos se podía avanzar en la comprensión de la interpretación en general. En LE sostuvo que tanto la interpretación artística, como la interpretación de prácticas sociales, constituían solo diferentes ocasiones de interpretación.<sup>93</sup>*

Desde su consideración creemos que la interpretación artística del arte y de la literatura puede favorecer a la interpretación en el derecho y es así como se busca la similitud de

---

<sup>88</sup> Bonorino, Pablo Raúl, *El imperio de la interpretación: los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 10.

<sup>89</sup> *Ídem*.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p.12.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p.11.

<sup>92</sup> *Ídem*.

<sup>93</sup> *Ibidem* p. 12. (LE, hace referencia al *Law's Empire*, el Imperio del derecho.)



uno a las otras, en lo que le beneficie en la tarea interpretativa, argumentativa, resolutive y justificatoria, que a su vez adopta estas dos actividades.

La elección de estas teorías para el tema tratado, en conjunto aportan idoneidad, coherencia y correlación a la investigación; por un lado, la teoría literaria del derecho de José Calvo nos ofrece el “como” para asemejar al derecho con el arte, la literatura y hermenéutica. La teoría hermenéutica desarrollada por Mauricio Beuchot ofrece “la analogía” que será aplicada para equilibrar la semejanza con las tres disciplinas; así como los actos del derecho en interpretación, comprensión argumentación y principalmente en la justificación de las resoluciones jurídicas. Por otro lado, Gadamer aporta y acogemos “la experiencia estética” de donde el derecho y las resoluciones puedan transmitir belleza y justicia. Finalmente, la teoría de Dworkin presenta una “interpretación constructiva” que de la misma forma será aplicada a las tres semejanzas, a la justificación de las resoluciones podrán constituir diferentes ocasiones y practica de interpretación para después aplicarse al derecho. Haciendo hincapié que estas teorías en conjunto también ayudan a aplicar las características y semejanzas que encontramos de otros presupuestos teóricos de las mismas materias que puede tomar el derecho para ser como el arte, la literatura y la hermenéutica.

Respecto a los métodos se acoge el método inductivo en virtud de que, retomamos las premisas teóricas particulares del arte, de la literatura y la hermenéutica principalmente, para obtener una conclusión general sobre si el derecho puede ser asemejado a estas en algunas de sus características. También el método deductivo para expresar desde la generalidad del derecho como arte, como literatura y como hermenéutica su aplicación a situaciones particulares como es la aplicación de este a la justificación de las resoluciones jurídicas. Asimismo, el método comparativo porque desde el “como” se ejerce la acción de comparar al derecho con el arte, con la literatura y con la hermenéutica para conocer sus similitudes y diferencias y de ahí elegir qué características retoma el derecho de cada una de las disciplinas mencionadas.



Y finalmente, recogemos del método hermenéutico pautas para lograr mejores interpretaciones en el derecho y este trabajo realiza acciones interpretativas en cada una de las premisas y conclusiones presentadas. De este modo, habiendo acotado los fundamentos teóricos y metodológicos de nuestros objetos de estudio, estamos en calidad de continuar con el desarrollo de la presente investigación.



## Bibliografía

1. Aguilar Rivero, Mariflor (coord.), *Entresurcos de Verdad y método*, México, Paideia, 2006.
2. Aliste Santos, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, España-Argentina, Marcial Pons, 2011.
3. Aragonese Alonso, Pedro, *Sentencias congruentes*, Madrid, Aguilar, 1957.
4. Augusto Comte, *Positivismo*, México, Porrúa, 2006.
5. Beuchot Puente, Mauricio, *Breve exposición de la hermenéutica analógica*, México, Revista teológica, 2008.
6. Beuchot Puente, Mauricio, *Hermenéutica analógica y educación*, México, Universidad Iberoamericana, 2007.
7. Beuchot, Mauricio, *Retórica y hermenéutica en Aristóteles*, México, UNAM, 2007.
8. Beuchot, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica, hacía un nuevo modelo de interpretación*, 5ta ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
9. Bonorino, Pablo Raúl, *El imperio de la interpretación: los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, Madrid, Dykinson, 2003.
10. Calvo, González José, *El escudo de Perseo, La cultura literaria del derecho*, España, Comares, 2012.
11. Cárdenas, Gracia Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México, Nostra ediciones Cultura jurídica, 2009.
12. Código Federal de Procedimientos Civiles (<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/6.pdf>)
13. Conde Gaxiola, Napoleón, *Jushermenéutica y Sociología jurídica*, México, Circulo Hermenéutico, 2010.
14. Contreras, Espinoza Ramón, *Literatura y hermenéutica*, México, Torres Asociados, 2010.
15. Definición.DE, <https://definicion.de/justificacion/>
16. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2012.
17. Fabra Zamora y Núñez Vaquero (Coord.) *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, volumen uno, "Teoría literaria del derecho. Derecho y literatura: intersecciones instrumental, estructural e institucional", México, IJ-UNAM, 2015.



18. Fábrega P., Jorge, *Abogados y jueces a través de la literatura universal*, EUA, Plaza & Janes., 1994.
19. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, España, Trotta.
20. Ferraris, Maurizio, *Historia de la hermenéutica*, México, Siglo XXI, 2012.
21. Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, México, Porrúa, 2009.
22. Gadamer, Hans- Georg, *Verdad y método II*, 5ª ed. trad. de Manuel Olasagasti, España, ediciones sígueme, 2002, t.II.
23. Gadamer, Hans Georg, *Verdad y Método, fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 5ª ed., trad. de Agud Aparicio y De Agapito Rafael, España, Ediciones Sígueme, 1993, t. I.
24. Garagalza, Luis, *Introducción a la hermenéutica contemporánea*, España, Anthropos, 2002.
25. García Huidobro, Joaquín, *Filosofía y Retórica del Iusnaturalismo*, México, IJ-UNAM, 2002.
26. García Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, ed. decimocuarta, Argentina, Losada.
27. Ghirardi, Olsen A., *Patologías lógico-formales de la sentencia (la lógica y la fundamentación de las sentencias judiciales)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/aartpatologiaslogicoformales>.
28. Grondin Jean, *La hermenéutica como ciencia rigurosa, según Emilio Betti*, revista Co-herencia, vol. 8, núm. 15, julio-diciembre, Colombia, Universidad EAFIT Medellín, 2011, <http://www.redalyc.org/pdf/774/77421563001.pdf>
29. Grondin, Jean, *¿Qué es la hermenéutica?*, trad. de Martínez, Riu Antoni, España, Herder, 2008.
30. Guía de estudio 1ª unidad, 4º año, *Introducción al arte, Colegio de la Educación estética y artística*, México, Escuela Nacional preparatoria, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
31. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. de Gregorio Vázquez, España, Trotta.



32. Juan Igartua Salaverría, *El razonamiento de las resoluciones jurídicas*, Lima, Palestra Temis, 2009.
33. Macintyre, Alasdair, *Historia de la ética*, España, Paidós.
34. Martínez Dalmau, Rubén, “Arte, derecho y derecho al arte”, *Revista Derecho del Estado*, Colombia, núm. 32, enero-junio, Universidad Externado de Bogotá, 2014, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337631501003>.
35. Muñoz, Martínez Rubén, *Una reflexión filosófica sobre el arte*, Thémata, revista de filosofía, núm. 36. España, 2006.
36. Otero León, Lourdes, *Hermenéutica analógica, ética y estética*, México, Torres asociados, 2011.
37. Pérez cuesta, Ernesto, *Historia de la Hermenéutica*, Seminario de Hermenéutica Filosófica, Slideshare, 2010. <http://es.slideshare.net/amfyce/historia-de-la-hermenutica>
38. Robles, Gregorio, *Las limitaciones de la teoría pura del derecho*, México, Coyoacán, 2013.
39. Roco, G. Francisco, *La literatura como método de conocimiento*, Chile, Universidad de Chile, 1995.
40. Roggero, Jorge (Comp.), *Derecho y Literatura: textos y contextos*, Argentina, Universitaria de Buenos Aires, 2015.
41. Rojas Amandi, Víctor, *Filosofía del derecho*, México, Oxford.
42. Romero, José Manuel, *Hacia una hermenéutica dialéctica*, España, Síntesis, 2005.
43. Urbina, Fonturbel Raúl, *Introducción a la literatura*, España, Colegio San Pedro y San Felices, 2003.
44. Velasco Gómez, Ambrosio (coord.) *Interpretación, dialogo y creatividad*, “El Lugar de la hermenéutica”, Quintas jornadas de Hermenéutica, México, UNAM, 2003.



## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **EL DERECHO COMO ARTE**

#### **2.1. Introducción**

Una propuesta para disminuir la actuación meramente legalista del derecho que tanto ha afectado su concepción, es voltear a verlo desde la esencia, principios y fines para los que surgió, para ello, se considera necesaria la comunión e interrelación con disciplinas afines que hagan préstamos al derecho de algunos de sus elementos o contenidos y que nos guíen en agudizar esa visión. Una de estas disciplinas es el arte.

En ese sentido, el presente capítulo tiene la finalidad de recoger aquellos elementos, contenidos o características del arte que puedan coadyuvar en la actuación del derecho desde su fin y no solo desde una actuación tajante de la ley; desde la interpretación del derecho en su aspecto filosófico, de los componentes del arte que lo favorezcan y analizar si este puede tener semejanza con el arte al adoptar esos componentes. Pensando que el derecho como arte, es una alternativa que humaniza al derecho y lo aleja de la decadencia que ha sufrido a causa del poder, del seguimiento acostumbrado de las masas teóricas y de la tradicionalidad arraigada del derecho-ley. Por lo que es importante comprender en el presente capítulo ¿Cómo se concibe al derecho como arte?, ¿Cómo es esa relación desde diversos aspectos del derecho? y ¿Cuál es la utilidad jurídica del derecho como arte?

#### **2.2. Generalidades y principios del derecho como arte**

¿Por qué comparar al derecho con el arte? ¿Por qué elegir una relación entre ambos cuando entre los elementos del arte encontramos principalmente la belleza y entre el derecho la justicia? La principal razón es porque el arte es una disciplina que apela a la sensibilidad, la cual, de vez en cuando le falta al derecho, y otra porque ambas tienen puntos comunes en la interpretación, acción trascendental para los fines de ambas disciplinas, de la cual se desglosan valiosos presupuestos de refuerzo de una para con



el otro. No negamos, que el arte como toda disciplina tiene sus puntos de debate, de desacuerdo y obscuridad, no obstante, en esta investigación nos abocamos sólo a aquellos componentes y elementos filosóficos ya establecidos que favorecen la construcción jurídico-filosófica, dejando de lado los elementos capitalistas y de mercado que asechan al arte.

El derecho desde sus orígenes fue creado con una finalidad, la utilidad social, en el arte se ha discutido si esta tiene que ser útil, bondadosa o simplemente debe calificarse desde la belleza. Sulzer, Moisés Mendelsshon y Mórítz, señalan que “el arte ha de tender a la bondad y no a la belleza”<sup>94</sup>, Winckelmann en cambio niega que “el arte deba tender a ningún fin moral.”<sup>95</sup> El derecho tiene una utilidad social y del arte se ha discutido la misma, pero a diferencia de los que consideran que en el arte lo único importante es la belleza sin importar su utilidad, deben saber que esta la tiene, sea intencionada o no, dado que el arte nos proporciona: disfrute, reflexión, formas y elementos de interpretación, encuentros, diálogos, emociones, empatías, espacios para la crítica, conocimiento y autoconocimiento.

Al respecto Gadamer, señala que el arte es “un dialogo auténtico en el que interviene lo imprevisto para indicar la dirección al progreso de la conversación”<sup>96</sup>, siendo el arte dialogo, inspira y propone al derecho dirija a la sociedad con la sociedad, a esta con sus leyes, a la justicia con el contexto y con las autoridades, donde se presenten cara a cara las personas con la obra jurídica y existan los medios para que entablen una eficaz conversación y comunicación.

---

<sup>94</sup> Tolstoi, Lev Nicoleavich, *¿Qué es el arte?*, trad. de Víctor Gallego, España, Ediciones Universidad de Navarra, 2007, p. 11.

<sup>95</sup> *Ídem.*

<sup>96</sup> Hans-George Gadamer, *La actualidad de lo bello, el arte como juego, símbolo y fiesta*, trad. de Antonio Gómez Ramos, Barcelona, Argentina, México, Paidós, 1992, p. 8.



Gadamer también señala que, el arte posee un “hacer figurativo”, porque la naturaleza deja todavía algo por configurar, le cede al espíritu humano un vacío de configuraciones para que lo rellene, tal como el derecho que siempre tiene algo por configurar: la escritura legislativa, acciones, normas, los actos y hechos de derecho que son aleatorios, contingentes, impredecibles y complejos. Ahí, se configura lo imprevisto del derecho y se educa al espíritu humano en la interpretación de este desde la crítica, sensibilidad, admiración, el dialogo y disfrute, relleno con esto sus vacíos existentes. Al tener presente la existencia, elementos e interpretación de la actividad figurativa del arte y el derecho, además de entenderla, elegimos las vías de paso entre la figuración y la realidad efectiva, las cuales son propuestas por el arte.

Del arte también acogemos “la zona del despertar humano”<sup>97</sup>, que es la protesta a esas crisis de conciencia, donde ya no podemos aceptar los antiguos moldes y las tradiciones antiguas que desfavorecen al espíritu humano porque el arte es esencial para identificar al ser humano por el ser humano, porque a través de esta se identifica su cultura, historia, creatividad, sensibilidad, capacidad de creación e interpretación; es una forma efectiva de entrenar el autocontrol, autoconocimiento y la autocrítica.

De este modo, se propone que el arte sea compañera en el recorrido del derecho hacia su fin de despertar al humanismo y en la eliminación de esas tradiciones perjudiciales que lo llevan a constituir un sistema jurídico y sistemático de prejuicios, estigmas, tabúes y de los antiguos moldes interpretativos que tanto han afectado la actuación del derecho, el dictado de las resoluciones jurídicas y el acercamiento a la justicia.

También se ha dicho que, “el arte se constituye como vía propia de la vida espiritual”, al dar señales a las personas sobre la toma de conciencia sobre sí mismas y sobre su entorno, por ser “un símbolo de virtualidad permanente que moviliza la energía

---

<sup>97</sup> Lorelai Santana Figueroa, *Nietzsche: la esencia del arte y el arte como justificación de la existencia y del mundo*. México, UNAM, 2006, p. 11.



espiritual de quien lo conforma con quien lo recibe creadoramente”<sup>98</sup>, lo cual sirve al derecho porque desde la virtualidad y sensibilidad que presupone el arte, nos acercamos un poco más a la conciencia de sí, de la realidad y del contexto desde una conformación antropológica, sociológica y cultural, buscando además la virtud en cada acto y aumentar por las que fue creado, reforzando cada vez más su principio progresista.

Por su parte, Gayú considerara al arte como “la expresión de una vida razonable y consciente, que evoca en nosotros a la vez la conciencia más profunda de nuestra existencia y los más altos sentimientos y los pensamientos más nobles, (...) transporta desde la vida personal a la vida universal por medio de una participación de los mismos sentimientos y de las mismas ideas. (...)”<sup>99</sup>. Así, contrario a lo que luego se afirma, si el arte es un producto capaz de procurar un goce activo y hacer nacer una impresión agradable a los receptores y evocarnos al ensayo del razonamiento y sentimiento, tiene en sí utilidad. El derecho al ser como el arte brinda esa producción de goce activo a sus emisores y receptores, buscando más sentimientos de justicia; permitiendo, además un espacio de unión entre razonamiento y sentimiento.

Por otro lado, el arte es “la valorización de lo particular, la penetración sugerente del símbolo”<sup>100</sup>, “la erosión de una vida razonable y consciente, que evoca en nosotros a la vez la conciencia más profunda de nuestra existencia y los más altos sentimientos y los pensamientos nobles”<sup>101</sup>, esta concepción es una necesidad para la eliminación de la dureza del positivismo tan arraigado aún en nuestros días, el derecho necesita

---

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>99</sup> Tolstoi, *Op. Cit.* p. 15.

<sup>100</sup> García Cambeiro, Fernando, *Literatura y hermenéutica*, Centro de estudios Latinoamericanos, Argentina, 1986. p. 16.

<sup>101</sup> Beuchot, Mauricio, (compilador) *Perspectivas y horizontes en las humanidades, el arte y las ciencias*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, Centro de estudios clásicos, 2001, p. 35.



sentimientos matizados que brinde el arte. Una yuxtaposición entre estos se encamina a los presupuestos adoptados por la corriente del infrarrealismo jurídico, es decir, a un acercamiento por vía del derecho a humanizar lo humano.

También, el arte ha sido considerado como “un medio de fraternidad (...) que nos une en un mismo sentimiento (...)”<sup>102</sup>. En el derecho, el encuentro fraternal más recurrente lo tenemos en la lucha por la justicia; desde el arte se propone enriquecerlo y aumentarlo en quienes lo tienen y difundirlo en quienes lo han abandonado. Desde el principio de fraternidad propuesto por el arte, el derecho puede ampliar y mediar las relaciones, en una forma de unión y compañerismo por un mismo fin fraternal.

En sus desarrollos teóricos Nietzsche consideró que “el arte como el derecho son a la vez «un espejo y una ventana. Un espejo que refleja a nuestra sociedad, a nuestras preocupaciones y búsqueda; una ventana que nos permite observar y atestiguar en la comprensión de nuestro momento que toma formas variadas, desconcertantes y efímeras, tan difíciles de encasillar en una definición»”<sup>103</sup>, de esta cita y del texto hasta ahora desarrollado, en parte comprendemos algunas semejanzas entre ambos, las cuales tiene principal relación con las manifestaciones de la sociedad, de los individuos y frente a estas; de cómo las vemos, las vivimos o resolvemos, pero sobre todo, advertimos que existen elementos y características que posee el arte que puede recoger el derecho.

Buscamos que el derecho sea como el arte, porque esta “nos arranca de nuestra cotidianeidad y nos lleva al encuentro con nosotros mismos”<sup>104</sup>, el arte “con sublimes imágenes nos revela la verdad de nuestro ser, la eterna disputa entre los instintos; nos lleva a la pérdida de sentido, donde todo tiene un lugar y no hay espacio para dejar

---

<sup>102</sup> Beuchot, Mauricio, “Perspectivas y horizontes...” *Op. Cit.* p. 35.

<sup>103</sup> Lorelai Santana Figueroa, *Op. Cit.*, p.3.

<sup>104</sup> *Ídem.*



nada afuera”<sup>105</sup>. Por su parte, el derecho ha sido inundado de cotidianeidad, envuelto en un sistema de hacer por hacer, de resolver desde un esqueleto establecido, desde una estructura social y política determinada e impuesta, donde el más fuerte tiene el imperio de la ley, donde las voces no son escuchadas, donde ese actuar se vuelve cotidiano y por lo tanto normal. En ese sentido, necesitamos un derecho mejorado, para esto desde el arte se puede lograr esa nueva visión y conversión desde sus propuestas al derecho.

La propuesta desde el arte permite enfrentarnos y dialogar con nosotros mismos y con la obra del derecho, entablando un diálogo donde no dejemos ni un solo precepto de lado, pues lo que se deje desatendido y en silencio puede ser la respuesta a un acto de justicia; propone elegir para el derecho las características y elementos del arte que le favorecen en sus tareas, principalmente interpretativas, comprensivas, argumentativas y resolutivas, es por lo que en este capítulo analizamos todo lo que es y nos brinda el arte, para de ahí discriminar la información y elegir la más idónea para el embellecimiento del derecho.

### **2.3. Estética y hermenéutica en el derecho como arte**

El arte se ha explicado principalmente desde la estética, entrelazándose con lo bello, sublime, la emoción, perfección, bondad, o como señala Cherbuliez “del placer a nuestros sentidos, a nuestro corazón y a nuestra razón.”<sup>106</sup> La estética como “un proceso activo de la percepción; es la interacción del individuo y un objeto, en la cual la organización de ese objeto provoca una experiencia armoniosa estimulante”.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> *Ídem.*

<sup>106</sup> Beuchot, Mauricio., “Perspectivas y horizontes...” cit., p. 35.

<sup>107</sup> Lowenfeld, Víctor y Brittain, W. Lambert, *Desarrollo de la capacidad creadora*, edición 2º, Kapelusz EUA, 1961.  
[http://www.chubut.edu.ar/concurso/material\\_concuso\\_13\\_7\\_12/Lowenfeldcap12.PDF](http://www.chubut.edu.ar/concurso/material_concuso_13_7_12/Lowenfeldcap12.PDF)  
p. 337.



Por su parte, algunos teóricos han buscado que el arte o en específico las obras de arte trasciendan de lo estético a lo hermenéutico, como es el caso de Hans George Gadamer, para quien el arte no es “algo meramente estético/subjetivo sino una forma peculiar de comprensión ajena al modelo científico-natural”<sup>108</sup>, “lo estético es en Gadamer hermenéutico, experiencia de sentido antes que *experiencia estética*, esto es, experiencia subjetiva, vivencial, sentimental y objetivista.”<sup>109</sup> “el arte es para Gadamer el modelo de ese encuentro/experiencia, de esa verdad hermenéutica”.<sup>110</sup> Asimismo, señala que la sola cualidad estética en el arte la “ha reducido a experiencia sentimental subjetiva (...) negando su valor de conocimiento”,<sup>111</sup> por lo que, propone realizar la “*desestetización* de la estética” e incluir a la hermenéutica, ya que a través de esta se logra la comprensión, conocimiento, la realidad y la verdad que nos proporciona el arte.<sup>112</sup> De este modo, recogemos de forma analógica ambos presupuestos, es decir los elementos estéticos y hermenéuticos del arte, porque buscamos la belleza y sensibilización del derecho, y a su vez la comprensión de este.

El derecho como arte apela a que en su actuación se produzca belleza y que prevalezca la emoción, no solo en el momento que impera lo justo o en que impresiona y encorajina lo injusto, sino al primer instante en que se manifiestan las ideas jurídicas, para que en la aparición de lo injusto se busque lo justo. La belleza se exterioriza en el derecho a través de la justicia; del placer de un proporcional y congruente sistema legal, que brinde placer a nuestro corazón y a la razón; que transmita mejores sentimientos a quienes lo operan y reciben, también los más elevados sentimientos de humanidad y

---

<sup>108</sup> Gutiérrez-Pozo, Antonio, “El arte como realidad trasformada en su verdad. La rehabilitación hermenéutica de la estética en Hans-Georg Gadamer”, *Kriterion: Revista de Filosofía*, Vol.59 no.139 Belo Horizonte Jan./Apr., Sevilla, 2018, [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-512X2018000100035](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2018000100035)

<sup>109</sup> *Ídem.*

<sup>110</sup> *Ídem.*

<sup>111</sup> *Ídem.*

<sup>112</sup> *Ídem.*



no de miedo, impotencia, inseguridad, arbitrariedad, incertidumbre o indiferencia. “Así como una obra de arte no vale nada si no transmite a la humanidad nuevos sentimientos”<sup>113</sup> tampoco el derecho lo vale si no cumple su función, de esencia, de humanizar al humano.

Lo feo en el derecho es una imperfección inevitable, pues la humanidad escapa de la perfección plena, por lo tanto, con belleza en el derecho, no referimos a aquella encaminada a lo más perfecto alcanzable, porque ante el pensamiento de imposibilidad por alcanzarse, es fatal no intentar aproximarse.

La belleza se ha distinguido como la quinta esencia del objeto, por su parte el diccionario de la Real Academia Española la define como: “persona o cosa notable por su hermosura.”<sup>114</sup> Y por cuanto hace a definir hermosura entre otras definiciones señala que es la proporción noble y perfecta de las partes con el todo; conjunto de cualidades que hacen a una cosa excelente en su línea.<sup>115</sup> Entonces, decimos que la belleza en el arte puede pensarse como lo que es agradable a los sentidos, a la razón y aquello en lo que existe proporción entre el todo con sus partes. De la misma forma, el derecho sería bello cuando es proporcional entre sí y sus partes, cuando expresa proporcionalidad entre la razón y la justicia, y se exprese, así como cuando las personas como sujetos del derecho encuentren satisfacción ante sus manifestaciones.

El arte pretende un contagio artístico a través de que sus obras sean bellas, poéticas, ricas en efectos e interesantes. En el derecho como arte se apela a la belleza en la creación de las leyes que tienen voz mediante la escritura; en los actos y acontecimientos que hacen visible su manifestación real, tangible y cierta; en las

---

<sup>113</sup> Beuchot, Mauricio, “Perspectivas y horizontes...” cit., p.78.

<sup>114</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, “belleza”, <http://dle.rae.es/?id=5Jw7ezp>, 16/12/2017.

<sup>115</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, “hermosura”, <http://dle.rae.es/?id=5Jw7ezp>, 16/12/2017, 11:06



resoluciones que señalan un nombre cierto y una personalidad concreta; en los descubrimientos que desentierran los rostros ocultos y en los razonamientos justos. En este sentido, Gadamer señaló que una obra de arte no lo es, si no “despierta en nosotros aquella emoción particular, la alegría de sentirnos en comunión artística con el autor”<sup>116</sup> y con los demás, de este modo, el derecho como arte propone despertar en cada persona relacionada, el sentimiento que el derecho persigue una comunión de humanidad para la humanidad, y no solo contradicción, conflicto, desigualdad, violación de derechos e inconstitucional.

También Gadamer apunta que “la cosa en si no es bella, pero nos parece así cuando el artista la transforma”. El derecho muchas veces no ha sido considerado bello, ya que en algunas de sus manifestaciones ha mostrado conductas contrarias a lo que generalmente esperamos de él desde su concepción de justicia, pese a que desde su existencia se ha pensado con bellos fines y caminos de la proporcionalidad, equilibrio, interpretación, comprensión, etc. Así, desde sus fines y las características que retome del arte, el derecho encuentra un camino más amplio a la de belleza o una postura de desearse como bello, porque esa característica estará implícita en él.

La propuesta de derecho como arte, retoma la belleza en el sentido que Gadamer apunta en su obra *Verdad y Método*: “para que algo guste como obra de arte, tiene que ser siempre algo más que grato y de buen gusto.”<sup>117</sup> De ese modo, se piensa que en la constitución del derecho como arte se debe considerar que cada que interceda, sus actuaciones estén encaminadas a ser una obra de arte que brinde gusto, gratitud de su expresión y aún más, que se encamine en la protección de la dignidad humana, a la proporción, equilibrio y la justicia, porque a través de estas el derecho puede ser bello. Como Gadamer, no se apela a la sola belleza física y formal, sino a la de fondo, en la que el contenido se enfoque a trascender del texto a la realidad y que tenga una aplicación congruente con sus fines de origen.

---

<sup>116</sup> Gadamer, Hans- Georg, “Verdad y método, t. II.” cit. p. 169.

<sup>117</sup> Gadamer, Hans- Georg, “Verdad y método... t. II”, cit. p. 37.



La propuesta de un derecho bello tiene como fin despertar interés en quien ha perdido su confianza en él y en su sistema, percibiéndolo como un camino favorecedor y eficiente para regular las relaciones, o como un sistema real de defensa a la impunidad, desigualdad o a la violación de derechos. Así, la idea de belleza en el derecho debe estar presente en cualquier etapa de su manifestación, porque en muchas ocasiones hemos olvidado los anhelos con los que se pensó el derecho. De este modo, al retomar del arte la belleza, buscamos erradicar el temor que se tiene al involucrarnos en cualquier acto jurídico, eliminar la idea del terrible sistema poderoso que devora al débil, a los pobres y a las minorías, así como deshacernos de aquella imagen de sistema de desigualdad.

La propuesta de un derecho bello, planea la necesidad del desarrollo de una conciencia estética, para lo cual se retoma la hipótesis de la estética aportada por Víctor Lowenfeld y las contribuciones de Gadamer, en el sentido de que la conciencia estética en el derecho estará determinada por la “organización de nuestras aptitudes de razonamiento, el desarrollo de nuestra capacidad de percepción y su estrecha relación con nuestras capacidades emocionales.”(...) <sup>118</sup> porque “desarrollar la conciencia estética significa educar la sensibilidad de una persona respecto de las experiencias perceptivas, intelectuales y emocionales, de manera que las mismas se formen más profundas y se integren en un todo armoniosamente organizado (...)” <sup>119</sup> y a la vez, se incluya la observación, comprensión, percepción y apreciación de las relaciones, logrando una organización armoniosa entre las partes del derecho, y el equilibrio entre las actuaciones racionales y emocionales.

En esa tesitura, y tal como Gutiérrez-Pozo cita a Gadamer, la conciencia estética tiene un carácter de simultaneidad, lo que quiere decir es que en el arte existe un valor artístico pero también trae en ella conocimiento histórico, presenta un comprender que forma un encuentro, es decir un “*fenómeno hermenéutico*”; a través del arte tenemos

---

<sup>118</sup> Víctor Lowenfeld, “El desarrollo de la conciencia...”, cit., p. 337.

<sup>119</sup> *Ídem*.



vivencias estéticas, afectos placenteros y juicios de gusto pero no solo eso, porque “la obra de arte nos dice algo (*uns etwas sagt*)”, declara verdad, y, por ello, “resulta ser objeto de la hermenéutica (*Gegenstand der Hermeneutik*)”.<sup>120</sup> Entonces, la experiencia estética es por un lado, la “experiencia de sentido (*Sinnerfahrung*) y, como tal, es una realización del comprender (*Leistung des Verstehens*)” y por otro, la “(...) capacidad de realizar esta distinción de la intención estética respecto a todo lo extraestético”, por lo que la “estética debe terminar (*aufgehen*) en la hermenéutica”<sup>121</sup>

Para consolidar “la hipótesis estética” propuesta para los objetivos de este trabajo, también adoptamos las ideas planteadas por Dworkin en su obra de 1982, en la cual establece que la interpretación de una obra debe mostrarla desde su lectura, escritura o comunicación, como la mejor obra de arte<sup>122</sup>. Es decir, se conjunta el presupuesto de la hipótesis estética que busca mostrar un acto del derecho como la mejor obra dentro de las de su género y la planteada por Gadamer que incluye a la hermenéutica como fin para llegar a la belleza, a la interpretación, comprensión y encuentro del derecho con el derecho y este con la sociedad. Ambas concepciones son necesarias porque abarcan los fines del capítulo y porque somos razonamiento, interpretación, comprensión, sentimiento y percepción.

De ese modo, a través de “la conciencia estética” se educa la sensibilidad respecto de las experiencias perceptivas, intelectuales y emocionales, así como las racionales, hermenéuticas e interpretativas, de manera que, teniendo conciencia de cuándo aparece una u otra y cuándo termina, sabremos hasta qué punto el imperio de una

---

<sup>120</sup> Gutiérrez-Pozo, “El arte como realidad trasformada...” cit. s/n

<sup>121</sup> *Ídem*.

<sup>122</sup> Dworkin, Ronald, “Law as literatura” *Investigación crítica*, vol. 9, no. 1, 1982, JSTOR, [https://www.jstor.org/stable/1343279?readnow=1&seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1343279?readnow=1&seq=1#page_scan_tab_contents), 20/12/2020.



puede determinar la actuación en el derecho, y así eliminar su parcialidad y convertirla en proporcionalidad.

Con “la hipótesis estética” las manifestaciones del derecho serán la mejor obra de arte de su género, buscando con ello actuaciones más justas, equilibradas y sin perder de vista la seguridad jurídica, como un eje importante en el derecho. Además de considerar la integridad, creatividad y humanidad, porque reconocemos que todas son “componentes esenciales de los sistemas democráticos, que contribuyen a otorgar certeza y estabilidad al orden jurídico y esto resulta de gran trascendencia para delimitar con claridad el ejercicio del poder público frente a los derechos y libertades individuales y, con ello, mantener certidumbre jurídica sobre la aplicación e interpretación del Derecho” (...).<sup>123</sup>

#### **2.4. El derecho como arte en su relación con el conocimiento**

Respecto a la relación conocimiento, arte y derecho, podemos aventurarnos y creer que debido a los puntos de contraposición entre el arte y el derecho su comparativa resulta complicada, debido a las formas determinadas en el que cada uno se manifiesta; es aprendido por los demás; los fines que cada uno persigue; las técnicas y métodos empleados para su enunciación; las teorías que sustentan y fundamentan su existencia o la disparidad entre la formalidad de uno y la libertad de expresividad de la otra. No obstante, a pesar de las diferencias anteriores, es importante aclarar nuevamente que no se busca igualdad, total identidad ni mucho menos la transformación del derecho al arte, sino semejanza y préstamos de características, cualidades o principios que le favorezca al derecho en el cumplimiento de sus fines y en amortiguar lo tajante o radical que en ocasiones puede llegar a ser. La intención principal es conseguir una visión del derecho más humana y cultural.

---

<sup>123</sup> Penagos López, Pedro Esteban, *Seguridad jurídica en el sistema democrático*, México, Tirant lo Blanch, 2014, p. 13 y 14.



Si bien es cuestionable que, con las características del arte lleguemos al conocimiento del derecho, cuando mucho se promulgó que este debía ser objetivo; diciéndose que: “algo sólo es conocimiento cuando ha dejado atrás su dependencia de lo subjetivo y de lo sensible, y comprende la razón, lo universal y la ley de las cosas”<sup>124</sup> lo cierto es que, en el derecho no podemos alcanzar siempre la objetividad o una objetividad pura como lo plantea la teoría pura del derecho, debido a que este es una ciencia social conformada por comportamientos sociales. En ese sentido, en el derecho ha quedado aceptado que, la subjetividad siempre estará presente y que, debido a esto, se han propuesto teorías o métodos que intentan delimitar esa subjetividad; en nuestro caso principalmente, buscamos que esa subjetividad sea crítica, equilibrada, racional, educada, sensible, consciente, encaminada a la justicia, al bien y a la máxima protección de los derechos humanos.

Por lo que hace a la manifestación de cada uno, el derecho como forma preponderante se manifiesta desde la escritura, las relaciones, acciones, hechos y actos jurídicos, es decir, desde las resoluciones, leyes, decretos, tratados, artículos científicos, libros o recomendaciones; en el contacto de las personas con otras personas o con grupos sociales, en las luchas o protestas de protección a los derechos; en un sistema jurídico; en conciliaciones o mediaciones, por mencionar algunos. Mientras tanto, el arte se expresa por medio del movimiento, del sonido, la manipulación de la materia, la captación de un instante o la construcción compleja de una secuencia de imágenes, también a través de las relaciones sociales y culturales. Entonces, si existe esa diferencia ¿cómo es esa relación epistemológica entre ambos o cómo el arte puede contribuir al conocimiento del derecho?

Es factible su unión porque, tanto en el derecho como en el arte se busca un conocimiento singular de las personas, ambos muestran dificultad y nobleza, precisión e interpretación, tormento y consuelo, realidad y ficción, inconformidad y fraternidad.”

---

<sup>124</sup> Hans-George Gadamer, “La actualidad de lo bello...” cit., p. 2



El derecho como el arte sirven para ordenar el mundo”<sup>125</sup>, pero ambos buscan conectar al humano al mismo humano, dar satisfacción de un algo creado para la generalidad aplicable al particular; son necesarios para el progreso en el camino de la dicha humana, la unión de la humanidad, armonía y proporcionalidad; de este modo, el derecho y el arte tienen un trato de comunión en el conocimiento.

Además de lo anterior, porque el arte tiende a mostrar un contexto social, político, ideológico, histórico o cultural de un determinado tiempo en cualquiera de sus formas de manifestación, lo cual hace desde los sentidos, desde la sensibilidad de sí mismo y de que sea agradable para los demás. En el arte se dice mucho, lo que no nos atrevemos a decir, aquello de lo que hemos sido inconscientes de su existencia, que consciente o inconscientemente desde nuestra alma, imaginación, creatividad y sensibilidad se quiere mostrar; se crea conocimiento crítico y sensible a través de la manifestación de la sensibilidad.

El arte nos permite acceder al conocimiento del derecho de una forma sensible y crítica al diálogo; porque tanto el derecho como el arte buscan transportar desde la vida personal a la vida social, por medio de una participación de los mismos sentimientos de justicia a las mismas ideas de orden, afinidad, respeto, disposición y comunidad. Y al incorporar “nuevos horizontes de ideas, permanece igual a sí mismo, en tanto enfrentamiento de la conciencia a realidades últimas y a sus propias experiencias de conocimiento”<sup>126</sup>.

Acceder al conocimiento del derecho desde el arte, nos permite acercarnos de una forma sensible y crítica al diálogo, al sentido común, a la empatía, al lugar del otro, al respeto, tolerancia, igualdad y a la justicia, y a incorporar “nuevos horizontes de ideas

---

<sup>125</sup> Carneutti Francesco, *Arte del derecho*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2008, p. 15.

<sup>126</sup> García Cambeiro, *Op Cit.*, p. 16



(...)”<sup>127</sup> de este modo, se busca que la subjetividad que siempre está presente en el derecho, sea crítica, racional y equilibrada, y al retomamos lo que Gadamer señala en Verdad y Método sobre que en el arte no se plantea encontrar la verdad, ni el gran cambio, sí nos dirigimos hacia una conciencia estética, a través de la cual se busca encaminar de forma analógica y equilibrada al derecho desde el arte para llegar a un derecho como arte.

Por otra parte, la manera en la que el sujeto se apropia del objeto desde el derecho como arte es desde la razón y los sentidos, es decir, se busca la objetividad en los actos, pero también se deberá identificar conscientemente cuándo y cómo se manifiesta la subjetividad para dirigirla hacia la razón, la crítica, el bien, y a la sensibilidad de lo humano y lo justo; es decir, identificar para encaminar y transformar.

## 2.5. El derecho, el arte y la interpretación jurídica

La interpretación es una actividad primordial tanto en el derecho como en el arte, “de la misma forma que la actividad jurídica necesita de la interpretación para adecuar las normas a los hechos, en el ámbito de la música -y de las artes en general- resulta inevitable la influencia de la vivencia del intérprete sobre la obra”<sup>128</sup>, además de la interpretación social en ambas. Por esto, resulta preciso permitirnos un espacio para reflexionar sobre esta y su relación con el derecho y el arte, su concepción y cómo es desde nuestra propuesta. Al respecto, Dworkin señaló que, “la interpretación artística es una empresa estética, la interpretación jurídica es una empresa política, así estima que la política, el arte y el derecho se unen en la filosofía”<sup>129</sup>. Por su parte Pettoruti,

---

<sup>127</sup> García Cambeiro, *Op Cit.*, p. 16.

<sup>128</sup> Pettoruti, Carlos Enrique, “El arte del derecho”, *Dialnet*, Revista Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJyS.UNLP, N°2, 2010, p. 22. <file:///C:/Users/carlo/Downloads/Dialnet-EIArteDelDerecho-5618180.pdf>

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 27.



señala que, “la interpretación del derecho se halla mas relacionada con el arte que con la ciencia, debido a la flexibilidad de las situaciones jurídicas”<sup>130</sup> (sic).

En el campo de la interpretación, Dworkin elaboró una teoría general de la interpretación desde la interpretación artística-literaria, en esta señala que el derecho es una “práctica social interpretativa”<sup>131</sup>, que “... la interpretación de una práctica social se parece a la interpretación artística en lo siguiente: ambas se proponen interpretar algo creado por la gente como una entidad distinta de ellos mismos... se consideran dos formas de interpretación “creativa” ...”<sup>132</sup>. También, afirma que, la interpretación artística como la jurídica, constituyen solo diferentes ocasiones de interpretación, siendo este un enfoque de la interpretación creativa” (...), <sup>133</sup> creando así, el termino interpretación constructiva, en la que se da “un sentido a un objeto o práctica para hacer de él el mejor ejemplo posible de la forma o género al que se considera que pertenece...”<sup>134</sup>

Por lo que hace a las diversas definiciones de lo que es la interpretación según la corriente y teoría que la retoma, Ricoeur dice que esta “es el trabajo del pensamiento que consiste en dedicar el sentido oculto aparente, en desplegar los niveles de significación implicados en la significación literal.”<sup>135</sup> Por otro lado, la interpretación jurídica lingüística ha sido definida como una actividad de reelaboración semántica del lenguaje normativo que pone de manifiesto sus rasgos fisonómicos de carácter legalista y formalista. La actividad interpretativa se ha encausado a diversos enfoques, entre

---

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>131</sup> Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clase de la teoría y práctica*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 163

<sup>132</sup> Bonorino, *Op. Cit.*, p. 20.

<sup>133</sup> Dworkin, “*El imperio de la justicia: de la teoría general...*” *op. cit.*, p. 163.

<sup>134</sup> Bonorino, *Op. Cit.* p. 17.

<sup>135</sup> Groundin, Jean, “¿Qué es la hermenéutica...?” *cit.*, p.108.



ellos está la interpretación textual, que ha estado condicionada por el mismo texto de las palabras de la ley (...), donde el intérprete está obligado a la máxima fidelidad posible frente a la (hipotética) intención expresada por el legislador, y (...) está llamado a desarrollar una tarea de filología jurídica (...).<sup>136</sup>

La interpretación para David Novitz es usada para “comprender mejor, por lo que desde su perspectiva la meta de la interpretación es esclarecer un determinado fenómeno y por ende obtener un conocimiento”<sup>137</sup>. En el arte la interpretación “no se reduce a una búsqueda de comprensión, ni a una recepción pasiva, sino que además involucra creatividad e imaginación por parte del público”<sup>138</sup>, donde esta es utilizada “como justificación conceptual de una teoría estética y de la interpretación como la defensa argumentativa para sostener un juicio o una valoración crítica acerca de una obra determinada.”<sup>139</sup>

La interpretación en y del derecho ha tenido tintes exegéticos, doctrinales y literales, por mucho tiempo se ha evocado a “la actividad de asignar sentido o significado a textos jurídicos, por ejemplo, artículos de una ley, fracciones de un reglamento, párrafos de una Constitución, capítulos de un tratado, (...) las palabras que expresan el significado del texto se denomina interpretación.”<sup>140</sup> También han existido propuestas teóricas que consideran que la interpretación abarca no solo los textos jurídicos, sino cualquier ámbito jurídico, es decir: “los principios, los reglamentos, los procedimientos, las instituciones, la interpretación y la decisión; en pocas palabras: la sintaxis, semántica y

---

<sup>136</sup> Frosini Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, trad. de Restrepo Jaime, Temis, Colombia 1991, p. 8.

<sup>137</sup> Vite Tiscareño, Edgar, *El problema de la interpretación del arte contemporáneo*, México, UNAM, 2011, p. 18. <http://132.248.9.195/ptb2011/agosto/0672153/Index.html>

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>140</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Interpretación.

[http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos\\_Interpretacion.pdf](http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos_Interpretacion.pdf)



pragmática”<sup>141</sup>, el contexto, los hechos, los acontecimientos y a la sociedad misma. En los últimos tiempos la interpretación de las leyes y del derecho en general se realiza desde la llamada “interpretación conforme”, esto es, en conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas, con la protección más amplia a los derechos humanos y desde el principio *pro persona*.

En el arte como en el derecho, la interpretación ha sido determinada de forma univocista cuando se da validez a solo una interpretación como correcta y la interpretación equivocista cuando cualquier interpretación es correcta, en ambos casos, existen diversas teorías de interpretación, pues las obras también admiten más de una interpretación que proponen más de una respuesta. El blanco de interpretación en el derecho ha sido la ley, las sentencias, principios, hechos, acontecimientos, la cultura, la sociedad, entre otras, y en el arte son las manifestaciones sociales, culturales, las obras plásticas, la música, fotografía, teatro, cine, danza, arquitectura o literatura, etc., y en ambos las teorías han tomado en cuenta todos los elementos que conforman la obra, la relación autor- receptor, la cultura, las relaciones sociales, actos políticos, moral, historia, el contexto y la estética, de forma particular y como un todo.

Al igual que en el arte, el derecho para su trato interpretativo tomó en serio el papel que ocupa y cómo se construye la cultura, esto para evitar la interpretación de algún fenómeno o un caso en concreto aplicando teorías que no corresponden al contexto, al sistema jurídico y a las disposiciones jurídicas, dado que “la cultura es un rasgo exclusivo del ser humano, que es esencial para comprender cómo nos relacionamos con el mundo y con los otros.”<sup>142</sup> En la interpretación del arte, la cultura toma dominante importancia, pues a través de esta se entiende significativamente el contexto, el dialogo, los posibles resultados, la intención y formas de recepción.

---

<sup>141</sup> Conde, Gaxiola Napoleón, *Op. Cit.*, p. 17.

<sup>142</sup> Vite Tiscareño, Edgar *Op. Cit.*, p. 34.



Los beneficios que el arte aporta a la interpretación en el derecho, es el adentramiento al objeto a interpretar desde un interrogatorio entre la sensibilidad, la creatividad, la crítica y la cultura, pues como bien señala Margolis, el arte “no se limita a la clarificación del significado o función de algo, sino que involucra otras metas, sobre todo cuando la relacionamos con las manifestaciones culturales”.<sup>143</sup> Y como apuntó Gadamer, al enfrentamos a una obra de forma interrogadora, es más complicado encontrar una respuesta definitiva al primer acercamiento sobre el propio derecho en sí, sobre la presentación del yo ante el derecho y del otro ante este.

La interpretación desde el derecho como arte, es una interpretación que no pretende caer ni en el univocismo ni en el equivocismo, sino que, apela al equilibrio y a la analogía; características que se encuentran en el arte y que fueron retomadas por Mauricio Beuchot en sus estudios teóricos. Lo anterior, porque la interpretación univoca deja las especificidades y particularidades de cada asunto jurídico fuera de la justicia, es decir, se toma y aplica una sola interpretación como única y correcta, sin importar los detalles que rodean al acontecimiento, se esfuerza al encuadramiento del hecho a la norma y caemos en el absolutismo. Por otro lado, en la interpretación equivocada vale cualquier interpretación y nos ahogamos en el subjetivismo. Por ello, la presente propuesta vela por la analogía y el equilibrio entre el absolutismo y el subjetivismo.

Con esto no pretendemos decir que el derecho como arte nos aportará respuestas correctas desde la interpretación, sino que, del arte se buscan características, elementos y caminos que nos lleven a mejores interpretaciones, porque tal como Gadamer señala, el arte nos permite obtener formación e información desde la interrogación, creatividad, creación, imaginación, armonía y proporcionalidad; y desde la propuesta buscamos que estas se vean reflejadas en las interpretaciones del derecho en la acción, esto dado que “la interpretación en el arte no se limita a la realización de

---

<sup>143</sup> *Ibidem*, p.11.



un análisis crítico para esclarecer algún aspecto de una obra, sino que además involucra el uso de la imaginación y creatividad del interprete.”<sup>144</sup>

En la rama del derecho nos hemos concretado a la interpretación desde lo analítico y lo crítico, dejando de lado las cuestiones sensibles por temor a caer en subjetivismos. En ese sentido, en la propuesta puede haber puntos de discusión sobre que la interpretación desde el arte nos puede llevar a la sensibilidad y que el arte acogerá bastantes elementos subjetivos de nuestra experiencia individual, creencias o estereotipos. Sin embargo, no podemos dejar de lado que en todas las interpretaciones siempre se manifiestan presupuestos subjetivos del interprete, en ese tenor Dworkin dentro de su teoría general de la interpretación, sostiene que: “la defensa de una interpretación siempre presupone la aceptación de ciertas creencias normativas tácitas”<sup>145</sup> y que “el intérprete actúa a partir de ciertas creencias inarticuladas sobre sus aspectos formales (aquellas características que hacen a la identidad del objeto a interpretar y que permiten distinguir las tareas de interpretar e inventar). Pero también, opera a partir de creencias tácitas sobre aquello que hace valiosos a los objetos de esa clase (teorías valorativas de carácter normativo).”<sup>146</sup>

Siendo conscientes de la dificultad para desechar el lado subjetivo del interprete en la tarea interpretativa, es relevante que adoptemos el presupuesto dworkiniano que señala que, “toda interpretación debe ser puesta a prueba en dos dimensiones: la dimensión del ajuste y la dimensión del valor. En la primera busca que la interpretación se adecue a los principales rasgos que encontramos en el elemento a interpretar, mientras que en la segunda, evaluamos hasta qué punto el objeto de la interpretación es mostrado en su mejor perspectiva.<sup>147</sup> De este modo, el objeto a interpretar se ajustará en los elementos, normativas o principios que lo rodean y a la vez desde su

---

<sup>144</sup> *Ibidem*, p.6.

<sup>145</sup> Bonorino, *Op.Cit.* p.89.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>147</sup> *Ídem*.



mejor perspectiva, hacia la justicia y utilizando para este fin la sensibilidad, imaginación, creatividad, proporcionalidad, estética, belleza o armonía para mostrar el mejor objeto interpretado.

El derecho como arte, si bien busca hacer patente la sensibilidad, no significa que nos desbordemos en ella y en el subjetivismo, porque esta es guiada por la normativa vigente nacional e internacional y por la máxima protección de los derechos humanos, por lo que esta sensibilidad no será ni en demasía ni mucho menos absoluta. Se busca eliminar la frialdad del derecho escrito para revivirlo a la realidad desde sus mejores fines. Además, la interpretación desde estas características, no nos llevan de facto a la subjetividad, por eso se adopta la propuesta de Dworkin referente a la “interpretación constructiva”, donde se busca transformar al derecho y sus interpretaciones ajustándolo a lo existente, pero a la vez, construyéndolo como una obra de arte, la mejor obra dentro de las de su género que muestre la máxima protección de los derechos humanos y la mayor protección a la dignidad.

En ese sentido, la interpretación creativa desde el derecho como arte supone la normatividad de la legislación y la objetividad de que todo operador jurídico cuidará la “serie de rasgos contextuales e idiosincráticos que alteran nuestro modo de apreciar y experimentar las diversas manifestaciones (...)”<sup>148</sup> y en sintonía con Gadamer, en su obra *Arte y Dialogo*, considero que el arte dice mucho más de lo que pudiéramos ver en ella, y le puede decir mucho de ella al derecho, para que este diga más de sí mismo. La subjetividad, siempre estará en los seres humanos y no podemos alejarla, lo que más bien se debe hacer, es educarla y saber cuándo es favorable en la interpretación, cuando es necesaria para no encontrarnos ante la frialdad del derecho y cuándo es necesaria para hacerlo mejor, a él y a sus manifestaciones.

Esta propuesta, adopta la “interpretación constructiva” para brindar un sentido a un objeto y hacer de él, el mejor ejemplo posible de la forma o género al que se considera

---

<sup>148</sup> Vate, Tiscareño, *Op. Cit.*, p.30.



que pertenece...”<sup>149</sup> y lo hace desde el acogimiento de las cualidades del arte que lo favorecen, las cuales ya se han mencionado en párrafos anteriores y se continuarán mencionando a lo largo de esta propuesta. Lo anterior porque como sabemos y varios teóricos lo han mencionado en sus trabajos de investigación y en la práctica diaria: “la actividad interpretativa es necesaria para “conocer” el derecho”, porque la interpretación forma parte de su realidad, construimos el objeto cuando lo conocemos. Así, interpretar presupone elegir y decidir; es una actividad basada en un acto valorativo, influenciado por la concepción del mundo del intérprete y, finalmente, por su sensibilidad.”<sup>150</sup>

Finalmente, con lo anterior hemos reflexionado respecto a que las cuestiones de derecho no nos hablan siempre del mismo modo, por lo que se debe preparar en la obtención y creación de respuestas cada vez distintas, creativas, proporcionales y más humanas, con “otras sensibilidades, otras atenciones, otras aperturas hacen aflorar la figura única, propia, unitaria e idéntica, la unidad de la expresión artística, en una pluralidad inagotable de respuestas.”<sup>151</sup> Desde el arte, el derecho se puede establecer una interpretación no solo explicativa, sino creativa, la cual involucra a la recepción del derecho como público, que a través de una obra hermosa se trata de conquistar y agradar; donde los espectadores y los artistas jurídicos comprometan apertura y dialogo desde la interrogación, creatividad e imaginación y como Dworkin señalaba, “revelar un texto como una obra de arte,”<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup> Bonorino, *Op. Cit.* 17.

<sup>150</sup> Pettoruti, Carlos Enrique, “El arte del derecho”, *Dialnet*, Revista Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJyS.UNLP, Nº2, 2010, p. 22. <file:///C:/Users/carlo/Downloads/Dialnet-ElArteDelDerecho-5618180.pdf>

<sup>151</sup> Gadamer, Hans George “Verdad y Método II...” cit., p.15.

<sup>152</sup> Pettoruti, Carlos Enrique, *Op. Cit.*, p. 27.



## 2.6. Del arte para el derecho como arte

Después de reflexionar a grandes rasgos la relación entre el derecho y el arte; haber realizado una crítica estética del tema, dedicado un apartado al derecho y el arte en relación con el conocimiento y con la interpretación, es necesario señalar las características que el derecho debe retomar del arte para la realización de sus actividades primordiales y para su propia manifestación; como es en la interpretación, argumentación, escritura, motivación de las resoluciones, resolver casos difíciles y/o dirimir conflictos. Las características que, se propone adopte el derecho como arte son: la sensibilidad-sensibilización; creatividad; proporción, armonía, composición, ritmo; crítica, disfrute, goce y placer, de las cuales hablamos a continuación.

### 2.6.1. Sensibilidad-sensibilización

Como primer elemento que el derecho recoge del arte es el de sensibilidad-sensibilización, ya que como se ha dicho, es necesaria para desechar la frialdad que en ocasiones el derecho manifiesta y que es así percibido por sus receptores, buscando humanizarlo y acompañarlo cuando ciertos actos lo deshumanicen, sin que, con su adopción se acoja indeterminadamente los sentimientos y se rechace la razón.

Respecto a ello, han existido discusiones teóricas sobre que la “razón es un concepto opuesto al arte o contradictorio con él (...)”, también han existido oposiciones respecto a “(...) la dimensión sensible del arte en nombre de un concepto puro de razón.”<sup>153</sup> Y basándonos en esto, quizá se trasladen a esta propuesta, específicamente a que el acogimiento de la sensibilidad puede alejarnos de la razón. No obstante, es pertinente recalcar que la sensibilidad se acoge en compañía de la razón y sobre todo desde la analogía, es decir, desde la proporción.

---

<sup>153</sup> Vilard, Gerard, Las razones del arte, Machado Libros, España, p. (introducción) 2005.



Como primer punto, es importante destacar que por sensibilidad entendemos la “facultad de sentir, propia de los seres animados” y la “manera peculiar de sentir o de pensar”<sup>154</sup> que es, por una parte, a la capacidad de apreciar algo, reaccionar emocionalmente a ello o a dejarnos guiar por los sentimientos, lo que nos lleva a la intención de pensar y actuar desde un sentimiento de justicia, para percibir y reaccionar cuando nos enfrentemos a la injusticia. La idea reconocida y aceptada de sensibilidad-sensibilización en el derecho, nos permite darnos cuenta de que esa capacidad sensible nos encamina hacia los fines deontológicos del derecho y a rechazar el apego desmedido a las subsunciones, evitando reducir al derecho a meros legalismos y a la frialdad de un texto, para en su lugar verlo desde su y nuestro lado sensible.

La sensibilidad nos encamina a vivir y manifestar el lado humano del derecho, a la máxima protección de la dignidad humana y como dice Dworkin, a tener un estilo “interpretativo de coherencia e integridad”.<sup>155</sup> Esta es importante dado que, los elementos sensibles pueden dar cuenta de cada especificidad concreta respecto de cada obra de arte<sup>156</sup> porque “la obra de arte nos dice: «¡Escúchame! ¡Entiéndeme! ¡interpretame! ¡Amplía y renueva tu lenguaje y tu visión!»<sup>157</sup> es decir, nos muestra y nos enseña la parte sentimental y la racional del derecho. Como Vilard, decía “(...) intenta reconocer las formas de racionalidad que puedan manifestarse en las prácticas artísticas y la recepción de las obras” porque “...en el arte se produce una apertura de las aperturas del mundo o dicho, en otros términos, la experiencia del arte es la experiencia de las posibilidades de la experiencia y por ello el arte es algo tan fundamental en las sociedades contemporáneas.”<sup>158</sup>

---

<sup>154</sup> Sensibilidad, Diccionario de la Real Academia Española, <https://dle.rae.es/sensibilidad>

<sup>155</sup> Dworkin, “Law as interpretation...” cit., p. 184,

<sup>156</sup> Rüdiger Bubner: “El arte como experiencia sensible” VII Jornadas de sociología de la UNLP, Argentina, 2012, p. 7.

<sup>157</sup> Vilard, *Op. Cit.* (introducción).

<sup>158</sup> *Ídem.*



De este modo, consideramos que la sensibilidad del arte es relevante para el derecho porque a través de esta se manifiesta “(...) la más alta y fundamental forma de razón que posee el ser humano, una manifestación de invención, creación e innovación sin la que seguramente no habríamos (...) podido enterarnos de respuestas nuevas y darles respuestas nuevas.” Por eso la sensibilidad en el derecho permite dar un paso más allá a nuestros sentidos y nuestra razón, y a la vez conjuntarlas. Motivos por los cuales se apela a la sensibilidad en este trabajo desde un sentido de humanidad, rechazando aquel que pudiera pensarse como sentimentalismos y lamentación.

### 2.6.2. Creatividad

El segundo elemento o característica que posee el arte y se propone comparta con el derecho, es la creatividad. Esta es definida como “la capacidad para captar la realidad de manera singular, generando y expresando nuevas ideas, valores y significados”.<sup>159</sup> Al respecto, Víctor Lowenfeld señala que:

*Toda actividad creativa tiene su origen en una persona, que utiliza una multitud de percepciones intelectuales y sensoriales. En el proceso de creación de un cuadro, por ejemplo, el artista pinta en base a sus conocimientos conscientes y a sus motivaciones inconscientes o preconscientes; selecciona las formas y los colores que constituirán su pintura definitiva. Sin embargo, durante el proceso, puede que el artista se*

---

<sup>159</sup> Iglesias Casa, Isabel, *La creatividad en el proceso de enseñanza-aprendizaje de ele: caracterización y aplicaciones*, Universidad de Oviedo, España, s.a., <https://sites.google.com/site/promociondelacreatividad/articulos-informativos/creatividad-en-el-proceso-de-ensenanza-aprendizaje?tmpl=%2Fsystem%2Fapp%2Ftemplates%2Fprint%2F&showPrintDialog=1#:~:text=Es%20dif%C3%ADcil%20resumir%20en%20una,Como%20nos%20recuerd a%20J.&text=Francisco%20Mench%C3%A9n%20Bell%C3%B3n%20la%20define,Me nch%C3%A9n%2C%201998%3A%2062>).



*detenga y se diga: «Esto no está bien.» Aquí, la interacción entre la pintura y el artista adquiere un nuevo significado, pues éste ha apreciado la organización de la obra y no la ha hallado de su gusto. Por consiguiente, es fácil ver que la expresión creativa y la conciencia estética están estrechamente entrelazadas.<sup>160</sup>*

Para la consideración del derecho como arte, tenemos el provecho que esta similitud representa y la finalidad de forjar propiedades de una para con el otro. En este sentido, el derecho como arte representa la búsqueda y aplicación de la creatividad en sus formas de actuar; significa adoptar la originalidad, innovación y creación, así como la intención de desarrollar nuevas ideas, tanto en la racionalidad como en las etapas de los procesos que se ejecuten. La creatividad jurídica es viable a partir de la concientización, interiorización y aceptación por parte de los sistemas jurídicos, pensándola como una consideración de progresividad del derecho que desde nuestras percepciones intelectuales y sensoriales nos encaminan a ofrecer respuestas creativas para los diversos escenarios del derecho.

La creatividad tiene relación tanto con la sensibilidad como con la razón, la cual como señala Lowenfeld proviene de las percepciones “intelectuales y sensoriales”, sin embargo, en el derecho se ha carecido de su uso porque se piensa que las mejores formas de expresión y resolución se encuentran en el uso de la razón pura e intelectual. No obstante, el derecho necesita de la sensibilidad para ejercer una actitud creativa que lo conduzca a la apertura de nuevas y mejores formas de vivirlo. Además, mediante ésta, el derecho amplía la interacción entre sus manifestaciones y reacciones, porque desde la creatividad nos obligamos a echar un salto más profundo a cualquier tarea jurídica, dialogamos más con la misma, existe mayor esfuerzo por encontrar la mejor forma de decirla y por crear algo nuevo que resuelva o responda a nuestras necesidades.

---

<sup>160</sup> Víctor Lowenfeld, “El desarrollo de la conciencia...”, cit., p. 337-338.



A partir de la creatividad se cuestiona la cotidianeidad y monotonía acaecida en cualquier actuación jurídica, desde la creación de leyes hasta la ejecución de las resoluciones. Para ser creativos, debemos empezar por desestimar los malos y acostumbrados usos representados en los llamados machotes jurídicos que muchas o la mayoría de las veces carecen de interpretaciones, esmero y originalidad.

Para adoptar la creatividad en el derecho como arte, es necesario querer realizar y decir el derecho desde esta, porque desde el querer se pueden idear infinitas formas creativas, siendo cierto que: “el factor crucial en la creatividad es la motivación que radica en el estímulo por hacer algo creativo.”<sup>161</sup> Es decir, “crear la perspectiva del mundo que queremos ver y crear, está relacionada directamente con el proceso de asociación” <sup>162</sup> y al asociar al derecho con el arte desde la creatividad, obtendremos como resultados nuevas formas de decirlo, porque necesitamos mejores respuestas a “los problemas cotidianos, se necesita innovar, arriesgarse, recrear, de tal forma que es un acto que se transforma en una forma de ser y estar en el mundo; una actitud hacia la vida” <sup>163</sup>, una actitud hacia el derecho.

La creatividad puede obtenerse a partir de la fantasía del arte y la literatura, que construyen infinidad de casos desde la imaginación utilizada en el momento preciso; desde el humor y la motivación de encontrar soluciones ensayadas para luego aplicarlas y desde el despertar “que se agazapa en el inconsciente, proporcionando una nueva perspectiva y nos liberan de una manera estrecha de pensar, nos liberan, en definitiva, de las limitaciones del pensamiento racional”<sup>164</sup> para también tomar en cuenta el pensamiento creativo y sensorial. Para lo cual, es importante el desarrollo de una conciencia estética y tener presente que esto es algo que no se puede imponer desde

---

<sup>161</sup> Iglesias Casa, *Op. Cit.* s/n

<sup>162</sup> *Ídem.*

<sup>163</sup> Wainburd, Gilda, *Creatividad y transformación, teoría y técnicas*, Trillas, México, p. 17.

<sup>164</sup> Iglesias Casa, *Op. Cit.* s/n



fuera, sino que, la necesidad de comprender y apreciar las cosas que nos rodean debe surgir de la concientización de los individuos mismos.<sup>165</sup>

En ese sentido, acoger el derecho como arte, significa apelar por decirlo desde la “creatividad”, desde la innovación, el gusto y la originalidad, para encaminarlo a la mejor forma y mayor cumplimiento de los fines axiológicos y a la protección a los derechos.

### 2.6.3. Proporción- armonía- composición y ritmo

Otros elementos elegidos del arte son la proporción, armonía, composición y ritmo, de los cuales es necesario puntualizar sobre su significado para determinar cómo pueden ser aplicables en el derecho. En ese sentido, recogemos lo que nos dice el Diccionario de la Real Academia Española al respecto.

*Proporción*: proviene del latín *proportio, -ōnis*, que significa la “disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí.” En el arte la proporción es retomada desde la sección áurea, la cual es uno de los principios formales de la composición visual utilizada desde la antigüedad; particularmente en la arquitectura: “es el segmento menor es al segmento mayor como este a la totalidad.”<sup>166</sup>

*La armonía*, proveniente del latín *harmonia*, y este del griego *ἁρμονία harmonía*; propiamente 'juntura', 'ensamblaje', la cual por un lado significa “la unión y combinación de sonidos simultáneos y diferentes, pero acordes.” Asimismo, se define como: “bien concertada y grata variedad de sonidos, medidas y pausas que resulta en la prosa o en el verso por la feliz combinación de las sílabas, voces y cláusulas empleadas en él.”

---

<sup>165</sup> Víctor Lowenfeld, *Op. Cit.*, p. 337-338.

<sup>166</sup> Proporción, Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 2017.  
<http://dle.rae.es/?id=UOPJ9JT>



Por otro lado, como la “proporción y correspondencia de unas cosas con otras en el conjunto que componen.” En música como el “arte de formar y enlazar los acordes.”<sup>167</sup>

*Composición*, proviene del latín *compositio, -ōnis*, que es la acción y efecto de componer, donde esta a su vez es la formación de “varias cosas una, juntándolas y colocándolas con cierto modo y orden” o “de varias partes formar o construir un todo.”<sup>168</sup> Dentro de la escultura, la fotografía y la pintura la composición es “el arte de agrupar las figuras y combinar los elementos necesarios para conseguir una obra plástica lo más armoniosa y equilibrada posible.” En la música es la parte de esta que se encarga de enseñar “las reglas para la creación de una obra.”<sup>169</sup>

*Ritmo* proviene del latín *rhythmus*, que significa “orden acompasado en la sucesión o acaecimiento de las cosas.”<sup>170</sup>

Cada elemento tiene un significado idóneo para que el derecho como arte los acoja y utilice como herramientas en cualquiera de sus actuaciones. La proporción ha sido adoptada por el derecho como la conformidad y correspondencia entre las leyes y procedimientos con la constitución, así como con los tratados internacionales en favor de un todo, que es la máxima protección de los derechos humanos. De la proporcionalidad, por un lado, se advierte lo conveniente que es retomar nuevas figuras para el derecho, teniendo elementos compartidos entre diversas ciencias o disciplinas,

---

<sup>167</sup> Armonía, Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 2017. <http://dle.rae.es/?id=3bXmVta>

<sup>168</sup> Componer, Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 2017. <http://dle.rae.es/?id=A28RNZ3>

<sup>169</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, “ccomposición”, 2017. <http://dle.rae.es/?id=A2NWzQi>

<sup>170</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, “ritmo” 2017. <http://dle.rae.es/?id=WWXSc4r>



por otro, si bien ya existe avance en su acogimiento, es necesario arraigarla y complementarla con otras características para avanzar en su uso constante y continuo.

En el derecho como arte la armonía consiste en la unión y combinación idónea de los dispositivos jurídicos nacionales e internacionales para la resolución de conflictos; significa enlazar las similitudes en las acciones del derecho y ordenar las diferencias, hace énfasis en la armonización de unas con las otras y de sus aspectos generales con los particulares; en la combinación de normas, principios y fines para decir y actuar el derecho, eliminar la discontinuidad de las leyes con la norma general y la desarmonización de esta con las actuaciones de las autoridades, entes de poder y operadores jurídicos; deshacernos de la contradicción entre la ontología y deontología del derecho y de su degradación hecha a su voz, a sus sonidos, versos, e imágenes.

En este sentido, pensar la armonía en el derecho como arte, nos lleva a encontrar una combinación equilibrada y entrelazada entre la variedad de actos del derecho expresados desde la escritura, el dialogo y la acción; esta es la combinación simultanea y proporcionada de los elementos semánticos, sintácticos y pragmáticos del derecho con sus fines. Además, el derecho será armonioso cuando las partes estén debidamente identificadas como partes y ordenadas como un todo; cuando se entrelacen de la más bella forma que emita la mejor combinación para el caso específico.

La composición para el derecho significa formar, combinar y colocar sus elementos a un todo de forma equilibrada y ordenada, al igual que los presocráticos buscaban la solución de los conflictos a partir del orden, la composición nos lleva a buscar esa formación y creación desde esa ordenación, de forma tal que, al agrupar las normas, los principios y los fines del derecho se logre la mejor formación del todo, como una gran obra de arte, que proporcione a sus receptores sentido crítico, placer, gusto, belleza, satisfacción de justicia y de protección a los derechos humanos. Mediante esta se pretende combinar lo necesario para conseguir la menor forma del todo, es decir de la reacción del derecho ante lo injusto y lo ilegal.



Finalmente, con el ritmo también se piensa en el orden medido y razonado, es decir el uso de aquellas herramientas que conduzcan las acciones del derecho hacia sus fines más idealizados, es decir hacia la justicia, el orden social y la seguridad jurídica; así como el ánimo y deseo de seguir buscando la belleza del derecho, pues la proporción, el equilibrio y el ritmo se consideran a menudo como parte de las cosas que el ser humano debe comprender con relación a su propio trabajo y al de los demás,<sup>171</sup> estando entrelazados todos estos para conseguir la mejor obra de arte, por lo que son utilizados para la mejor existencia del derecho en sí mismos y para con quienes convive.

#### **2.6.4. Crítica**

La crítica es una característica *sine quan non* en el arte, en los críticos, curadores, en sus creadores y receptores. Esta inicia desde antes que el artista comience la obra; permanece en el momento de criticar el arte existente y la transformación que esta quiere aportar y continua en su creación, en el desarrollo, en la revisión y en la evaluación sobre su exposición, sin embargo, la crítica realmente fructífera inicia cuando la obra muestra la cara a sus espectadores, porque es ahí cuando existe una interacción de reflexión, análisis, interpretación, argumentación, comparación y un traslado a la historia, a la contextualización, al deseo, a la imaginación, a la creatividad, a las satisfacciones o insatisfacciones de quien la creo y de quienes la reciben, iniciando el germen de una nueva obra y nuevos diálogos.

Porque al estar frente a una obra de arte, sea una pintura, fotografía, poesía, pieza musical o cualquier otra, deseamos conocer su significado; busquemos y le brindamos una interpretación; criticamos su composición, su armonía, su belleza, el contexto o su historia; pensamos en lo que nos dice o nos quiere expresar; excavamos en la intención de quien la creo y en su actualidad, ¿Cuántos diálogos y discusiones hemos tenido con las obras? En el mismo sentido, cuando estamos frente a alguna manifestación del derecho ¿Cómo lo vemos? ¿Tenemos la misma mirada que con una obra de arte?,

---

<sup>171</sup> Víctor Lowenfeld, “El desarrollo de la conciencia...”, cit., p. 337-338.



quizá no siempre, por ejemplo, algunas sociedades o personas en ciertos momentos lo ven como desgarrador, y quizá, es porque sus manifestaciones no se han mostrado de una forma armoniosa, proporcional, sensible y agradable, como característica propuesta mayormente por el arte.

De este modo, la función crítica del arte para Walter Pater consiste en:

*Distinguir, analizar y separar de sus accesorios la virtud por la cual un cuadro, un paisaje, una interesante o bella personalidad, ya en la vida o en un libro, producen esta especial sensación de belleza o placer, e indicar dónde está la fuente de esta sensación y bajo qué condiciones especiales se ha experimentado (...) Lo importante, entonces, para el entendimiento, no es que el crítico llegue a poseer una correcta definición abstracta de la belleza, pero sí cierta cualidad del temperamento que estriba en la facultad de ser profundamente sacudido por la presencia de objetos hermosos.(...)*

172

La crítica en y del derecho debe buscarse como en el arte; de forma necesaria y que verse sobre la distinción, análisis e interpretación de las virtudes y acciones por las cuales el derecho produce esa sensación de bienestar, satisfacción, placer y justicia. Que nos presentemos ante este con una mirada de descubrimiento, de dialogo, de interrogantes, de cuestionar el por qué, el dónde, el cómo, el qué o para quién. La crítica en el derecho nos obliga a no conformarnos con lo primero que veamos o nos digan, sino que, las respuestas a estas interrogantes deben ser confrontadas e incluidas en un proceso de falsación, verificación e idoneidad con los fines del derecho y así tengamos que discutir las constantemente.

---

<sup>172</sup> Walter Pater, *El renacimiento: estudios sobre arte y poesía*, trad. de Marta Salís, Barcelona, Alba Editorial, 1999, (prologo).



El derecho es una hermosa obra de arte y es bello por sus fines y con los elementos que encontramos en el arte, podemos resaltar esa belleza que muchas veces se ha visto opacada; resaltarla no solo los grandes aposentos, si no exponerlo y enseñarlo desde su belleza y benevolencia hasta la más humilde morada. Que todos seamos sus críticos y curadores para seguir su transformación, que la mayoría lleguemos a poseer si no una correcta definición e interpretación, sí una idea concreta de lo que la belleza del derecho puede aportar a cada persona y a la sociedad; recuperar y creer en esa idea de belleza que hemos enterrado y olvidado. Y así, como el crítico del arte, el del derecho debe criticar desde el “ciclo ascendente entre el proceso de creación y apreciación de la obra, la participación del autor, espectador y el entorno”.<sup>173</sup>

#### **2.6.5. Belleza, disfrute, goce y placer**

La belleza es el último elemento o característica que elegimos del arte para ser retomado por el derecho, esta propone como consecuencia el disfrute, el agrado y placer que el derecho también nos proporciona y nos puede proporcionar en una mayor medida. El papel que el derecho puede ejercer en la sociedad es trascendente, ya que si bien existen actos políticos, sociales y culturales que lo sobrepasan, también es cierto que a través de él muchos conflictos tienen solución; se protegen derechos humanos, es una alternativa de convivencia; se regulan los derechos y obligaciones, se establece los sistemas de un país, por mencionar algunos, por ello, buscamos los elementos que hagan al derecho más puro, efectivo y hermoso, así como que brinde más disfrute, gozo y placer a las minorías ante las injusticias.

El derecho como arte propone la idea de buscar la belleza en cualquier acto jurídico y que esta nos provoque la mejor sensación de satisfacción que el derecho nos puede dar, más de la que hasta hoy ha brindado, pues lamentablemente hay quienes de este

---

<sup>173</sup> Josué Pequeña, *Función de la crítica del arte*, Scribd, <https://es.scribd.com/document/410818795/Funcion-de-La-Critica-de-Arte-Texto-1>,



solo han visto fealdad e insatisfacción. Esa satisfacción y belleza puede derivarse de la eliminación de actos corruptos, de la mejor atención al acceso a la justicia, de la efectividad de las leyes, de una mejor dedicación en la resolución de conflictos y, sobre todo, de la máxima y real protección a los derechos y dignidad humana; estos dos últimos serán el mejor rango de satisfacción y belleza que podemos encontrar en el derecho.

Esta propuesta, también busca la belleza desde la comunión de lo objetivo y lo subjetivo. Kant señalaba que se debía entablar una divina proporción entre la razón y el sentido; entre lo que es bello y satisfactorio; en lo personal y lo que es para la mayoría; en lo particular y lo universal. De este modo, se apela no solo a la belleza que en sí tiene el derecho, sino, a la belleza que irradie en las mayorías que busquen en el derecho una solución a sus inquietudes; esa belleza que se puede obtener desde los derechos humanos efectivos, desde la proporcionalidad, la analogía que haga sentir del derecho el placer y el gusto de su existencia. Esta es una propuesta para tener un mejor acceso a percibir y gozar de los frutos que el mismo brinda, de que todos podemos sentir el placer por su causa, que podemos disfrutar algo bueno, útil y agradable como personas y como sociedad.

## **2.7. Conclusión**

Finalmente, podemos decir que la relación del derecho y del arte nos brinda una nueva visión de cómo hemos visto al derecho, para verlo desde las características y utilidades que tiene el arte para el mismo. Esta relación es estrecha en el sentido que ambos buscan expresar escenarios de la vida para contextualizar los momentos y actos determinados, valiéndose de todos los elementos que pueden contribuir al decir de cada uno; ambos muestran el impacto de lo histórico, de la intencionalidad, de lo social, de la interpretación, objetividad y subjetividad que determinan el resultado de sus voces. En ese sentido, al ver el origen y las manifestaciones del derecho y del arte, comulgamos con Gadamer que señala que desde “la obra de arte se entiende la realización plena de la representación simbólica de la vida, hacía la cual toda vivencia



se encuentra siempre en camino...” “y que esta es un símbolo que contiene la experiencia de lo infinito y que representa el sentido de la vida”, por lo que el derecho además de ser una obra de arte, representa el sentido de la vida, el cual siempre estamos persiguiendo.

Si bien el arte no resuelve los grandes problemas del derecho, sí amortigua y redirecciona la visión de solución hacia un concepto más humanista, creativo, consciente y crítico, en virtud de que el “desarrollo del pensamiento creador tiene una importancia enorme para nosotros como individuos y como sociedad, así advertimos que, la capacidad creadora se considera como un comportamiento constructivo y productivo que se manifiesta en la acción o en la realización y que es el valor opuesto a la conformidad mental.”<sup>174</sup>

Este capítulo, nos mostró qué es y qué busca el derecho como arte, porque como bien decía Nietzsche el arte “nos regala la posibilidad de darle un sentido a la vida asumiendo a esta tal y como es, con el dolor y la alegría de vivir; la vida encuentra en el arte, el deseo de ser vivida.”<sup>175</sup> Por esto y por las razones expuestas, elegimos al arte en lugar de otra para que preste al derecho ese andar contemplativo, sensitivo, interpretativo y bello, porque el “arte puede considerarse un proceso continuo de desenvolvimiento de la capacidad creadora”<sup>176</sup> la cual necesitamos en cada acto jurídico y porque “toda obra de arte tiene algo para decir, para contarnos y para ello debe de ir más allá de lo obvio, hay que buscar el significado de cada elemento propuesto.”<sup>177</sup>

---

<sup>174</sup> Lowenfeld, Víctor *Op. Cit.*

<sup>175</sup> Lorelai Santana Figueroa, “Nietzsche...” cit., p. 3.

<sup>176</sup> Lowenfeld, *Op. Cit.* p. 6.

<sup>177</sup> Espínola, JT, “Cómo interpretar una obra de arte”, *Revista La Pluma de Oro*, art. 13 de marzo 2017, <https://laplumadeoro.com/contacto/>



## Bibliografía

1. Beuchot, Mauricio, (compilador) *Perspectivas y horizontes en las humanidades, el arte y las ciencias*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, Centro de estudios clásicos, 2001.
2. Bonorino, Pablo, *El imperio de la interpretación: Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, Madrid, Dykinson, 2003.
3. Calvo, José, *El escudo de Perseo, la cultura literaria del derecho*, España, Comares, 2012.
4. Carneutti Francesco, *Arte del derecho*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2008.
5. Conde, Gaxiola Napoleón, *Jushermenéutica y sociología jurídica*, México, Circulo Hermenéutico, 2015.
6. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. <http://dle.rae.es>
7. Dworkin, Ronald, "Law as literatura" *Investigación crítica*, vol. 9, no. 1, 1982, JSTOR, [https://www.jstor.org/stable/1343279?readnow=1&seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1343279?readnow=1&seq=1#page_scan_tab_contents), 20/12/2020.
8. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clase de la teoría y práctica*, España, Gedisa, 1997.
9. Espínola, JT, "Cómo interpretar una obra de arte", *Revista La Pluma de Oro*, art. 13 de marzo 2017, <https://laplumadeoro.com/contacto/> 17/01/2018
10. Frosini Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, trad. de Restrepo Jaime Colombia, Temis, 1991.
11. Gadamer, Hans- Georg, *Verdad y método*, ed. quinta, España, Sígueme, 2002, t. II.
12. García Cambeiro, Fernando, *Literatura y hermenéutica*, Argentina, Centro de estudios Latinoamericanos, 1986.
13. Gutiérrez-Pozo, Antonio, "El arte como realidad trasformada en su verdad. La rehabilitación hermenéutica de la estética en Hans-Georg Gadamer", *Kriterion: Revista de Filosofía*, Vol.59 no.139 Belo Horizonte Jan./Apr., España, 2018, [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-)



14. Hans-George Gadamer, *La actualidad de lo bello, el arte como juego, símbolo y fiesta*, trad. de Antonio Gómez Ramos, España, Argentina y México, Paidós, 1991.
15. Iglesias Casa, Isabel, *La creatividad en el proceso de enseñanza-aprendizaje de ele: caracterización y aplicaciones*, España, Universidad de Oviedo, S.A.
16. Lorelai Santana Figueroa, *Nietzsche: la esencia del arte y el arte como justificación de la existencia y del mundo*. México, UNAM, 2006.
17. Lowenfeld, Víctor y Brittain, W. Lambert, *Desarrollo de la capacidad creadora*, edición 2º, Kapelusz EUA, 1961.  
[http://www.chubut.edu.ar/concurso/material\\_concuso\\_13\\_7\\_12/Lowenfeldcap12.PDF](http://www.chubut.edu.ar/concurso/material_concuso_13_7_12/Lowenfeldcap12.PDF)
18. Penagos López, Pedro Esteban, *Seguridad jurídica en el sistema democrático*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
19. Pequeña, Josué, *Función de la crítica del arte*, Scribd, <https://es.scribd.com/document/410818795/Funcion-de-La-Critica-de-Arte-Texto-1>, 28/11/2019.
20. Pettoruti, Carlos Enrique, "El arte del derecho", *Dialnet*, Revista Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJyS.UNLP, N°2, 2010. <file:///C:/Users/carlo/Downloads/Dialnet-ElArteDelDerecho-5618180.pdf>
21. *Revista de Filosofía*, Vol.59 no.139 Belo Horizonte jan./apr., España, 2018, [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100)
22. Rüdiger Bubner: "El arte como experiencia sensible" *VII Jornadas de sociología de la UNLP*, Argentina, 2012.
23. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Interpretación*, México, [http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos\\_Interpretacion.pdf](http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos_Interpretacion.pdf)
24. Tolstoi, Lev Nicoleavich, *¿Qué es el arte?*, trad. de Víctor Gallego, España, Ediciones Universidad de Navarra, 2007.
25. Vilard, Gerard, *Las razones del arte*, España, Machado Libros, 2005.
26. Vite Tiscareño, Edgar, *El problema de la interpretación del arte contemporáneo*, México, UNAM, 2011.



27. Wainburd, Gilda, *Creatividad y transformación, teoría y técnicas*, México, Trillas.
28. Walter Pater, *El renacimiento: estudios sobre arte y poesía*, trad. de Marta Salís, España, Alba Editorial, 1999.



## CAPÍTULO TERCERO

### DERECHO COMO LITERATURA

#### 3.1. Introducción

De la relación derecho y literatura se encuentran diversas intersecciones que permiten comprender su cercanía, entre ellas, como señala José Calvo se encuentran las propuestas desde los sintagmas gramaticales y preposiciones “en, de, con y como”; esto es, el derecho en la literatura, el derecho de la literatura, el derecho con literatura y el derecho como literatura. De ahí también retomamos la última proposición para el desarrollo del presente tema, “el derecho como literatura.” Sin embargo, la presente propuesta no versará como lo hacen diversos estudios de derecho y literatura en “someter a perspectiva metodológica de canon literario el análisis crítico y comprensión de los discursos, experiencias y actos, criterios interpretativos y construcciones jurídico-dogmáticas”<sup>178</sup> si no, en determinar cuáles son los elementos teóricos e ideológicos de la literatura aplicables y de utilidad para la aplicación del derecho, pensándose en una similitud del derecho a comparación de la literatura.

En la literatura existen diferentes tipos de obras, Coll y Vehí señala que estas pueden ser científicas, didácticas, poéticas, morales y religiosas; las que se dirigen a la inteligencia y expresar conocimientos; las dirigidas a los sentimientos o a la imaginación, que son las que expresan belleza y las que se dirigen hacia la moral, la voluntad y la acción.<sup>179</sup> Respecto a esta clasificación en el derecho predomina la literatura enfocada hacia el conocimiento y las acciones, lo cual en cierto modo resulta imperfecto porque al ser la sociedad un fin del derecho, esta necesita la literatura dirigida a la imaginación, la belleza y los mismos sentimientos. En ese sentido, la propuesta es que además del uso de la literatura que el derecho ha tenido últimamente,

---

<sup>178</sup> Calvo, González, José, “El escudo de Perseo...” *cit.* p. 299.

<sup>179</sup> Coll y Vehí, José, *Los elementos de la literatura*, 2da ed., España, Imprenta y estereotipia de M. Rivadeneyra, 857, p. 1.



también adopte rasgos o características de esta y sea el derecho un poco como es la literatura, no en sentido amplio o a total semejanza sino, que este retome algunos de los rasgos afines con los objetivos del derecho y aquellos que le favorezcan en su engrandecimiento.

Conforme a lo anterior, en este tercer capítulo se interpreta y comparan: las relaciones entre el derecho y la literatura; los principales conflictos que representa su unión; la relación con el conocimiento y la interpretación; así como los elementos y características que el derecho puede retomar de la literatura para la actuación en sus principales tareas como regulador social. Así, el planteamiento del problema busca responder los siguientes cuestionamientos ¿Cómo es la relación entre el derecho y literatura? ¿Cuál es la utilidad para el derecho, verlo como literatura? ¿Qué elementos teóricos, metodológicos e ideológicos de la literatura pueden ser recogidos por el derecho?

### 3.2. Generalidades del derecho y la literatura

Desde tiempos remotos hemos visto una íntima relación del derecho con la literatura, siendo “el derecho un recurso literario y también siendo la literatura un recurso jurídico”.<sup>180</sup> Por un lado, encontramos que en la historia de las obras literarias han estado presentes temas judiciales como son críticas o sátiras a jueces, magistrados y abogados; representaciones de procesos y su evolución, las injusticias cometidas en torno al derecho por cuestiones políticas, de poder, económicas, de prestigio, etc., tal como se ve en las obras de la literatura grecolatina en Aristófanes, Sófocles, Eurípides; en lo medieval con *Matheolous* y Lorenzo Valla; en el siglo XVI en Thomas Moro y Francis Bacon; en la etapa clásica en Jean de la Funtaine, Moliere y Blaise Pascal; en

---

<sup>180</sup> Calvo, González José “Teoría literaria del derecho. Derecho y literatura: intersecciones instrumental, estructural e institucional”, en Fabra Jorge Luis y Núñez Álvaro (Coord.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen uno*, México, IIJ-UNAM, 2015, p. 701.



el siglo de las luces con Voltaire y Marqués de Sade; en el romanticismo en Víctor Hugo o Pedro Antonio de Alarcón y en los Rusos con Dostoievski y Dubrovski, solo por mencionar algunos.<sup>181</sup> Por otro, las autoridades y abogados han apelado a las herramientas literarias para la elaboración de todo tipo textos y en la búsqueda por la protección jurídica y formal de las obras literarias en los congresos en Bélgica, Paris, Londres, Viena y Roma, con la protección de los derechos de autor. Finalmente, otro ejemplo es cuando las personas juristas, se convierte en grandes literatas y viceversa, como es el caso de Ramón López Velarde y Octavio Paz, realizando interacciones entre ambas disciplinas.

De la consagración del derecho-literatura mediante los sintagmas gramaticales: derecho en la literatura, derecho de la literatura, derecho como literatura y derecho con literatura, el primero presenta la recreación literaria (tanto de género narrativo, como lírico o dramático) de alguna forma organizativa jurídica (los tribunales de justicia, la profesión jurídica etc.) o de determinados conceptos y valores jurídicos (ley, equidad, justicia, etc.), o lo que es igual presenta la literatura asociada a temas o asuntos jurídicos”.<sup>182</sup> En el derecho de la literatura trata de cuestiones de derecho de autor. El derecho como literatura “conciernen a las tramas narrativas de las historias relatadas entre los diversos operadores de la administración de la justicia (...)”,<sup>183</sup> se busca “aplicar las técnicas de la crítica literaria a textos jurídicos”<sup>184</sup>. Finalmente, el derecho con literatura “puede aprovechar del préstamo de ciertas formas literarias por los cánones de poética jurídica”<sup>185</sup> y “busca renovar la textualización jurídica a tres niveles: relectura, reescritura y oralización del Derecho.”<sup>186</sup> De esta forma, el énfasis es en la

---

<sup>181</sup> Fábrega P., Jorge, *Abogados y jueces a través de la literatura universal*, Ed. Plaza & Janes., 1994 p. 15-83.

<sup>182</sup> Calvo, González José, “Teoría literaria...” cit., p. 698.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 710.

<sup>184</sup> Roggero, op. Cit. (introducción)

<sup>185</sup> Calvo, González José, “El escudo de Perseo...” cit. P. 314.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 316.



correspondencia existente entre derecho como literatura, siendo un recurso para el derecho, es decir la presencia de las características literarias en lo jurídico.

Lo anterior, en virtud de que la literatura ha servido como herramienta de sensibilización, imaginación, creatividad y desarrollo de emociones; como un movimiento a la personalidad en lo particular y en lo social, porque tanto quien la crea como quien la usa, desde estas características tratan de vivir a la literatura, representada en las obras. El traslado de esto al campo del derecho que veamos y vivamos la realidad desde otros escenarios, distintos, irreales, imaginativos y creativos, lo cual es favorecedor para que se desarrolle una mente abierta hacia la conciencia interior y exterior, donde se manifiesta la sensibilización del drama encontrado en muchas de las obras existentes y así, cuando sea necesario aplicar esa mentalidad abierta y creativa a los actos del derecho.

Respecto a ello, Dworkin señala que el derecho como la literatura, parten de la interpretación en diferentes contextos para llegar a una interpretación general<sup>187</sup> entonces si ambos tienen esa comunión en la interpretación, al asemejarse desde el “como”, el derecho puede acoger de forma más íntima, los elementos de la literatura que sean benéficos para sí y para el logro de sus fines esenciales. Al respecto, Nussbaum, opina que “la imaginación literaria vale para guiar los jueces en sus juicios, a los legisladores en su labor legislativa, y a los políticos cuando midan la calidad de vida de gentes cercanas y lejanas”<sup>188</sup> lo cual es necesario como guía para el derecho.

De esta relación han existido y existen diversos puntos de desacuerdo, quizá en lo relativo a la objetividad y seguridad jurídica que impera en el derecho o muchas veces en la poca utilidad visualizada, no obstante, es pertinente recalcar que este trabajo se fundamenta en la analogía, es decir, no significa que se crea que la literatura va a

---

<sup>187</sup>Zanolli Fabila, Betty Luisa, *La interpretación artística, su naturaleza jurídica*, México, Porrúa Print, 2013, p.163.

<sup>188</sup> Calvo, González José, “Teoría literaria...” cit., p. 704.



resolver los grandes conflictos del derecho, pero tampoco creemos que sea inútil su uso. Desde la analogía delimitamos qué partes o características de la literatura se toman para el derecho, pues la semejanza no será idéntica sino solo benéfica. Lo que se intenta es lograr mayores herramientas para mejor cumplimiento de principios, valores y protección de derechos, muchas veces han sido desechados y alejados de la humanidad.

En ese sentido, la relación permite interpretar el comportamiento de la sociedad ante el derecho y del derecho ante la conducta social desde una hermenéutica analógica, ya que en la literatura encontramos diversidad de acciones dialécticas lo cual ayuda a interpretar y reflexionar el derecho, más allá de lo establecido en la ley. Por tal, encontrar estos aspectos interpretativos en la literatura, resulta de gran utilidad para comprender cómo el derecho debe ser interpretado bajo todas estas relaciones que lo rodean en su creación, aplicación y sanción. Además, podemos decir que mediante el derecho como literatura se busca una mayor orientación en la interpretación de contextos, valores y principios.

Finalmente, somos conscientes de las críticas existentes a esta relación, las cuales ya han sido mencionadas y puntualizadas por diversos teóricos como José Calvo y Roggero. No obstante, en este capítulo nos centraremos en los beneficios y quizá en uno que otro conflicto, dentro de los cuales se encuentra el de la moral, que ha existido tanto en el derecho como en la literatura de forma independiente y quizá de forma conjunta en esta relación.

### **3.3. Conflictos y aciertos entre derecho, moral y literatura**

En primer lugar, para entender esta problemática, definamos que se entiende por moral. Conde Gaxiola señala que es “el conjunto de reglas, normas, preceptos y principios que regulan el comportamiento de las personas entre sí, en relación a la familia a las clases sociales, al estado, etc., a partir de las cuales se determinan si los actos humanos son



pertinentes o impertinentes.”<sup>189</sup> También se dice que la moral es la actuación específica del individuo, vinculada al actuar conforme a lineamientos que ha establecido la sociedad en busca del bien, del orden social, de una buena vida, de la felicidad individual y colectiva. De este modo, y de los conceptos anteriores se desprende que la definición va encaminada al cumplimiento de lo establecido por la sociedad y la actuación moral conforme a las reglas éticas.

Por lo que hace a los conflictos entre el derecho y la moral, estos circulan sobre la distinción del uno con la otra respecto a la obligatoriedad y coercividad que expresan sus normas y en la insistencia de las teorías del derecho en la inclusión necesaria, contingente o negativa de la moral en el derecho. Dentro de esta disputa, de forma particular se encuentran los partidarios de la teoría crítica literaria del derecho quienes consideran que la literatura es un medio para arribar a la moral, la cual es necesaria en el derecho, pues: “(...) las virtudes son necesarias para llevar a cabo exitosamente las tareas de un juez; y (b) la literatura es una herramienta fundamental para poder desarrollar las virtudes tanto epistémicas como morales (...)”<sup>190</sup> y siendo que en el derecho se atiende de forma contingente aspectos morales, es adecuado el encuentro entre el derecho, moral y literatura.

Estos conflictos, han merecido especial atención, ya que en nombre de la moral o a falta de ella se han cometido actos que afecten la convivencia, las formas de vida, el bienestar, las relaciones, los valores, la dignidad, el desarrollo y la protección de los derechos humanos en una sociedad. La división-controversia entre la moral y el derecho, ha puesto al ser humano en una dicotomía entre actuar conforme a una ley establecida por el derecho o conforme a una ley moral que ha interiorizado. Pues si bien, muchas normas -en primer momento- han sido morales y luego normas de

---

<sup>189</sup> Conde, Gaxiola Napoleón, *Op. Cit.*, p. 224.

<sup>190</sup> Amaya, Amalia, *Derecho y literatura*, México, UNAM, p. 8.



derecho, existen muchas que no tienen ese vínculo formal pero sí material que hace necesaria la relación entre los mismos.

Así, positivistas duros del derecho como Hans Kelsen, analizan la diferencia entre derecho y moral, puntualizando sobre el orden coactivo, en el empleo de la fuerza física ya que, las normas morales, también tienen una coacción externa en la aprobación o desaprobación de conductas. No obstante, este jurista “(...) trata sobre todo de desvincular el derecho de las conexiones que tradicionalmente ha tenido la moral”<sup>191</sup> para lograr una ciencia pura y con consistencia metódica, sin embargo, tal presupuesto es demasiado rígido para regular una sociedad que es moral, por lo que fue inviable la teoría dura del positivismo jurídico, tal como se vio en los acontecimientos históricos. En una parábola literaria, mediante este sistema duro se expresa la disputa de cuestiones morales contra la ley y a pesar de que ciertas situaciones se consideren como injustas o inmorales, a todas luces lo determinante es lo que señala la ley.

Conflictos entre la moral y el derecho, también se puntualizan en el trabajo de interpretación y aplicación de la norma, pues quien opera el derecho o funge como autoridad sabe que debe apelar a cuestiones jurídicas formales antes que las meramente morales, ya que en ese sentido se afectaría a la seguridad jurídica que brinda el derecho. no obstante, ha existido intima inclinación a la ley más que a cualquier otro elemento auxiliar para decir el derecho, y en su caso, cuando existan diversas interpretaciones a una acción del derecho, se debe elegir aquella que sea más razonable, honesta y justa armonizando al derecho con la moral desde lo más favorable para la protección de los derechos de las partes, con la jurisprudencia, tratados internacionales, los principios y en algunos casos con las tradiciones, sin afectar la seguridad jurídica. Respecto a ello Dworkin señaló que: “desarrollamos nuestra personalidad moral cuando interpretamos qué es ser honesto, razonable o cruel, qué

---

<sup>191</sup>Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. de Gregorio Vázquez, España, Trotta, p. 48.



acciones del gobierno son legítimas o cuándo se ha transgredido el Estado de derecho.”

192

Una incongruencia que se manifiesta en el derecho y la moral es lo relativo a la justicia. Por un lado, como diría Robert Alexy el derecho tiene una pretensión de corrección, de justicia y al mismo tiempo la moral pretende que las personas o un grupo social se comporten conforme a reglas morales que la sociedad considera llevan hacia el bien, hacia la felicidad, a las buenas intenciones, a la armonía, control o bienestar. Y por el otro, el derecho ha apelado antes que, a la justicia a la legalidad, anteponiendo la formalización legislativa de las normas, antes que el aspecto moral o a la pretensión de justicia. Esta actitud ha dividido a *ius* positivistas de *ius* naturalistas, porque hay quienes no consideran importante la relación entre la moral y el derecho, hay quienes sí y quienes la consideran contingente. Nosotros creemos que no siempre debe estar, pero tampoco siempre se debe desechar, es contingente, así se busca la seguridad jurídica y la justicia.

De este modo, pensamos al derecho como a la moral, como un paso efectivo a la justicia. El derecho en su creación se pensó como en beneficio personal y social, con la pretensión de armonía y justicia, al que se debía apelar para conseguir bienestar, entonces este no debería de tener esos desvíos tan negativos, recalcitrantes y alejados de un contenido moral, así como tampoco, valerse de cuestiones morales contrarias a él y a la línea por la que este fue pactado.

Esta propuesta busca favorecer al derecho en la eliminación de posturas radicales que son acogidas al desechar completamente a la moral y al pasar comportamientos morales por encima del mismo derecho, máxime cuando con estas conductas se violentan derechos humanos. Entonces, se desecha la univocidad de uno y otro, apelando al equilibrio que permea entre ambos, dándonos cuenta de que no podemos

---

<sup>192</sup>Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, México, Fondo de la Cultura Económica, 2014, p. 198.



desecharlo y tampoco podemos utilizarlos como única bandera, sino que, su adopción desde la analogía permite mejores interpretaciones, lecturas, voces y acciones del derecho.

Desde el derecho como literatura respecto al contenido de la moral, también accedemos a lo proclamado por Aristóteles respecto al acercamiento del ideal de la humanidad buena y racional, que funda las razones de su proceder, alejada del absolutismo y relativismo en la aplicación del derecho y en el comportamiento social.

Por otra parte, también han existido dificultades, resistencias y discordias en las que se ha encontrado envuelto el derecho y la literatura, las cuales versan sobre la ambigüedad y equivocidad de una y la certeza o univocidad que ha pretendido el otro; la inclusión de elementos en una que se piensa afecta al otro y la existencia de aquellas tesis que señalan que la literatura no tiene el alcance para resolver los problemas del derecho o utilidad. Sin embargo, consideramos que estas dificultades no son como se han hecho creer, porque desde la literatura se ha contribuido al equilibrio, a la eliminación de la frialdad de la ley por el simple texto, a contextualizar y, además, es un instrumento que puede conectar al derecho con la moral, con las personas y a estas con los valores; tan es así que ha sido tomada como medio para enseñar valores a los niños y es usada como herramienta pedagógica en diversos niveles educativos. Claudio Magris comparte esta postura al señalar que la literatura nos da un sentido moral de la vida a través de sus personajes puesto que es muestra verdaderamente de ciertas situaciones morales.

Para los empáticos, con las corrientes literarias del derecho, estas relaciones resultan favorecedoras en el estudio y comprensión del derecho en cuanto a la presentación de aspectos morales, ya que a través de este conjunto tripartito existe apertura para analizar y transformar figuras jurídicas. En ese sentido Nussbaum señala que “la



literatura juega un papel central en el desarrollo de las capacidades necesarias para el buen razonamiento moral.”<sup>193</sup> Por su parte De Paul ha sostenido que:

*(I)La literatura, así como otras formas de arte, proporciona el tipo de experiencia que es necesario para desarrollar la facultad de juicio moral. De manera más específica, la literatura nos ofrece casos adicionales acerca de los cuales la persona puede ejercitar su facultad de juicio moral, casos que, además, están lo bastante distantes de su propia experiencia como para minimizar los efectos del prejuicio y que, por ello, son particularmente adecuados para entrenar nuestra facultad de juicio moral.* <sup>194</sup>

Como guía, dirección y encuentro con diversos aspectos morales están las obras literarias escritas en todos los tiempos., pues si bien, desde la realidad ya nos enfrentamos con acontecimientos que vinculan estos aspectos, lo cierto es que, desde la literatura y sus obras, podemos acceder a sucesos y costumbres que no se presentan en la realidad; podemos comparar a la sociedad del pasado, de la actualidad y la del futuro; nos dejamos llevar por los relatos, dejando de lado nuestra propia conducta practicando y resolviendo desde afuera.

La literatura ofrece un escenario de ensayo, un álbum de casos como práctica, una herramienta de desarrollo de juicios morales, que resultan útiles para la ampliación de la capacidad de análisis de vivencias, resolución de conflictos, búsqueda de soluciones, interpretaciones sociales y ponernos en otro lugar, el de alguien más. Debido a que, por medio de esta las personas pueden comprender desde otro lugar el entendimiento cultural, individual, circunstancial, jurídico, social, sentimental, familiar, etc., en la historia y en su tiempo desde un modelo imaginario donde a nadie le afectan las posturas y decisiones como práctica, contando así con nuevas capacidades útiles para la práctica real.

---

<sup>193</sup> Amaya, Amalia, *Op. Cit.* p. 13.

<sup>194</sup> *Ídem.*



Desde las manifestaciones literarias es factible analizar un pasaje o acontecimiento, en primer lugar, porque no tiene relación directa con nuestra persona y en segunda porque al calificarlo desde nuestra historia de vida nos percatamos lo que hay en nosotros mismos. Así, llegamos a un mejor autoconocimiento y criterio para saber si las reacciones personales o sociales, desde la ética y la moral, se involucran o son armónicas con el actuar del derecho y para conocer cómo ha sido la hegemonía que éstas ha tenido en la reacción de la sociedad, reflexionando qué conductas son benéficas o perjudiciales y saber a cuáles apelar o a cuáles no. Al identificar la moral entendemos que esta se puede o no manifestar en el derecho y que nuestra tarea es adoptarla cuando beneficie la protección de los derechos y la dignidad humana.

Como alternativa para eliminar la indiferencia, ponernos en otro lugar y llegar a un mundo compartido, tenemos la práctica desde la literatura. Esta resulta de gran utilidad social para el derecho, ya que en todos los tiempos y en la actualidad las diferentes creencias han influido en el desorden moral y jurídico, lo cual se ha plasmadas en obras literarias, donde “los sujetos y las culturas interactúan y se interpretan recíprocamente a pesar de tener diferentes concepciones del mundo”<sup>195</sup>, además podemos acceder un poco a esa interacción que a su vez brindará equilibrio y respeto a las diferentes posturas. De esta forma, concordamos con Goleman quien sostiene que:

*(...) La literatura nos da ‘experiencia de segunda mano’, que complementa, de manera esencial, la experiencia individual, y en base a la cual el agente moral puede desarrollar una serie de habilidades, tales como la capacidad de empatía, la habilidad de imaginar situaciones moralmente complicadas que son análogas al caso concreto o la capacidad de identificar propiedades moralmente relevantes, que son esenciales para el buen razonamiento moral.*<sup>196</sup>

---

<sup>195</sup> García, Gonzales, Dora, “Ponerse en el lugar del otro: una apuesta por el dialogo intercultural, *Séptimas Jornadas de Hermenéutica*, México, UNAM, p. 30.

<sup>196</sup> Amaya, Amalia, *Op. cit.* p. 11.



Las habilidades que se adquieren para el campo del derecho desde la literatura ya han sido expuestas y analizadas por diversos teóricos del derecho y la literatura, hoy ese fundamento teórico respalda esta investigación y fortalece la comparativa y discusión con la moral. Lo que contribuye en el valor de ponernos en el lugar de alguien más mediante el respeto y “la tolerancia (...) que proporciona la ocasión para una identidad diferente”<sup>197</sup> en ocasiones de forma consciente y otras inconscientes.

Desde la literatura nos ponemos en el lugar de alguien, de uno o varios personajes, viviendo y sintiendo sus emociones, sentimientos, disgustos, alegrías o tristezas, buscando o elaborando soluciones mentales a las situaciones vividas por ellos. De este modo, creemos que esta redirecciona la interpretación del mundo jurídico que necesita la capacidad de empatía, la habilidad de imaginar situaciones moralmente complicadas que nos permitan recrear análogas al caso concreto, así como la capacidad de identificar propiedades moralmente relevantes, que son esenciales para el buen razonamiento del derecho.

La relación con la moral se puede interpretar mediante las obras y recursos literarios escritos en todos los tiempos, en cómo ha sido la hegemonía que ésta ha tenido en la actuación de la sociedad y qué tan benéfico o perjudicial ha sido apelar a los aspectos morales en el derecho. En este sentido, al identificar la ética y moral podemos quizá comprender –aunque sea en una mínima parte- a la sociedad y al derecho bajo estos aspectos, pues “los textos que llamamos literarios revisten valores de una forma que hace justo que nos sigamos acercando a ellos”.<sup>198</sup>

Esta comprensión entre moral, literatura y derecho se hace desde la analogía, dado que si fuese de otro modo, validaríamos la proposición de que «cualquier contenido puede ser derecho» y la historia ha mostrado las consecuencias de esta ideología, en ese sentido, nos mostramos partidarios de la fórmula Radbruch que señala que «la

---

<sup>197</sup> *Ídem.*

<sup>198</sup> Contreras, Espinoza Ramón, *Op. Cit.* p. 116.



injusticia extrema no es derecho», frase que reconoce la necesidad de la inclusión de la moral en el derecho y “apelar a una teoría de la virtud nos ayuda a elaborar en mayor detalle el modo en que la literatura es relevante para el derecho, y en concreto, para la toma de decisiones judiciales.”<sup>199</sup>

De este modo, Kernan ha sostenido que “ni es cierto que los textos carezcan de significado, ni, lo que viene a ser lo mismo, que signifiquen cualquier cosa que se quiera ver en ellos” lo que retomamos como equilibrio a esta propuesta al ser necesario desarrollar la capacidad de criticar y percibir lo que la literatura le dice al derecho, son los contenidos fructíferos para este en la interpretación a favor del progreso humano y protección de la dignidad de las personas. Y desde la analogía porque no todo sirve, pero tampoco todo es inservible.

El derecho como literatura propone el equilibrio entre lo estricto del derecho positivo y lo blando del derecho natural, no desechando ni uno ni a otro, sino armonizándolos para decirlo mejor, dado que ambos tienen un lente para ver a sus objetos, viéndolo desde este concepto lograremos una visión más completa de cualquier acto jurídico. No olvidemos, que “la forma expresiva es cause de valor estético, espiritual como la humanidad, verdad, religiosidad; de ahí que el arte nos eduque al ensanchar nuestros sentimientos y nuestra visión”<sup>200</sup> y siendo la literatura arte, al relacionarse con el derecho se puede lograr una visión más amplia respecto a la actuación desde los principios y valores para aplicar en la realidad, todo ello con la finalidad de transformar el derecho en un aspecto más amplio, del que no puedan separarse completamente los contenidos morales.

Quizá podemos analizar a la sociedad y desarrollar habilidades de otra manera, un ejemplo de ello es, con casos reales, sin embargo, optamos por la literatura porque esta ofrece de forma significativa una trama, imaginación, suspenso, identidad, interés,

---

<sup>199</sup> Amaya, Amalia, *Op. Cit.* p. 8.

<sup>200</sup> Contreras Ramón, *Op. Cit.*, p. 118.



pasión, entusiasmo, interpretaciones, historia, entretenimiento y delicia. Lo que, además nos ofrece, la capacidad de desarrollar la creatividad pensando soluciones imaginarias a las discordias suscitadas desde la literatura para después aplicar esas capacidades creativas en la práctica jurídica.

Además, la literatura nos presta un escenario práctico en donde podemos entrenar la intención de ponernos en el lugar de alguien más y nuestra moralidad para así poder- aunque sea de forma mínima- entender mediante la reflexión al derecho, a la sociedad y a alguien más. Con ello busca, un reflejo en la realidad, no de forma unívoca o equívoca –radical o relativista-<sup>201</sup> sino como diría Gadamer: “si uno se desplaza, por ejemplo, a la situación del otro (...), uno lo comprenderá, esto es, se hará consciente de su alteridad, de su individualidad irreductible, precisamente porque es uno el que se desplaza a su situación”<sup>202</sup>.

### **3.4. El derecho como literatura en relación con el conocimiento**

Gadamer y Dworkin establecieron presupuestos sobre la interpretación como una forma de conocimiento, tanto en el arte, la literatura y el derecho. En este sentido, Roggero señala en el Imperio de la interpretación que para Dworkin esta busca: “(...) explicar lo que tienen en común todos los contextos en los que la interpretación constituye una forma de conocimiento (...) y dar sentido a la pretensión de los intérpretes de estar realizando una actividad cuyo objetivo es la búsqueda de la verdad (...)”<sup>203</sup>. “Esto es que, a pesar del carácter controvertido de la empresa interpretativa, el objetivo de la misma es la búsqueda de la verdad.”<sup>204</sup>

---

<sup>201</sup> Beuchot, Mauricio, “Tratado de hermenéutica analógica...” cit., p. 34.

<sup>202</sup> García, Gonzales, *Op. Cit.*, p.34.

<sup>203</sup> Bonorino, *Op. Cit.*, p. 13 y 14.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 14.



De este modo, con base en las hipótesis anteriores, el conocimiento desde el derecho como literatura se aproxima desde los procesos de lingüisticidad, explicación, comprensión y aplicación que realiza el sujeto ante el objeto desde la interpretación, siendo el camino por el cual el derecho llega a realizar otras tareas preponderantes en su quehacer diario. Sin la interpretación no se argumenta, se escribe, resuelve, explica, enseña, contextualiza, ni se aplican las normas, por lo cual esta dirige hacia al conocimiento jurídico, además de ser un método, un resultado y un fin dentro de la práctica del derecho.

La interpretación juega un papel preponderante en la relación con el conocimiento, porque a través de esta encontramos los fundamentos, principios, acontecimientos, las verdades y justificaciones desde y para el derecho. En ese sentido, Gadamer señalaba que “la fecundidad de un conocimiento se comprueba en su capacidad para despejar una situación problemática”<sup>205</sup> y la interpretación ha fungido como un método para acercarnos a la verdad, a la resolución de los conflictos, para revelar el sentido de las normas, determinar el contexto y conocer el derecho.

Asimismo, el conocimiento desde el derecho como literatura nos permite pasar por el “proceso a la revelación de nuevos modos de ser- si se prefiere Wittgenstein a Heidegger, de nuevas formas de vida- da al sujeto una nueva capacidad de conocerse a sí mismo”<sup>206</sup> es decir, el conocimiento no solo se centra en definir la realidad o interiorizarla, sino este trasciende a uno mismo, hacía el autoconocimiento, debo conocerme para conocer; siendo sujetos y objetos de estudio a la vez, lo que es trascendente al momento de interpretar, porque debemos conocer y tener conciencia de los prejuicios personales que pueden entrometerse en los resultados interpretativos y resolutorios.

---

<sup>205</sup> Gadamer, Hans- Georg, “Verdad y método t.II...” p. 59.

<sup>206</sup>Romo Feito, Fernando, *Hermenéutica, interpretación y literatura*, México, Anthropos, 2007, p. 47.



De ahí que, es necesario entenderme, comprenderme, incluir y apropiar para mí, formas más amplias, ontológicas y analógicas del derecho, ya que, como bien a sostenido Hannah Arendt: “la comprensión precede y sucede al conocimiento”,<sup>207</sup> de ahí nos aproximamos a contextos más axiológicos, analógicos y conscientes de mí, de los demás, de la racionalidad y la realidad para así decir el derecho.

Dworkin dijo que, “una teoría lograda de la interpretación debe alcanzar un tenue equilibrio. Debe explicar el sentido y la posibilidad de la verdad en la interpretación, pero también la infabilidad de esa verdad y el conocido e irresoluble choque de opiniones en cuanto a dónde se encuentra.”<sup>208</sup> Y que “una interpretación específica tiene éxito —alcanza la verdad sobre el significado de un objeto— cuando mejor realiza, para ese objeto, los propósitos apropiadamente asignados a la práctica interpretativa apropiadamente identificada como pertinente.”<sup>209</sup> De este modo, el derecho como literatura formula una interpretación que muestra verdad en el caso específico, asignación de palabras, escrituras y significados concordantes con los fines del derecho, así como la posibilidad de encontrar en el mismo texto nuevas y mejores formas de decir el derecho en diverso acontecimiento.

En la práctica del derecho se ejecutan tareas como creación, argumentación, interpretación, comprensión, redacción, aplicación, resolución, entre otras, pero la interpretación nos parece el soplo de vida de las anteriores y del derecho en sí, porque se presenta de las prácticas sociales que llevan a la creación normativa, traslada las leyes desde su sentido simbólico a la realidad en su aplicación, es el paso al entendimiento entre la generalidad y la particularidad, aumenta las justificaciones para decir el derecho y permite una adecuada correspondencia entre sus fines y sus resultados. Respecto a esto Dworkin señaló que debemos estudiar la interpretación

---

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>208</sup> Dworkin, Ronald “Justicia para erizos...” cit., p. 166.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 198.



como una actividad general, como un modo de conocimiento, porque esta nos permite asistir a otros contextos.<sup>210</sup>

También, desde el derecho como la literatura se localizan nuevos tópicos e ideas de investigación y estudio, se incita a pensar el derecho en la realidad confrontándolo con el presente, pasado y futuro, lo que sirve de rango para examinar qué cambios cualitativos, cuantitativos o científicos debe hacer la ciencia del derecho para armonizar la sociedad al avance científico y determinar los aspectos que hacen débil a la ciencia, a los métodos, teorías y conceptos del derecho que deberán implementarse para su armonización en favor de los derechos humanos, desde su interpretación y aplicación.

### **3.5. El derecho como literatura en la interpretación jurídica**

La tarea interpretativa en la literatura, entre otras cosas, “se propone mostrar de qué manera la obra puede ser vista como la más valiosa, de modo que debe atender a rasgos formales de identidad, coherencia e integridad, (...) como a cuestiones sustantivas de valor artístico.”<sup>211</sup> Diversos autores han señalado que, la interpretación de un texto literario a diferencia de otro no literario, quizá sea más esforzada porque aquel “le da una atención extraordinaria al proceso de escribir...”<sup>212</sup>, y acoge más formas de escritura metafóricas y de adornos para su decir, a diferencia de otras disciplinas que si bien también ocupan estas herramientas lo hacen en menor medida, quizá por esto la interpretación literaria muestra una más amplia actitud receptora y creadora, porque “en cada encuentro, la metáfora viva tiene la capacidad de crear de nuevo.”<sup>213</sup>

---

<sup>210</sup>Dworkin, Ronald, “Law as literatura...” cit. p.132.

<sup>211</sup> Marí, E. Enrique, “Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar, pero en voz baja” *DOXA* 21-II, Argentina, 1998, p. 272 y 273.

<sup>212</sup> Valdés, Mario J., *La interpretación abierta: introducción a la hermenéutica literaria*, Holanda- EUA, Rodopi, 1995, p. 25.

<sup>213</sup> *Ídem.*



Carlos Pérez, en su artículo Derecho y literatura señaló que: “la relación entre derecho y literatura es más profunda que la simple antología de casos en los cuales los asuntos litigiosos o judiciales han sido tratados por los poetas, narradores y demás escritores... la relación entre ambas disciplinas se ha revigorizado a partir de la naturaleza interpretativa que comparten al ser ambas disciplinas textuales de las cuales se expresa el lenguaje de una comunidad.”<sup>214</sup> Ambas circulan entre el texto y contexto y viceversa, además de ser textuales ambas son sociales.

La interpretación desde el derecho como literatura apuesta a que se minimice el encuentro alienante que se ha tenido solo al texto del derecho, para que, en su caso, en la actividad de interpretación se presente con más profundidad la posibilidad de escuchar nuevas historias y comprender nuevas metáforas, así como una actitud más receptora y creadora. Al respecto, Cárdenas señalaba que: “hace algunos años y por el influjo del positivismo tradicional veíamos el derecho desde la óptica del legislador, ahora se ve, preponderantemente desde las visiones del juez y eso implica un cambio fundamental en la cultura jurídica<sup>215</sup> sin embargo, apelamos a que la óptica se incline hacia las personas receptoras, que son a quienes afectan directamente las interpretaciones jurídicas. Lo que significa es, ver la interpretación desde la esa máxima protección de derechos y principio pro persona, donde la literatura ofrece al derecho la creatividad, receptibilidad, la escritura y lectura esforzada, para poder ver más allá de lo que el texto siempre dijo, a la vez, ver al texto vivo y que los demás lo vean así.

Pensar al derecho como literatura en la tarea interpretativa es benéfico para el dictado de las resoluciones jurídicas porque al ser ambas disciplinas textuales, el derecho

---

<sup>214</sup> Pérez, Carlos, “Derecho y literatura”, *DOXA*, 2006, p.136 a 151.  
file:///d:/Users/AJVazquezC/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/470BDA  
G0/derecho-y-literatura-1.pdf

<sup>215</sup> Cárdenas, Gracia *Op. Cit.*, p.279.



puede seguir retomando herramientas de la literatura para engrandecer su escritura, las formas de resolver y de expresarse. Necesitamos mejores interpretaciones para mejores argumentos y diálogos en el derecho, porque este se hace vivo en la sociedad, porque no siempre nos dice lo mismo y porque la interpretación es inalienable a él, de esta manera debemos buscar nuevas propuestas para realizar nuevas formas interpretativas y porque como dice Cárdenas “el derecho es una realidad viva que adquiere sentidos con la interpretación.”<sup>216</sup>

La propuesta del derecho como literatura es útil desde el aspecto interpretativo, porque tal como lo señala Zanolli, citando a Hernández Marín: “la interpretación literaria permite, a partir del análisis de unos textos tratar de averiguar su sentido o significado. Comprendida así, se manifiesta en un enunciado de naturaleza descriptiva y valorarles en términos de verdad o falsedad, de modo que, para averiguar el sentido total del enunciado interpretado, resulta necesario atender al de las palabras que lo componen y a la forma en que dichas palabras se interrelacionan, considerando al mismo tiempo el contexto lingüístico y no lingüístico que se presenta”.<sup>217</sup>

Por su parte, Dworkin nos dice que “en términos generales, la interpretación alude a la atribución de significados de las normas; la aplicación a la determinación para el caso concreto de una nueva norma, casi siempre de carácter individual, y la argumentación se refiere a las justificaciones normativas, narrativas, fácticas y axiológicas de la decisión del intérprete, las que son obligatorias cuando se trata de autoridades.”<sup>218</sup> La interpretación sirve también como vía a la autoridad para dar cumplimiento a las obligaciones que tiene frente a las personas, de este modo, la interpretación es imprescindible no solo en el derecho en general, donde como señala Dworkin, encontramos distintas clases de reglas, de principios, directrices y procedimientos,

---

<sup>216</sup> *Ibidem* p. 280.

<sup>217</sup> Zanolli Fabila, *Op. Cit.*, p. 159.

<sup>218</sup> Cárdenas, Gracia, *Op. Cit.*, p.279.



muchos de los cuales son discursivos y argumentativos.<sup>219</sup> sino, en el derecho desde su tarea jurisdiccional, “porque el derecho es una realidad viva que adquiere sentidos con la interpretación,<sup>220</sup> y desde el derecho como literatura adoptamos tales criterios y en ese sentido, deberá ser guiada desde la interdisciplinariedad y con la mirada en los siguientes ámbitos:

### 3.5.1. Histórico y antropológico

La interpretación ha sido una herramienta esencial en el derecho y en la literatura respecto al conocimiento o entendimiento de textos, siendo indispensable porque a través de esta podemos conocer el origen y desarrollo de la sociedad frente al derecho, las tradiciones y costumbres que permean en su actuación en la actualidad.

La función histórica permite que nos asomamos al pasado, nos confrontamos con el presente y visualizamos el futuro. Así, en la tarea interpretativa se busca que “el intérprete pueda hacer abstracción de su propio tiempo para revivir el del autor (...)”<sup>221</sup> y contextualizarlo. La historicidad no es “ni lo gestado una sola vez, ni un universal flotante por encima de ello, sino la posibilidad hecha fácticamente”<sup>222</sup> teniendo presente que lo sucedido pudo contribuir a precisar el destino actual. Esta además de ser “una hermenéutica adecuada debe mostrar en la comprensión misma la realidad histórica”<sup>223</sup> siendo un antecedente de transformación del presente y futuro de una sociedad.

El estudio antropológico presupone ver a los seres humanos no solo como un ser biológico, sino también, social y simbólico; que va adaptando su conducta a través de símbolos o aspectos culturales, lo que permite adaptarse dentro de una sociedad. En

---

<sup>219</sup> *Ídem.*

<sup>220</sup> *Ibidem*, p.280.

<sup>221</sup> Valdés Mario, *Op. cit.*, p. 195.

<sup>222</sup> Contreras, Espinoza, *Op., Cit.*, p. 197.

<sup>223</sup> Valdés Mario, *Op. Cit.*, p. 198.



ese sentido, desde la interpretación con miras a la historicidad y antropología se logra mayor comprensión de las personas en relación con el derecho, así como su actuar individual y colectivo, para de ahí reflexionar qué conductas son perjudiciales en sí mismas para una sociedad jurídica y cuáles se han creado perjudiciales, para después buscar una transformación del derecho que comprenda que “(...) lo simbólico es parte de lo ontológico (...) y lo biológico de lo metonímico, que se conjuntan, se acuerda y se reconcilian entre sí (...)”<sup>224</sup>.

### 3.5.2. Económico y político

Para que el derecho se acerque a interpretaciones más analógicas, considera tener presente la influencia económica y política, porque desde la interdisciplinariedad se brindan herramientas interpretativas que nos aproximan a aspectos holísticos que el derecho por sí solo no nos brinda y si lo hace, es solo desde su mismo contexto jurídico. Respecto a ello, la literatura a través de sus diversas manifestaciones nos ha mostrado “que hay intereses económicos en juego a nivel legislativo, ejecutivo y judicial, pero no constituye un factor determinante en todas las esferas y procesos de la juridicidad”<sup>225</sup> lo cual ha influido en la creación de algunas normas, en la interpretación del derecho, en resoluciones de conflictos, dictado de sentencias y relaciones sociales. Por esto es pertinente preguntarnos ¿cómo puede influir la propuesta de derecho como literatura en los aspectos económicos que influyen el actuar del derecho?

Ya Aristóteles señalaba al ser humano como un ser político “*zoonpolitikon*”, animal social o animal político, lo que significa que, “posee la capacidad natural de relacionarse políticamente, o sea crear sociedades y organizar la vida en ciudades-estado”,<sup>226</sup> por lo

---

<sup>224</sup> Beuchot, Mauricio, “Antropología filosófica desde la hermenéutica analógica”, *Quintas jornadas de hermenéutica*, México UNAM, 2003, p.23.

<sup>225</sup> Conde Gaxiola, Napoleón, *Op, Cit.*, p. 215.

<sup>226</sup> Durán Garcés, Víctor, *El zoonpolitikon*, Ecuador, 2012, [http://www.filosofia.mx/index.php/perse/archivos/zoon\\_politikon](http://www.filosofia.mx/index.php/perse/archivos/zoon_politikon)



que, la política evidentemente influye en el derecho y queremos que a su vez el derecho como literatura influya en la política. No es lo mismo comprender de forma analógica las manifestaciones políticas que influyen en el derecho y viceversa, que entenderlo de forma univoca o equivocada, dado que desde la analogía la comprensión e interpretación política se representa en la búsqueda del bien común y no solo de los intereses particulares del poder. Respecto a esto Conde señala que “(...) la dimensión jurídica del ser humano se refleja en su idea de justicia y equidad y en la eterna exploración por dar a cada uno lo que se merece. Eso implica un punto de vista analógico, dialéctico e interpretacional en el nexo existente entre derecho y política. (...)”<sup>227</sup>

Para responder las interrogantes de este tema, la concepción del derecho como literatura nos propone adoptar un pensamiento interpretativo, crítico y analógico de cualquier acción del derecho; tomar en cuenta los contextos y particularidades de cada acontecimiento; adoptar herramientas o características de otras disciplinas como auxiliares para cumplir sus fines; desarrollar un sentido más humano para interiorizar que el derecho es un camino para una mejor sociedad; el autoconocimiento para determinar qué hago por mí y qué hago por lo externo; buscar la proporción y analogía en cada decisión tomada, así como querer devolver al derecho la idea de justicia, de bien social y de ser protector de la dignidad humana.

Entonces, el derecho como literatura tiene como fin mostrarnos que no solo existe una interpretación correcta, ni que cualquiera lo es, sino que, se debe buscar la proporción y la analogía entre lo unívoco y lo equivoco de las interpretaciones, porque de esta forma nos acercamos más al eje de protección de los derechos humanos. También, nos muestra que no siempre los aspectos económicos o políticos estarán aislados ni siempre presentes; que no podemos depender de ellos para decir el derecho, pero tampoco se ignoran porque en ocasiones están presentes; que estos aspectos se deben desechar cuando envilezcan al derecho y aceptar en la medida que lo engrandezcan.

---

<sup>227</sup> Conde Gaxiola, Napoleón, *Op., Cit.*, p. 214.



### 3.5.3. Social

Siendo el derecho una ciencia social, propugnamos por interpretar y comprender a la sociedad desde y como la literatura, esto en razón a que es una forma de expresión porque en ella se manifiestan situaciones políticas, económicas, morales, e ideológicas... que determinan su forma de actuar; porque se expresan manifestaciones reales, tal cuales son, o mediante el drama, la ficción y la tragedia, lo cual que amplía nuestra capacidad de comprensión, porque “la literatura hecha libros, representa la memoria condensada de los pueblos, un verdadero tesoro abierto al que todos pueden recurrir cada vez que la esperanza decae.”<sup>228</sup> Además, porque de los ricos contenidos sociales contenidos en la literatura, podemos hacer una lectura de nosotros mismos, de la sociedad y de nuestro entorno.

La literatura propone al derecho la búsqueda de la comprensión, imaginación, participación y reflexión en los diferentes escenarios de la vida, permite entrenar en la tarea de la participación mediante el disfrute y goce de sus obras, que por un lado nos hace vivir una experiencia de otro tiempo, espacio y persona, pero a la vez nos hace ubicarnos en cómo es nuestra realidad social actual y dónde estamos parados.

El estudio del derecho como literatura no significa hacernos ilusiones al suponer que la alegría de un individuo o de una sociedad depende de la cantidad o la calidad de libros leídos”,<sup>229</sup> pero sí que, mediante esta concepción se trata de interpretar y comprender qué características y elementos de la literatura sirven para las tareas del derecho y qué figuras del derecho se encuentran contenidas en las obras literarias; para de ahí poder interiorizarlas, distinguirlas, usarlas, pensar mejores soluciones, recrear la existencia del mundo, compararlos con la realidad actual e imaginar nuevas formas de decir el derecho y lograr una mayor inclusión y bienestar social. Además, si el derecho adopta

---

<sup>228</sup> Jiménez, Marco, *Sociología y literatura, imaginar nuestra sociedad*, México, UNAM, 2011, p. 14.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 12.



características de la literatura, quizá los juristas podamos aprender a ponernos en otro lugar, en el de alguien más, tener mejor capacidad de juicio, a contextualizar, desarrollar nuestra imaginación, ser más sensibles ante la injusticia y desarrollar mejores discursos.

#### **3.5.4. En valores y principios**

Finalmente, el derecho como literatura en la interpretación también ha promulgado en contribuir a la educación jurídica orientada en valores y principios, porque uno de los fines de esta concepción es hacerlo más humano y protector de derechos. Teóricos en la historia han señalado la trascendencia de la literatura y las obras para la reflexión sobre valores y principios, estos han afirmado que: “los textos que llamamos literarios revisten valores de una forma que hace justo que nos sigamos acercando a ellos”<sup>230</sup>. Si bien es claro que, en la literatura se presentan dicotomías y situaciones dialécticas entre valores, principios, fantasía o realidad, no significa que se rechacen para el derecho, porque a partir de estas podemos encontrar beneficios en la interpretación al ofrecernos una visión alejada de la zona de confort del círculo legal legislado, con apertura de pensamiento y desarrollo de creatividad útil para cualquier tema del derecho.

Sabemos que en la literatura encontramos beneficios y desaciertos; los desaciertos para el derecho se eliminan de esta propuesta, los beneficios se retoman de forma proporcionada, es decir, si bien ayudan al derecho al cumplimiento de sus funciones, no significa que se adoptan de forma literal como se hace en la literatura, sino se hace en forma armónica, adaptada, proporcional, idónea y sin que se ponga en aprietos ni se desechen los principios o elementos que ya funcionan en el derecho, solo se busca engrandecerlo. Por ello nuestra propuesta se torna desde la analogía que promulga la proporción para cada caso, teniendo claro que nos ofrece mejor capacidad de interpretación y crítica, para determinar los contenidos profundos y fructíferos de las

---

<sup>230</sup> Contreras, Espinoza, *Op. Cit.*, p. 116.



relaciones sociales de los que no lo son, para de ahí saber elegir en favor de la mejor y más protectora actuación.

Ver al derecho desde los más amplios pensamientos y sentimientos nos hace pensar que, por consecuente, tendremos una visión más amplia de actuación en principios y valores que podemos aplicar a la realidad jurídica. Todo esto desde la finalidad de transformar el derecho en un aspecto más cálido y humano, donde tengan cabida los valores y principios antes que la frialdad, el despotismo o autoritarismo. De ahí Antonine Compagnon en su obra *¿Para qué sirve la literatura?*<sup>231</sup> señala que además del placer de una lectura agradable que podemos encontrar en el cuento, la fábula, la ficción, estos educan moralmente, pues en estos encontraremos hechos que pueden servir a la educación.

Prévost sostuvo que: “No se puede reflexionar sobre los preceptos de la moral sin asombrarse a verlos a la vez valorados y despreciados (...)”<sup>232</sup>. En el derecho estas contradicciones entre las formas de resolver, en nuestras ideas, en los pensamientos materializados y nuestra conducta “por el hecho que todos los actos de la moral al no ser más que principios vagos y generales, son difíciles de aplicarse en los actos (...)”<sup>233</sup> por las consecuencias que pueden llevar. Pero al practicar la existencia de contradicciones presentadas tanto en la literatura y en comparación con el derecho tendremos una guía y práctica para la realidad. Siendo aquí donde Prévost ve un acto de utilidad de la novela al señalar que: “cada hecho que referimos en ella es un rayo de luz, una enseñanza que suple a la experiencia; cada aventura, un modelo a seguir, solo hay que atenderse a las circunstancias propias. La obra entera es un tratado de moral

---

<sup>231</sup> Lección inaugural de la cátedra de Literatura Francesa Moderna y Contemporánea de Collège de France, leída el jueves 30 de noviembre de 2006.

<sup>232</sup>Compagnon Antoine, *¿Para qué sirve la literatura?*, trad. de Manuel Arranz Barcelona, Acantilado, 2008, p. 37.

<sup>233</sup> *Ídem*.



resumido de una manera agradable”<sup>234</sup> y que por ello ofrece propuestas que el derecho puede retomar para el cumplimiento de sus fines.

Finalmente, con la propuesta presentada no se asume la postura que algunos han adoptado respecto al presupuesto de que por leer una obra literaria se pretenda que el lector, jurista, quienes juzgan, estudiantes, policía o servidor público sea una “mejor persona”, un mejor jurista o una persona con más y mejores valores o con mejores prácticas morales, que otros; lo que sí se pretende es que, a través de lo que presenta y representa la literatura desde sus obras literarias, desde la poesía y desde sus pretensiones favorables a la sociedad, los sujetos jurídicos podamos presenciar diferentes escenarios, historias, situaciones, diversidad de conductas, acciones, comportamientos y motivaciones para una interpretación más amplia y creativa. Desde la literatura, podemos escuchar a lo que hemos sido sordos, a los que no habíamos querido oír e interpretar lo que no lográbamos comprender. Dado que, poniéndose en el lugar de quien protagoniza, antagoniza, de los personajes secundarios, de los incidentales etc., o de varios a la vez, logremos interpretar desde alguien quien no somos; situaciones que no hemos vivido, practicar soluciones, pensar en nuevos relatos y diferentes formas de decirlos.

### **3.6. De la literatura para el derecho como literatura**

De la adopción de la literatura de algunos elementos, características y principios con la intención de adquirir habilidades en el quehacer jurídico, consideramos que los más útiles para el derecho son: ponerse en otro lugar, capacidad de juicio, imaginación y sensibilidad ante la injusticia, de los cuales hablaremos a continuación.

---

<sup>234</sup> *Ídem.*



### 3.6.1. Ponerse en otro lugar

Este interesa al derecho ya que, es importante poder interpretar y comprender a las demás personas, entendiéndolos o entendiéndonos desde la cultura, individualidad, circunstancias particulares y contextos, además, como opción para eliminar la indiferencia, al ser un paso para acercarnos a un mundo compartido, lo que resulta de gran utilidad social porque la falta de comprensión respecto a las diferentes creencias ha influido en el aumento del desorden y el conflicto. De ahí resulta necesario, como lo han afirmado grandes sociólogos y teóricos que “los sujetos y las culturas interactúan y se interpreten recíprocamente a pesar de tener diferentes concepciones del mundo”,<sup>235</sup> lo que podemos lograr si intentamos ponernos en el lugar de otra persona, tomar por un momento su papel o su personaje y mediante el respeto y la tolerancia buscar “la ocasión para una identidad diferente”<sup>236</sup> y compartida, lo que nos brindará más herramientas para la comprensión y entendimiento.

Desde la literatura se nos presentan escenarios yuxtapuestos en donde de forma consciente e inconsciente nos ponemos en el lugar de alguien más; a través de los personajes, sintiendo sus emociones, sentimientos, disgustos, alegrías o tristezas, buscando y elaborando soluciones a las situaciones vividas por estos. Por lo que, desde la literatura se practica y se ocupan otros los lugares que eventualmente en el en el derecho omitimos, quizás porque frecuentemente este tiene una actuación del acontecimiento de un conflicto y no todos queremos sentir esas consecuencias de disputa. Entonces, como en primer momento no queremos asumir las posturas de conflicto del derecho, hagámoslo y practiquemos desde la literatura para cuando en la realidad tengamos que ponernos en el lugar de la otra persona, no signifique sufrimiento y padecimiento, si no, comprensión, entendimiento, respeto, lucha, ayuda y solución como si fuese para sí mismo. Así sabemos que, esta es una característica que la literatura tiene y puede funcionar como principio y guía para el derecho.

---

<sup>235</sup> García, Gonzales, Dora, *Op. Cit.* p. 30

<sup>236</sup> *Ídem.*



Al respecto, Gadamer señala: “si uno se desplaza, por ejemplo a la situación de otro (...), uno lo comprenderá, esto es, se hará consciente de su alteridad, de su individualidad irreductible, precisamente porque es uno el que se desplaza a su situación”<sup>237</sup>, así aunque sea en una mínima medida, entender mediante la reflexión al derecho y a las demás, logrando con ello mejores interpretaciones jurídicas, pues “parece una exigencia hermenéutica justificada el que uno se ponga en el lugar del otro para entenderle”.<sup>238</sup>

Para ponernos en otro lugar, Gadamer decía que “hacer algo muy estrechamente vinculado con el concepto de cultura y designa en primer lugar el modo específicamente humano de dar forma a las disposiciones y capacidades naturales del”<sup>239</sup> ser humano, lo que es interpretado como el entendimiento de que cada cultura tiene una formación diferente en creencias, formas de vida, en pensamiento o acciones culturales que las hacen diferentes a las demás; cada una con su propia identidad, que es lo que determina su forma de conducta ante el derecho y la sociedad, la cual vamos a poder entender mejor si la vemos desde otro lugar.

Respecto a lo anterior Cortina puntualiza en el prólogo de la obra de Talavera, sobre que:

*“(e) El derecho nace de un cuerpo legislativo que parece ajeno al mundo de la vida, eso es, a ese mundo que se hace con las biografías y con las historias de los pueblos, mientras que la literatura trabaja con el universo de la creación libre, la tierra de la fantasía, el terreno poético, donde lo que importa, antes de todo, es sintonizarse con los lectores para llevarlos más allá de sus vidas, a relatos de vidas ajenas con las cuales pueden*

---

<sup>237</sup> *Ibidem*, p.34.

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>239</sup> Gadamer, Hans- Georg, *El signo como experiencia hermenéutica*, p. 165.



*comprender mejor las suyas. Ese es el continente de esa particular racionalidad que no es Facultad de Derecho.*"<sup>240</sup>

La literatura ofrece sus ideas para la mejor construcción del derecho, pero para que se entiendan sus elementos, se debe concebir desde el "como", esto es, el derecho a semejanza de la literatura en el aspecto de ponernos en otro lugar. Porque como señala Compagnon el texto literario nos habla y "me habla de mí y de los otros, provoca mi compasión, cuando leo me identifico con los otros y me afecta su destino, sus penas y sus alegrías son momentáneamente las mías."<sup>241</sup> En ese aspecto, y como herramienta se puede entender lo que significa ponerse en el lugar de alguien más o situación en el derecho.

Al respecto, Italo Calvino decía que "las cosas que la literatura puede buscar y enseñar son pocas, pero insustituibles: la forma de mirar al prójimo y a sí mismo, de atribuir valor a cosas grandes y a cosas pequeñas, de encontrar las proporciones de la vida, el lugar que en ella ocupa el amor, así como su fuerza y su ritmo (...)"<sup>242</sup> así como "la piedad, la tristeza, la ironía, el humorismo"<sup>243</sup> lo que evidentemente el derecho debería copiar de la literatura para encontrar más cercanía en la comprensión, que es guía de la interpretación y argumentación.

---

<sup>240</sup> Trindade André Karam y Magalhães Gubert, Roberta, Derecho Y literatura, Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho, Universidad de Buenos, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año III, Número 4, 2009 ISSN 1851-3069, p. 21.

[www.derecho.uba.ar/revistagioja/](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/) 175 file:///C:/Users/any/Downloads/Dialnet-DerechoYLiteratura-4358035.pdf.

<sup>241</sup>Compagnon Antoine *Op. Cit.* p. 60.

<sup>242</sup>*Ibidem* p. 54-55.

<sup>243</sup>*Ídem.*



Así, el derecho como literatura señalará como presupuesto para sus actuaciones el ponerse en otro lugar, lo que significa que las personas juristas al ocupar el personaje de alguien más antes de decidir desde el derecho, buscarán un mundo compartido para desechar la individualidad y el interés personal injusto; ocupar otros zapatos para no solo resolver desde la frialdad de la ley, la indiferencia y los mismos puntos; humanizar los actos jurídicos y llegar a la mayor comprensión personal, individual y colectiva.

### **3.6.2. Capacidad de juicio**

¿Qué significado tiene para el derecho desarrollar la capacidad de juicio desde la literatura? En la literatura desde las obras teatrales, las novelas, el cuento, la poesía, etc., así como en el derecho se emiten juicios, aprendemos a juzgar y a resolver, en la primera muchas veces mediante la ficción y en el segundo sobre casos reales, concretos y sociales. En la literatura se nos presentan de diferentes formas las historias, acontecimientos, paradojas, contradicciones, sátiras o acuerdos universales mínimos, conocidos por la mayoría de las sociedades y de los individuos. Así por medio de esta, el derecho puede identificar, comprender y reflexionar mediante la interpretación de diferentes escenarios. A través de ella se intenta entender las causas y orígenes de las acciones y resultados de los personajes; se trata de justificar y brindar juicios sobre qué destino hubiese sido mejor o más justo para cada personaje desde tales o cuales condiciones; se analiza el entorno social, económico, así como las intenciones o no intenciones. En ese sentido, la literatura sirve al derecho como forma de ensayo, conejilla de indias, práctica y adiestramiento en su tarea de juicio.

La literatura propone al derecho un abanico de herramientas interpretativas, de análisis de juicios y soluciones como ninguna otra fuente de sensibilización al derecho. Además, permite a los lectores ver más allá de sí, al crearse interpretaciones y argumentos desde diversos acontecimientos; nos muestra un sinfín de alternativas interpretativas y resolutorias. Por ello y en seguimiento a Compagnon Antoine creemos que la literatura “nos libera de nuestra forma convencional de considerar la vida –la nuestra y la de los



otros—, destruye la buena conciencia y la mala fe”<sup>244</sup>, nos ofrece un medio de preservar y de transmitir la experiencia de alguien más, de quienes están alejados de nosotros en el espacio y en el tiempo, o que son distintos a causa de sus condiciones de vida. <sup>245</sup>

Por lo que, el derecho como literatura es una oportunidad para encontrar nuevas miradas en el derecho; una mirada que desarrolle capacidad de juicio, la cual se expresa desde el razonamiento, reflexión, creatividad, imaginación, madurez, interpretación, historia de vida, conocimientos, vivencias y contextos. Este nos muestra que se puede brindar un juicio más certero respecto a un acontecimiento, a pesar a las disimilitudes de cada sociedad y de cada persona. Que, desde la analógica, la capacidad construida y desarrollada, desde el ensayo en la literatura podemos prestar mayor atención al acogimiento, a la crítica y a los juicios que rodean a cada objeto. Siendo también, que “la capacidad de juicio en el derecho como literatura toma sentido, con los fenómenos dados, buscando comprenderlos hermenéuticamente mediante conceptos empíricos”<sup>246</sup> y sociales que, plasmadas en la literatura desde sus obras, puede mejorarnos la perspectiva de la realidad de la sociedad a quien se aplica el derecho.

### 3.6.3. Imaginación

Otro elemento que obtenemos desde la literatura y que puede recoger el derecho, es la imaginación, la cual ha sido definida como “la facultad de representar con viveza las creaciones que forja nuestra mente, combinando los elementos que de la naturaleza recibe. Por su parte, la Real Academia la define como la “facilidad para formar nuevas ideas, nuevos proyectos”<sup>247</sup>. La imaginación no se

---

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>245</sup> *Ídem*.

<sup>246</sup> Gadamer, Hans- Georg, “El signo como experiencia...” cit., p. 166.

<sup>247</sup> Diccionario de la Real Academia Española, Imaginación.  
<https://dle.rae.es/imaginaci%C3%B3n>.



concreta a lo visible; los sonidos yacen en su dominio de igual suerte que la forma y los colores.”<sup>248</sup> Es decir, la imaginación nos permite elegir las herramientas y conocimientos adquiridos para crear nuevos y representarlos desde diferentes o mejores formas, estilos y representaciones. Desde el derecho, se busca que la imaginación sea un presupuesto elegido para cualquier actuación jurídica, que se interiorice como un principio idóneo para este, el cual retoma de la literatura para engrandecer sus acciones, pues tal como afirma Alain Badiou la filosofía llama justicia a “la política a la idea de ligar nuevamente el cuerpo de la humanidad, al proyecto de la idea” esto es que el cuerpo no debe estar separado de la idea”<sup>249</sup>, de esta forma debemos ligar la imaginación como una idea en el derecho.

El derecho necesita de la imaginación como se ha afianzado en ella la literatura; la necesita por dos razones, la primera porque la imaginación ha permitido que desde la literatura podemos visualizar los diferentes escenarios resultantes de nuestras decisiones y de nuestros juicios, imaginando cuál es la mejor resolución de un conflicto; en segunda, porque la literatura desde la imaginación ha llegado a la creatividad de construir obras y relatos, nuevas formas de presentarlas y diversas maneras de representar los conflictos sociales. Con el desarrollo de la imaginación descubrimos más instrumentos para crear, establecer, fundar o introducir por vez primera, algo; con la imaginación se puede adquirir cierta habilidad para formar nuevas ideas, nuevos proyectos para resolver casos, interpretar y argumentar el derecho.

---

La RAE nos muestra diversas definiciones respecto a este término, para el caso particular se transcribe la idónea a los objetivos del presente trabajo.

<sup>248</sup> Don José Göll y Vehí, *Elementos de la literatura*, Madrid, Imprenta T Estereotipia de M. Rivadeneyra, 1856, p. 7.

<sup>249</sup> Badiou, Alain, *La idea de justicia*, Argentina, 2004, Entrevista Conferencia pronunciada el miércoles 2 de junio de 2004 a las 19 horas puntual por el en el salón de actos de la Facultad de Humanidades y Artes. Rosario. Argentina, p.6.



Que el derecho retome como un principio rector para la actuación de sus tareas, el uso de la imaginación, también tiene sustento con lo señalado por Ost y Talavera al sostener que “la literatura carece de cualquier dimensión formal, así, liber(t)a las posibilidades, alterando el orden impuesto, en la medida que suspende las certezas instituidas, fulmina las categorías que encierran la realidad y rechaza las convenciones establecidas, desobstruyendo, de esa forma, el camino de la imaginación rumbo a utopías creadoras.<sup>250</sup>

Elegimos a la literatura para nuestra propuesta porque tal como lo sostiene Antoine Compagnon en la literatura “su afilado instrumento es la lengua, y deja libertad absoluta a la experiencia imaginaria y a la deliberación moral, siendo esta la mejor comprensión a la imagen<sup>251</sup>. En ese sentido, desde la literatura tenemos más apertura a la interpretación, al dialogo, a la creación, a la visualización de diferentes imágenes, lo que nos permitirá obtener más creatividad para localizar mejores ideas de solución, así como el sentido de una imaginación desarrollada, lo que permite al ser derecho una herramienta útil en la solución de los conflictos y los casos difíciles. Por lo anterior, evitaremos actuaciones desde los usos establecidos y no confrontados, para irnos por el camino de la imaginación que nos permite construir nuevos caminos, actuaciones y resoluciones.

#### **3.6.4. Sensibilidad**

De la misma forma que del arte, de la literatura también se retoma la sensibilidad que se deriva de esta, porque no podemos seguir concibiendo un derecho frío, indiferente e insensible, ni en la teoría ni en la práctica; pero tampoco pretendemos un derecho de total sentimentalismo basado en el libre arbitrio del operador jurídico, en la condolencia o conmiseración, lo que se intenta es que el derecho tome a la literatura para suavizar la dureza con la que en muchas épocas ha venido calificando y juzgando. Esta postura

---

<sup>250</sup>Trindade André Karam y Magalhães Gubert, Roberta, *Op. Cit.*, p. 24.,

<sup>251</sup>Compagnon Antoine, *Op. Cit.* p. 69.



porque “la literatura contribuye al desarrollo de nuestra personalidad, o a nuestra «educación sentimental» (...). La literatura permite acceder a una experiencia sensible y a un conocimiento moral que sería difícil, incluso imposible, adquirir en los tratados de los filósofos. Contribuye, por lo tanto, de forma insustituible tanto a la ética práctica como a la ética especulativa.<sup>252</sup>

Desde el derecho como la literatura, buscamos como en la literatura, “el análisis de las relaciones siempre particulares que ponen en comunicación las creencias, las emociones, la imaginación y la acción, contiene un conocimiento insustituible, detallado y no resumido, sobre la naturaleza humana, un conocimiento de las singularidades.<sup>253</sup> De esta forma, recogemos esta cita, en el sentido que es importante resaltar la educación sentimental que permite el uso adecuado de la sensibilidad al momento en que tengamos que ponernos en el lugar de alguien, imaginar cómo resultará la determinación a la que se llegue, qué efectos positivos puede producir en cada caso a los particulares y a la sociedad y cómo puedo actuar en mi calidad de jurista para mediar entre la protección de los derechos, la seguridad jurídica que debe tener y en que reciba un derecho sensible a su causa, apegado a la justicia y a la máxima protección de las personas más que a cualquier legalismo u otra situación.

La sensibilidad desde el derecho como literatura, nos permite entender los motivos, causas y razones de las actuaciones jurídicas para que a partir del análisis, interpretación, comprensión y contextualización del derecho se busque llegar a un resultado más equilibrado y justo.

La concepción analógica que guía esta propuesta prohibirá que se resuelva los casos difíciles basados en el sentimiento que cada acontecimiento nos provoque, evita caer en subjetivismos los cuales se tratan de erradicar y, pero también desecha la indiferencia o frialdad ante el caso y contexto que rodea cada caso en particular. La

---

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 58.



literatura nos permite llegar a ese aspecto sensible, porque esta puede expresarse de una forma más simple y de fácil acceso a diferencia de cómo lo hace la filosofía, pues en la literatura muchas veces encontramos en casos concretos y vivencias lo que muchos filósofos nos han querido decir desde sus tratados o lo comprendemos por la vivencia que tenemos desde las obras literarias, lo que la hace una herramienta práctica para entender a la sociedad.

Podemos apostar por la literatura porque ésta “nos enseña a sentir mejor, y como nuestros sentidos no tienen límites, no concluyen jamás, sino que permanece abierta después de habernos hecho ver, respirar o tocar las incertidumbres y las indecisiones, las complicaciones y las paradojas que se esconden detrás de las acciones (...)” dado que la literatura desde todas sus manifestaciones “es una ordenada serie de pensamientos, dirigida a conseguir un fin determinado, que en último resultado nunca debe ser otro que el bien de la especie humana.”<sup>254</sup> Además, la literatura transforma e intensifica el lenguaje ordinario, se aleja sistemáticamente de la forma en que se habla en la vida diaria.<sup>255</sup> Todo lo anterior, dará una mejor apertura de entendimiento del lenguaje, del contexto, a la sensibilidad e imaginación y al enriquecernos de este podemos enriquecer al derecho y su manifestación en claridad, riqueza y mejor entendimiento.

### 3.7. Conclusión

Por todo lo señalado, en el presente capítulo se apuesta por que el derecho tome algunos caminos que la literatura le ofrece y así, este pueda ser más grato de lo que hasta ahora es; retome elementos de la literatura funcionales y se motive a ser como esta en los aspectos que lo engrandezcan, los cuales algunos de ellos han sido tratados en líneas anteriores. Respecto a esta propuesta, Ost nos dice que “la literatura tiene

---

<sup>254</sup>Don José Göll y Vehí, *Op. Cit.*, p. 1.

<sup>255</sup> *Ídem.*



una función fundamentalmente heurística, dedicada a crear, innovar, criticar, sorprender, espantar, deslumbrar, perturbar, chocar, desorientar, en fin, emocionar.”<sup>256</sup>

Como parte de la conclusión de este capítulo es pertinente recalcar que, retomamos algunos elementos de utilidad de la literatura para el derecho, porque esta es un medio idóneo para practicar la crítica, la interpretación y la comprensión. Además, desde la práctica de la ambigüedad de la literatura se pueden obtener mejores interpretaciones o métodos de interpretación en las diferentes respuestas del derecho, porque el poeta y el novelista nos hacen conocer aquello que está en nosotros, pero que ignorábamos porque nos faltaban las palabras, la reflexión y la imaginación. La literatura hace despertar en nosotros lo apacible y como señalaba Proust “a medida que nos hablan, van apareciendo en nosotros ciertos matices de emoción y de pensamientos que podían estar representados en nosotros mismos desde hace tiempo, pero que permanecían invisibles...”<sup>257</sup>.

La literatura como medio de expresión a través de la escritura, imaginación, creatividad, acontecimientos, relatos, deseos, situaciones vividas, luchas, manifestaciones y sentimientos de los más grandes anhelos de justicia del ser humano, así como de injusticias y ambivalencias, influye al derecho en la adquisición de dichas características. Del derecho esperamos “el orden, la medida, la decisión, etc.; porque de la literatura se espera la belleza, la imaginación, lo lúdico, la duda, la trasgresión, etc.”<sup>258</sup>, también el derecho se inclina “hacia la generalidad y abstracción, normalmente atribuidas a la ley; por otro, la literatura se ocupa de lo particular y concreto, considerando que toda historia se revela irreductiblemente singular”<sup>259</sup> y en conjunto se obtiene la armonía y el equilibrio.

---

<sup>256</sup>Trindade André Karam y Magalhães Gubert, Roberta, *Op. Cit.*, p.22.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p.24.



En este capítulo no se buscó desentrañar las verdades del derecho, ni indagar en sus más íntimos conflictos, lo que sí hicimos es retomar elementos literarios que sean factibles y útiles para su mejora y de esa manera apostamos porque este tome algunos caminos que la literatura le ofrece, para que así pueda ser más atractivo y humano. Se puntualizó sobre los elementos de la literatura que son servibles al derecho para su grandeza.

Ya Aristóteles en la Poética había señalado que, «la poesía es más filosófica que la historia» pues, mientras la historia tan sólo narra lo que ha sucedido, la poesía cuenta lo que siempre puede suceder, nos enseña a ver lo universal en el hacer y el padecer humanos. Por su parte, Gadamer decía que como lo universal es claramente tarea de la filosofía, el arte es más filosófico que la ciencia histórica, dado que dice lo universal.

En ese sentido, concluimos que es factible que el derecho adopte de la literatura aspectos como ponerse en otro lugar - en el de alguien más, la capacidad de juicio sensibilización y desarrollo de la imaginación, porque esto lo lleva a acercarse al cumplimiento de sus fines en aras de una mayor humanización, para que con esta se busque una mejor protección de los derechos y la dignidad humana.



## Bibliografía

1. Amaya, Amalia, *Derecho y literatura*, México, UNAM, [www.filosoficas.unam.mx › ~amaya › publicaciones › derecho y literatura](http://www.filosoficas.unam.mx/~amaya/publicaciones/derecho_y_literatura).
2. Badiou, Alain, *La idea de justicia*, Argentina, 2004, Entrevista Conferencia pronunciada el miércoles 2 de junio de 2004 a las 19 horas puntual por el en el salón de actos de la Facultad de Humanidades y Artes. Rosario. Argentina, <https://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/La%20idea%20de%20justicia.pdf>
3. Beuchot, Mauricio, “Antropología filosófica desde la hermenéutica analógica”, *Quintas jornadas de hermenéutica*, México, UNAM, 2003.
4. Beuchot, Mauricio, *Tratado de Hermenéutica analógica, hacía un nuevo modelo de interpretación*, 5ta ed., México, UNAM, 2015.
5. Bonorino, Pablo, *El imperio de la interpretación: Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, Madrid, Dykinson, 2003.
6. Calvo, González José “Teoría literaria del derecho. Derecho y literatura: intersecciones instrumental, estructural e institucional”, en Fabra Jorge Luis y Núñez Álvaro (Coord.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen uno, México, IJ-UNAM, 2015.
7. Calvo, González José, *El escudo de Perseo, La cultura literaria del derecho*, España, Comares, 2012.
8. Cárdenas, Gracia Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México, Nostra ediciones, Cultura jurídica, 2009
9. Coll y Vehí, José, *Los elementos de la literatura*, 2da ed., España, Imprenta y estereotipia de M. Rivadeneyra, 1857.
10. Compagnon Antoine *¿Para qué sirve la literatura?*, trad. de Manuel Arranz, España, Acantilado, 2008.
11. Conde, Gaxiola Napoleón, *Jushermenéutica y sociología jurídica*, México Circulo Hermenéutico, 2015.
12. Contreras, Espinoza Ramón, *Literatura y hermenéutica*, México, Torres Asociados, 2010.
13. Diccionario de la Real Academia Española, <https://dle.rae.es>



14. Don José Göll y Vehí, *Elementos de la literatura*, Madrid, Imprenta T Estereotipia de M. Rivadeneyra, 1856.
15. Durán Garcés, Víctor, *El zoonpolitikon*, Ecuador, 2012, [http://www.filosofia.mx/index.php/perse/archivos/zoon\\_politikon](http://www.filosofia.mx/index.php/perse/archivos/zoon_politikon)
16. Dworkin, Ronald, "Law as literatura" Investigación crítica, vol. 9, no. 1, 1982 p.132, [https://www.jstor.org/stable/1343279?readnow=1&seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1343279?readnow=1&seq=1#page_scan_tab_contents), 20/12/2020.
17. Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, México, Fondo de la Cultura Económica, 2014.
18. Fábrega P., Jorge, *Abogados y jueces a través de la literatura universal*, Plaza & Janes, 1994.
19. Gadamer, Hans- Georg, *El signo como experiencia hermenéutica*.
20. Gadamer, Hans- Georg, *Verdad y método II*, 5ª ed. trad. de Manuel Olasagasti, España, ediciones sígueme, 2002, t.II.
21. García, Gonzales, Dora, "Ponerse en el lugar del otro: una apuesta por el dialogo intercultural, *Séptimas Jornadas de Hermenéutica*, México, UNAM.
22. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. de Gregorio Vázquez, España, Trotta.
23. Jiménez, Marco, *Sociología y literatura, imaginar nuestra sociedad*, México, UNAM, 2011.
24. Lección inaugural de la cátedra de Literatura Francesa Moderna y Contemporánea de Collège de France, leída el jueves 30 de noviembre de 2006.
25. Marí, E. Enrique, "Derecho y literatura. algo de lo que sí se puede hablar, pero en voz baja", *DOXA*, Argentina, 21-II, 1998.
26. Pérez, Carlos, "Derecho y literatura", *DOXA*, 2006, <file:///d:/Users/AJVazquezC/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/470BDAG0/derecho-y-literatura-1.pdf>
27. Roggero, Jorge (Comp.), *Derecho y Literatura: textos y contextos*, Argentina, Universitaria de Buenos Aires, 2015.
28. Romo Feito, Fernando, *Hermenéutica, interpretación y literatura*, México, Anthropos, 2007.
29. Trindade André Karam y Magalhães Gubert, Roberta, "Derecho Y literatura, Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho", Universidad de Buenos,



*Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja* - Año III,  
Número 4, 2009 ISSN 1851-3069 [www.derecho.uba.ar/revistagioja/175](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/175)  
<file:///C:/Users/any/Downloads/Dialnet-DerechoYLiteratura-4358035.pdf>.

30. Valdés, Mario J., *La interpretación abierta: introducción a la hermenéutica literaria*, Holanda- EUA, Rodopi, 1995.
31. Zanolli Fabila, Betty Luisa, *La interpretación artística, su naturaleza jurídica*, México, Porrúa Print, 2013.



## **CAPÍTULO CUARTO**

### **DERECHO COMO HERMENÉUTICA**

#### **4.1. Introducción**

Dentro de las actividades cognitivas existentes en el trabajo del derecho, las de nuestro interés son la interpretación, la comprensión y la argumentación, ya que son el sustento de la justificación de las resoluciones. Para esto, es importante desarrollarlas en el presente capítulo a través de los elementos teóricos y metodológicos de la hermenéutica, quien ha asumido la tarea interpretativa y de la comprensión que trascienden a estas actividades. Ya en el derecho se han desarrollado abundantes temas desde la hermenéutica jurídica la cual ha contribuido significativamente en las interpretaciones, pero en la actualidad queremos seguir manteniendo vivos los fundamentos de una para con el otro.

La propuesta como en los dos capítulos anteriores, es recoger los elementos, características o principios de la hermenéutica general para que el derecho puede apropiarlos y que el derecho sea como o se parezca a la hermenéutica en algunos detalles interpretativos. Al buscar esta semejanza, no se descalifica el trabajo interpretativo del derecho, lo que se desea es que éste al igual que la hermenéutica adopte un mayor esfuerzo por reconstruir la interpretación y comprensión, abandonando los usos reiterados de la interpretación aparente que vuelve estática e inoperante toda disposición jurídica.

En ese sentido, primeramente, señalamos las generalidades de la relación entre la hermenéutica y el derecho, habiendo ya repasado en el capítulo primero el significado de la hermenéutica a través de la historia y los aportes teóricos, filosóficos y metodológicos de la misma. En segundo momento se expone el derecho y la hermenéutica en su relación con el conocimiento y con la interpretación. Finalmente, se puntualiza sobre los elementos o características que el derecho puede retomar de la hermenéutica y su uso, además del papel de los elementos directos e indirectos del



derecho como hermenéutica, los cuales servirán de guía a este para la interpretación y comprensión de toda disposición jurídica, dando como resultado una mejor argumentación en el derecho, así, desde estas tres actividades cognitivas interpretación, comprensión y argumentación, tendremos acceso a mejores resoluciones conforme a los fines del derecho.

#### 4.2. Generalidades del derecho y la hermenéutica

La hermenéutica ha ocupado un papel importante en el derecho y para ello surgieron y han influido diversas teorías hermenéuticas como *La teoría generale della interpretazione* de 1955 y la *Hermenéutica como metodología general de las ciencias del espíritu* de 1962 de Emilio Betti, en las que explica su visión representativa del entender, señalando que este no se debe de limitar a lo que está escrito, sino que para él este debe extenderse “a los sonidos, a los trazos, a los monumentos, a los recuerdos, a los gestos, etc.”<sup>260</sup>

Betti es un representante desatacado y precursor de la hermenéutica jurídica, quien aplica la propuesta de entender el espíritu de las leyes “pues quien busca comprender una ley o un texto constitucional no busca penetrar el espíritu de su fundador, sino el espíritu de la ley misma, la entidad ideal representando el orden jurídico que ha encontrado su expresión en tal o cual ley.”<sup>261</sup> Para el logro de sus planteamientos consideró necesaria la ayuda de cánones hermenéuticos bien definidos, que superen las antinomias o dialéctica entre la intención del legislador y la intención del intérprete. Este autor rechaza en su teoría la voluntad del legislador como dogma.

---

<sup>260</sup>Grondin Jean, “La hermenéutica como ciencia rigurosa, según Emilio Betti”, *Revista Co-herencia*, vol. 8, núm. 15, julio-diciembre, Universidad EAFIT, Colombia, 2011, p. 22. <http://www.redalyc.org/pdf/774/77421563001.pdf>

<sup>261</sup> *Ibidem*.



Dentro de la teoría general del derecho contemporáneo se ha seguido debatiendo sobre la cuestión interpretativa, sin embargo, no han existido teorías tan elaboradas como la de Emilio Betti. Por ejemplo, para teóricos contemporáneos como Robert Alexy la hermenéutica jurídica no cumple con los requisitos teóricos para obtener una interpretación correcta, y señala que si bien la hermenéutica ofrece elementos para una adecuada interpretación en el derecho ésta no es completa, para lo que entonces se requiere de la argumentación jurídica, que si bien no cumple completamente con una interpretación correcta es quien más se acerca.<sup>262</sup>

Respecto a la hermenéutica jurídica, también hay posturas relativas a que esta es de gran utilidad en el derecho actual porque desde su “antipositividad” considera al derecho como práctica social que se entiende necesariamente desde su interpretación y aplicación; desde que la interpretación es una actividad entre el texto normativo, el caso, el ordenamiento y el contexto, y que el conocimiento jurídico es al mismo tiempo comprensión y praxis<sup>263</sup> lo que brinda al derecho la posibilidad de salirse de la arbitrariedad de la subsunción y mirar un poco hacia la realidad y el contexto.

Tal como señalamos en el primer capítulo, la tarea de la hermenéutica es la interpretación de los textos y al expresarse el derecho predominantemente a través del texto, la hermenéutica será fundamental en las labores de este. Sin que se deje de lado que la hermenéutica también busca la interpretación del ser, conductas, acontecimientos o contextos como lo hace el derecho.

El papel de la hermenéutica en el derecho es que, al ser el arte y la ciencia de interpretar, brinda elementos teóricos a este para la realización de sus tareas

---

<sup>262</sup> Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. de Villar Luis, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 35-46.

<sup>263</sup> Cárdenas, Gracia Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México, Nostra ediciones, Cultura jurídica, 2009, p. 281-282.



interpretativas, dado que el derecho es de “estirpe interpretacional”<sup>264</sup>, es decir debe interpretar sí o sí. Respecto a ello, Dworkin señaló que la ley misma ya es una interpretación, en razón que en la práctica del derecho nos vamos a encontrar con los casos difíciles, esto es, existirá en el derecho una dificultad en la aplicación de los preceptos jurídicos debido a la textura abierta del derecho y como señaló Hart, es imposible regular todas las situaciones en la norma, por esa razón habrá casos que serán difíciles de resolver con la simple subsunción de la norma a los hechos, por lo que el derecho necesita a la interpretación.

Hernández al citar a Beuchot señala que “la hermenéutica y su ejercicio interpretativo tienen una forma muy particular de relacionarse con el derecho desde diferentes aspectos, al facilitar los medios para que el jurista atribuya un sentido a la norma y a las demás partes que integran el derecho...”<sup>265</sup> es decir, este al hacer uso de la interpretación requirió los conceptos desarrollados por la hermenéutica a lo largo de la historia, para así lograr mejores interpretaciones.

Ante lo indispensable de una para el otro, fueron adoptándose elementos de la hermenéutica en general para el campo del derecho y como Beuchot señala, la hermenéutica se relaciona con el derecho en “su epistemología, al hacer un análisis necesario de la constitución de la norma jurídica y de la concepción del derecho en general para alcanzar su fin; se relaciona con el derecho en cuanto a su ontología y al brindar los elementos necesarios para la aplicación concreta del derecho en una sociedad específica; se relaciona con la ética, con la lógica y con la metodología jurídica.”<sup>266</sup>

---

<sup>264</sup> Conde, Gaxiola Napoleón, *Op. Cit.* p. 41.

<sup>265</sup> Hernández Manríquez, Javier, *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*, México, IJ-UNAM, 2019, p.66.

<sup>266</sup> *Ídem.*



Lo anterior, por ser necesario que conozcamos el derecho y para lo que requerimos comprender el contenido de las normas, de los actos o hechos jurídicos, así como su significado; la necesidad de su existencia; el motivo de su creación y las conductas humanas en relación con este para después tener la facultad de aplicarlo. Dado que no se puede apelar a lo desconocido, ni dar lo que no se tiene, en el ámbito jurídico se requiere la comprensión del derecho desde la interpretación, para así encaminarlo y ejecutarlo desde sus fines. Es por ello, vemos la importancia y la relación de la hermenéutica para el derecho, quien lo ayudará a conseguir la mejor interpretación para cada caso y desde los siguientes presupuestos.

#### **4.3. Elementos: autor, texto, lector y receptor**

En las diferentes teorías hermenéuticas se ha puntualizado sobre los sujetos y elementos que componen el acto interpretativo, dándose énfasis en cada una según la importancia de su tiempo o la corriente que los retoma. Las teorías con fines de promulgar la objetividad han considerado que la interpretación deberá ceñirse estrictamente a lo señalado en el texto. Para otras la importancia radica en descubrir la intención del autor de la obra, por lo que deberá buscarse en mayor medida qué fue lo que quiso decir al momento de su creación. Otras apelan a que lo importante en el acto interpretativo es el lector, porque al encontrarse en el momento histórico en el que se requería la interpretación, era quien podía evaluar su uso.

En ese sentido, Beuchot apunta que, si se le da prioridad al lector obtendremos una lectura y por lo tanto una interpretación subjetivista, si se da prioridad al autor se busca una lectura e interpretación objetivista; entonces, si se exagera del lado del lector nos inclinamos a la arbitrariedad y al caos, pero al exagerar del lado del autor caminamos a lo improcedente e inaplicable por el tiempo de la interpretación. Por lo que, Beuchot propone y es lo que recogemos para el presente trabajo, llegar a una mediación prudencial y analógica entre uno y otro, donde se salvaguarde la intención del autor para no perder la objetividad, pero con la advertencia de que la subjetividad del lector



se hace visible, así al hablar de una “intención del texto” se tendrá que hacer un entrecruce entre estas dos intenciones.

Por su parte, Frosini manifestó que “la interpretación jurídica es un procedimiento dialectivo que se origina, inicia, desarrolla y termina entre tensiones y contradicciones que requieren una elección, por cuanto se trata de un acontecimiento metamórfico, esto es que consiste en una conversión de resultados.<sup>267</sup> Estas contradicciones en primer lugar devienen de la imposibilidad de poder regular todas las conductas en las normas legisladas, por lo que, se tiene que interpretar lo sí regulado en las nuevos acontecimientos y en segunda, porque en esa nueva interpretación puede existir disyuntiva entre la intención del autor, la esencia de la norma, lo señalado por el texto y lo comprendido por el lector.

Por lo anterior, el derecho como hermenéutica busca acoger una interpretación jurídica que retome de forma analógica cada uno de los elementos de la hermenéutica en el acto interpretativo, es decir, reconoce que cada uno tiene relevancia para la tarea interpretativa, sin hacer énfasis en uno o en otro, sino que de manera proporcional todos ocupan una función importante para decir el derecho. Además de lo anterior, dentro del derecho como hermenéutica se agrega preponderantemente al receptor, ya que este juega un papel trascendental en la afectación y beneficio de una interpretación. Así, los elementos-sujetos a considerar en cualquier acto interpretativo dentro de la hermenéutica analógica son: autor, lector, texto y receptor.

Al autor porque este en su momento tuvo la autoridad, la investigación y el reconocimiento para crear la ley mediante un procedimiento legislativo, es decir el contenido del texto le perteneció. La importancia del lector, en el caso del derecho es quien juzga porque es a quien le corresponde aplicar lo señalado en el texto legislado y convertir lo general al caso concreto para resolver un conflicto que afecta una convivencia, siendo el garante principal de la interpretación de las normas al aplicarlas

---

<sup>267</sup>Frosini Vittorio, *Op. Cit.*, p. 12.



e interpretarlas, debido a que el texto ya no dice lo mismo que quiso decir en su momento, dado que, seguramente algunas condiciones habrán cambiado y deberán ser contextualizadas. Por parte del texto jurídico, es porque en este se encuentran los fundamentos para interpretar y brinda la seguridad jurídica a los actos interpretativos y aplicación del derecho.

Finalmente, tenemos al receptor que, si bien no está involucrado directamente en el proceso interpretativo y además aumenta las disyuntivas a la hora de interpretar, es importante en el acto interpretativo debido a que, este es el motivo por el cual el autor creo el texto, pues con el establecimiento de leyes se buscan resultados de orden y bienestar social. Se involucra también en el proceso porque el autor-legislador lo pensó desde el acto en concreto; sin que le ponga un nombre pensó en su existencia como receptor; porque es el destinatario del texto; se hizo para este; en él es sobre quien recaerán las consecuencias o beneficios del texto; porque la interpretación en derecho debe tener como finalidad la protección de los derechos de quien la recibe y esta debe apelar al principio *pro persona* y a la dignidad humana.

De esa forma desde el derecho como hermenéutica debe prestarse atención e incluir estos elementos en los actos interpretativos de forma analógica y proporcional, sin que se permita la ausencia de alguno, porque las interpretaciones deben ir en el más amplio beneficio de los derechos. En ese sentido, el acto interpretativo actúa desde diversos elementos que orienten su fin y por ello el derecho como hermenéutica tendrá en cuenta estos elementos en cada una de sus actuaciones, porque al pensar en la armonía de estos elementos tendrá un actuar más mesurado, consiente, pensando en los elementos directos e indirectos a interpretar y ante cualquier acontecimiento deberá reflexionar en los actores, lectores, el propio texto y en los receptores.

Ejemplo de lo anterior, es que en el caso del dictado de una resolución jurídica, pensemos que quien juzga antes de tomar una decisión respecto cómo fallará un juicio, debe poner sobre la mesa estos elementos directos de la interpretación, según su lugar en la interpretación, de donde traerá: a) las disposiciones de ley que rigen el caso a



resolver, lo que dicen de forma textual, lo que dicen adaptando el texto al contexto actual y la finalidad de las mismas; b) los antecedentes, motivos y fines que en su momento tuvo el legislador para regular una situación mediante una ley; c) la comprensión, conciencia objetiva y reconocimiento de sus prejuicios, para realizar una interpretación adecuada al caso y d) finalmente, al receptor, en este caso a quien se dirige la resolución, debido a que este es el destinatario por el cual el autor creó el texto, pensando que con ello se busca proteger los derechos humanos, la dignidad y se dicta la resolución conforme a lo más favorable a ello.

Además, de lo anterior adoptar la idea que su decisión puede servir como precedente a otras resoluciones. Así, el derecho como hermenéutica buscará armonía y proporcionalidad, mejores equilibrios y equidad en sus interpretaciones entre estos cuatro elementos- sujetos, favoreciendo de la manera más amplia a las personas.

#### **4.4. Derecho como hermenéutica en su relación con el conocimiento**

El derecho como hermenéutica hace énfasis en la comprensión como un medio de conocimiento, tanto del objeto de estudio como de sí mismo y sobre cómo “hemos llegado a ser lo que somos”<sup>268</sup>. En primera porque el derecho al estar representado en muchas de sus manifestaciones como texto, está inmerso en situaciones como la intención del autor, su esencia, finalidad, contenido histórico, entre otras; lo que puede derivar en equivocidad de interpretaciones y la comprensión es el medio para salir de esta y aprender el objeto.”<sup>269</sup> En segunda porque al ser el derecho una ciencia social no

---

<sup>268</sup> González Agudelo, Elvia María, *Sobre la experiencia hermenéutica o acerca de otra posibilidad para la construcción del conocimiento*, Colombia, Universidad de Antioquia, 2012, p.125.  
[http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/4094/1/GonzalesElvia\\_2011\\_construccionconocimiento.pdf](http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/4094/1/GonzalesElvia_2011_construccionconocimiento.pdf)

<sup>269</sup> Días Romero, Juan, *Imagen elemental de la hermenéutica jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, p. 38.



podemos aplicar un método o forma de conocimiento como el de las ciencias exactas, por lo que consideramos que la comprensión es un camino y punto de unión del conocimiento entre el derecho y la hermenéutica.

Respecto a lo anterior, Zygmunt Bauman señala que a fines del siglo XVIII “la reflexión filosófica respecto de la actividad y los resultados de la hermenéutica fue más allá de la simple crítica de los textos y comenzó a hacerse preguntas difíciles sobre la naturaleza y los objetivos del conocimiento histórico como tales; en realidad, sobre el conocimiento en general”,<sup>270</sup> lo que significó que, la hermenéutica saltó del texto a la realidad y de la crítica al conocimiento, ampliando sus objetos de estudio y alcanzando más respuestas a sus interrogantes.

La comprensión y la interpretación han ido generando nuevos conocimientos. En primer momento un texto establece una reseña, si esta es mínimamente aceptada va adquiriendo valor con el paso del tiempo, después se penetra en otros textos y espacios los cuales son traducidos y comprendidos por otros, y así se trasladan los nuevos textos de los textos y sus interpretaciones en círculos hermenéuticos transmitiéndose entre unos y otros, dado que en la comprensión no abarca todo de primera mano.<sup>271</sup> Respecto a esto Gadamer apunta que, “toda lectura y toda comprensión de lo escrito supone un proceso que traspone lo fijado en el texto a un nuevo enunciado y debe concretarse de nuevo.”<sup>272</sup>

Como acercamiento al conocimiento, el derecho como hermenéutica apela a la comprensión del texto, contexto, acontecimientos, historia, conductas, hechos, actos y sociedad; de forma individual, en conjunto y en concreto a cada caso, lo que hace desentrañar en gran medida el sentido, los fines y benevolencia del derecho en la

---

<sup>270</sup> Zygmunt, Bauman, *La hermenéutica en las ciencias sociales*, trad. de Víctor Magno Boyé, Argentina, Nueva Visión, 2007 p. 132.

<sup>271</sup> González Agudelo, *Op. Cit.*, p.129.

<sup>272</sup> Gadamer, Hans- Georg, “Verdad y método II” cit., p. 25



praxis. Además, posibilita la formación en la comprensión, para no solo aplicar el derecho sino, para traspasar nuevos conocimientos que después servirán de base para los que siguen.

La propuesta de derecho como hermenéutica, además, reconoce al igual que Gadamer que, “la comprensión empieza cuando algo nos llama la atención”<sup>273</sup> lo que implica la necesidad y curiosidad de querer comprender cualquier manifestación del derecho, porque contrario a ello, seguiremos aplicando los mismos argumentos comprendidos en el pasado y por alguien más, porque “es cierto que la comprensión de uno por otro no cubre todo el ámbito de lo comprendido. En este sentido, el análisis hermenéutico tiene que eliminar claramente un falso modelo de comprensión y de acuerdo”<sup>274</sup> porque el derecho siempre nos dice algo nuevo, en cada manifestación revela una nueva situación, la cual debe ser comprendida porque quizá esta no se presentó tal cual en otro momento. Por lo tanto, debo realizar una nueva comprensión e interpretación del acontecimiento ocurrido para lograr decir mejor el derecho, pues la comprensión será posible cuando “el sujeto ponga en juego sus propios presupuestos”.<sup>275</sup>

La relación sujeto-objeto debe presentarse como crítica y autocrítica, es decir, implicar al objeto en sí, desde su creación, intención, esencia, historia y su contexto, entendiendo cómo se presentan los sujetos ante los objetos, cómo se ven, qué conocimientos hay en el interior respecto a los mismos, cómo ha sido la relación y qué se ha dicho respecto a este. Buscar un dialogo entre lo existente y en la escucha de nuevos conocimientos, para desde la dialéctica de preguntas y respuestas aterrizar en mejores comprensiones, porque la comprensión se logra más significativamente desde las preguntas a la que se responde”<sup>276</sup>

---

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>274</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>276</sup> *Ibidem*, p. 58.



Además, la comprensión es fundamental en quienes caracterizan su trabajo en relación con los demás y actúan especialmente por la vía del lenguaje, en el caso del derecho es así, pero sin el diálogo esa relación será desierta, sin mucho que decir y con poco que aportar.”<sup>277</sup> Por lo que, el sentido productivo, activo y dialógico del “intérprete forma parte inexorablemente del sentido de la comprensión.”<sup>278</sup> De este modo, el derecho como hermenéutica apuesta al conocimiento por la comprensión desde la crítica, autocrítica, refutación, curiosidad, interrogación y el dialogo, de ahí los juristas podemos eliminar las posturas estáticas del derecho para adquirir una función creadora, “prudencia jurídica” y mejor racionalidad práctica.”<sup>279</sup>

#### **4.5. Derecho como hermenéutica y la interpretación**

La interpretación en general ha sido fundamental en el quehacer diario de la sociedad, desde su uso en la comprensión de los signos que nos proporcionan indicaciones, direcciones, señalamientos o prohibiciones; en el entendimiento de un idioma a otro o en el entendimiento de conductas de determinados grupos sociales.

La interpretación jurídica se ha retomado desde diversas vertientes según el paso del tiempo, por ejemplo, desde la escuela exegética se contemplaba desde el contenido gramatical, es decir se interpretaba solo conforme al texto de la ley<sup>280</sup>; para Savigny la interpretación de la ley debería ser en concordancia con lo señalado por el legislador histórico, sin embargo cuando existía una ley que parecía no integrada a un caso, debería realizarse desde la descomposición de sus elementos; esto es, debía interpretarse desde lo señalado a la letra de la ley, desde la lógica, la historia es decir,

---

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 319.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 302.

<sup>280</sup> Hernández Manríquez, *Op. Cit.*, p. 58.



como era el derecho en el momento que se creó la ley y desde el conjunto del ordenamiento legal, preponderando entre todo el aspecto histórico.<sup>281</sup>

En la escuela de la libre investigación científica, indica Recaséns Siches, citado por Hernández, la interpretación “no está sometida a una autoridad positiva y solamente puede hallar bases sólidas en los elementos objetivos descubribles por la ciencia”<sup>282</sup> y se basaba en cuatro elementos: datos previos o reales, datos históricos, datos o principios racionales y en datos ideales. La escuela del derecho libre “propone un modelo de interpretación basado en las convicciones sociales y en la libertad prudencial de la actividad de los jueces.” Por su parte, la escuela del realismo jurídico norteamericano apela por la libre interpretación de las leyes por parte de quien juzga, lo cual se hará conforme a la realidad de ese momento, siendo esta un ejemplo de interpretación equivocada extrema.<sup>283</sup>

En la interpretación jurídica se han identificado aspectos importantes para su integración como son: la unión del cúmulo de conocimientos, la decisión de quien juzga, la práctica social y la identificación de todos estos con el conjunto normativo de su legislación. En ese sentido, la interpretación se ha proyectado desde el aspecto “discursivo” y “contextual”, considerándose el trabajo del interprete como una actividad de conversión, que va del lenguaje a la práctica;<sup>284</sup> siendo, además, un procedimiento dialéctico que se origina, inicia, desarrolla y termina entre tensiones y contradicciones que requieren una elección por parte del juzgador y del caso específico.<sup>285</sup>

---

<sup>281</sup> Posada Garcés, Juan Pablo, “Elementos fundamentales de la hermenéutica jurídica”, *Revista Nuevo Derecho*, Envigado – Colombia, Vol. 5, Nº 6. Enero-Junio de 2010., p. 47-63 - ISSN 2011-4540.

<sup>282</sup> Hernández Manríquez, *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 61- 65.

<sup>284</sup> Frosini, Vitorio, *Op. Cit.* p. 8-9.

<sup>285</sup> *Ibidem*, p.12.



Así, la interpretación jurídica es la actividad cognoscitiva, sensorial y creativa dirigida a conocer en mayor medida el significado y aplicación de un precepto jurídico y un acto o consecuencia de derecho necesario para responder de forma correcta a las preguntas dialécticas del derecho. La interpretación, “no es sólo el hecho de recuperar la intención de un autor si entendemos que intención significa un estado mental consciente. (...) no es siempre identificar una idea consciente en la mente del autor cuando dijo, escribió o hizo lo que hizo (...), por eso cuando Gadamer habla de la intención su expresión admite cualificaciones en Dworkin, que lo conduce más que a descubrir la intención del autor (teoría que Dworkin rechaza), a encontrar un valor en lo que ha hecho.”<sup>286</sup>

A diferencia de otras interpretaciones, la jurídica no solo versa sobre ver el sentido de lo que algo nos quiere decir o lo qué el autor quiso decir al interprete; sino que, mediante la interpretación en el derecho se obtendrá una acción que involucra la protección o desprotección de los derechos y la dignidad de una determinada o de un conjunto de personas. Quien juzga o dicta una resolución al tener en sus manos la vida, la libertad, los bienes y la protección de derechos, debe en lo más posible esforzarse y lograr la mejor interpretación para resolver tal o cual caso. En ese sentido y por su debida importancia es que se han puesto grandes esfuerzos en ofrecer fundamentos, teorías, métodos o pautas encaminadas a lograr mejores interpretaciones en el campo jurídico, y si bien, la tarea interpretativa no es fácil, es constante dentro de las actividades donde se manifiesta el derecho.

La interpretación desde el derecho como hermenéutica tiene como base la elección de algunos elementos, principios o características de la hermenéutica en general que pueden ser copiados por el derecho para la realización de sus actividades primordiales, especialmente cuando sean necesarios. Esto porque no puede evadir y dejar a un lado

---

<sup>286</sup> Marí, E. Enrique, “Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar, pero en voz baja”, *DOXA*, 21-II, Argentina, 1998, p. 266.  
file:///d:/Users/AJVazquezC/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/470BDA  
G0/derecho-y-literatura-algo-de-lo-que-s-se-puede-hablar-pero-en-voz-baja-0.pdf



la legislación vigente y privilegiar el uso de estos elementos hermenéuticos, sino buscar la armonía y usar éstos en aquellos espacios que hagan falta para una mejor interpretación. Para ello la propuesta retoma principalmente fundamentos de la teoría hermenéutica de Gadamer y de la hermenéutica analógica, donde Mauricio Beuchot, la define al decir que:

*“Es interpretar un texto buscando la coherencia interna, una coherencia proporcional (sintaxis) entre sus elementos constitutivos (...), es interpretar buscando la relación proporcional del texto con los objetos o hechos que designa (semántica) (...), es la correspondencia o adecuación entre el texto y el mundo que designa (...) es interpretar buscando proporcionalmente el uso del autor, su intencionalidad expresiva y comunicativa (pragmática). La lectura del intérprete debe ser proporcional –no unívoca, pero tampoco equívoca– a la escritura del autor.”<sup>287</sup>*

De este modo, la hermenéutica analógica ofrece al derecho como hermenéutica coherencia interna y proporcionalidad entre el conjunto de normas vigentes, constitucionales, internacionales o locales; armonía y concordancia en la interpretación entre unas y otras para después buscar la relación proporcional entre estas con el hecho o acto jurídico, las particularidades, con lo que se debe resolver o decir. Acogiendo, además, la voluntad del autor, su intención expresiva y comunicativa para llegar a interpretaciones analógicas, es decir ni univocas ni equivocadas. También tiene como “(...) ideal equilibrar el liberalismo y el comunitarismo, las éticas de la justicia y las éticas del bien o de la felicidad (...).”<sup>288</sup>

El derecho como hermenéutica para su tarea interpretativa retoma el aspecto sintáctico, semántico y pragmático de la hermenéutica analógica, busca también poner especial

---

<sup>287</sup>Beuchot Puente, Mauricio, “Breve exposición de la...” cit., p. 492-493.

<sup>288</sup>Otero León, Lourdes, *Hermenéutica analógica, ética y estética*, México, Torres y asociados, 2011, p. 15.



atención al contexto pasado y presente, en el sentido ontológico del objeto interpretado, a la progresividad del derecho y la máxima protección del receptor de la interpretación. Adopta la analogía como punto medio entre “la univocidad (positivismos científicistas que pretenden una interpretación clara y distinta de todo) y la equivocidad (se renuncia a toda objetividad, se relativiza la interpretación, escepticismo y nihilismo)”<sup>289</sup>.

Al respecto, Dworkin manifiesta que la interpretación que debe hacer quien juzga debe estar en concordancia con la totalidad de las reglas y principios subyacentes que se encuentran en el sistema jurídico, lo que será la restricción a la libertad interpretativa, es decir el intérprete no puede abandonar la seguridad jurídica del derecho. Por su parte, Beltrán señala que la opinión de Guest respecto a la interpretación dworkiniana en materia legal, tiene un parecido a la interpretación en arte, pues el juez con su interpretación realiza una nueva ley sobre eso que no está legislado para resolver el caso en concreto, en ese sentido juega el papel de un compositor en la de nueva música, ambos se ven de algún modo limitados en su labor por aquello que se pretende interpretar.<sup>290</sup>

En concordancia con los presupuestos de la hermenéutica analógica, reconocemos que no se puede alcanzar una interpretación perfecta y única de un texto, pero sí encontrar pautas para equilibrar las interpretaciones equivocistas, totalmente ambiguas, vagas, subjetivas o relativistas. El derecho se necesita ver desde cada tipo de texto y contexto, reconociendo que cada caso es en una parte distinta y otra parte igual, promulgando la idea que se deben evitar las interpretaciones extremistas, pero también los simplismos.

El derecho como hermenéutica busca estar atento a los detalles, a los aspectos menores, a ser cuidadoso con la diferencia más que con la semejanza con otros textos

---

<sup>289</sup>Beuchot Puente, Mauricio, “Hermenéutica analógica y educación...”, cit., p. 4-5.

<sup>290</sup>Beltrán Miguel, “La noción de interpretación en Dworkin” *Taula*, Quaderns de Pensament no 6. Desembre 1986. *Universitat de les illes Balears*, p. 57-62. <http://www.raco.cat/index.php/Taula/article/viewFile/70560/89786> 31/03/2018



y otras interpretaciones, porque desde la interpretación analógica, evitará la univocidad y la equivocidad buscando modelos de proporcionalidad y de atribución. Esto es, la analogía de atribución nos hace darnos cuenta de que puede haber más de una interpretación válida, es decir, un grupo de interpretaciones válidas, según el caso, “pero que se van jerarquizando por grados de riqueza interpretativa y de adecuación al texto, de modo que, a partir de un grado, podemos decir que ya se apartan de la verdad textual e incurrir en la validez.”<sup>291</sup>

Beuchot ha manifestado que la interpretación analógica se aproxima más a lo equivoco que a lo univoco, es decir predomina más la diferencia que la identidad; lo que no desfavorece en el campo jurídico, ya que cada asunto tiene notas de particularidad y diferencia al otro. Por lo que, para este efecto se considera más útil la equivocidad que la univocidad, ya que esta permitiría creer que no solo existe una respuesta correcta, esforzándonos por la mejor interpretación para dar la mejor respuesta; siendo la mejor, la más protectora de derechos, la más armónica desde el sentido sintáctico, semántico y pragmático. No obstante, no nos preocupa que la analogía nos incline demasiado hacia las interpretaciones equivocadas, porque tenemos el margen de la normativa vigente y la seguridad jurídica, que regulan la inclinación e indican hasta dónde podemos llegar, porque desde la analogía también se busca la racionalidad, “la igualdad proporcional: a cada cual según la porción que le toca, su porción.”<sup>292</sup>

En este sentido, y toda vez que el objetivo de la hermenéutica analógica es apelar al equilibrio en la interpretación, rechazando la existencia de una sola interpretación correcta o que cualquiera pueda ser válida. Desecha una respuesta correcta como lo hacen los positivistas porque de este modo estaremos en la búsqueda de lo inalcanzable e imposible, tampoco considera que cualquier interpretación puede ser correcta pues estaríamos destinados a una arbitrariedad proveniente del subjetivismo como los relativistas, derivado de ello, no tendría razón de ser la hermenéutica, ni la

---

<sup>291</sup> Beuchot, Mauricio, *Tratado de Hermenéutica analógica...* cit., p.53

<sup>292</sup>Beuchot, Mauricio, “Tratado de hermenéutica analógica” cit., p. 46.



interpretación, pues en su lugar todo sería correcto. La función del derecho como hermenéutica propuesta es la analogía y buscar el equilibrio entre las interpretaciones para llegar a la más idónea para quien la recibe.

#### **4.6. De la hermenéutica al derecho como hermenéutica**

En este apartado se precisan los elementos, características o principios que elegimos para describir al derecho como hermenéutica. Si la hermenéutica se ha definido como la teoría científica del arte de interpretar textos, el derecho como hermenéutica busca parecerse a esta al ampliar su capacidad interpretativa, hacer de la interpretación un arte dentro de sus tareas y, además, adoptar como pilar de su actuación a la comprensión. Para esto se retoman algunos enunciados desarrollados por Gadamer y Beuchot que consideramos ayudan a cumplir el objetivo del presente trabajo.

De Beuchot acogemos presupuestos que tienen que ver con la analogía, la tradición y la contextualidad, porque estos conceptos aportan criterios teóricos a la interpretación, comprensión y regulación social, en razón de que en el aspecto jurídico se busca construir junto con el derecho “cauces para un diálogo fructífero en el entorno de las problemáticas actuales, como la necesaria fundamentación de los derechos humanos, el diálogo intercultural, la generación de cursos y políticas de acción congruentes con las legítimas.”<sup>293</sup>

De Gadamer retomamos lo relativo a concebir a la hermenéutica desde un aspecto filosófico más que como método y como una teoría de la posibilidad de la comprensión no sólo de textos, sino de las realidades significativas accesibles a la experiencia en general <sup>294</sup>. Así también, otros elementos desarrollados por este teórico, dentro de los

---

<sup>294</sup> Romero, José Manuel, *Hacia una hermenéutica dialéctica*, España, Síntesis, 2005, p.25.



cuales están la comprensión, la formación, el dialogo, los prejuicios y el análisis del círculo hermenéutico.

Ver al derecho a semejanza de la hermenéutica, tiene su justificación en el hecho que esta ha buscado la interpretación desde un sentido amplio de las cosas, de las normas, la tradición, los valores, prejuicios y principios, así como porque es el desarrollo de la interpretación y comprensión, actividades esenciales que el derecho requiere día a día para su actuación.

Entonces, si decimos que “la hermenéutica es el arte, la ciencia y el método de interpretar” al proponerle al derecho parecerse a esta desde el “como”, diríamos que el derecho como hermenéutica buscaría en sus acciones interpretativas ser arte, ciencia y método. Además, desde esta definición no solo significa aplicarla en la tarea de interpretar, sino en cualquier acto, ya que la interpretación no existe solo donde la ley nos dice que hay que interpretar, también existe en cualquier acto del derecho que siempre requiere ser interpretado. Por lo anterior, es necesario precisar que los elementos, características o principios que el derecho retoma de la hermenéutica, son: la comprensión, contextualidad, tradición e innovación y dialogicidad.

#### **4.6.1. Comprensión**

El derecho como hermenéutica desde el aspecto sintáctico que propone la hermenéutica analógica de Mauricio Beuchot, se encamina a una coherencia interna y proporcional entre los elementos que constituyen al derecho, para lo que es importante tener presentes lo fines ontológicos e interpretativos del texto y acto a interpretar, siempre desde la protección de los derechos de los receptores a lo cual nos acercamos desde un proceso de comprensión, siendo la hermenéutica una buena guía que nos encamina a esa confluencia.

Para la comprensión en y del derecho desde la hermenéutica gadameriana se busca la unión, conciencia y comunión entre los detalles observables de tiempo, lugar, forma,



circunstancias, contexto, condiciones, oposiciones o disyuntivas de cada fin; es decir, se apela a la analogía, equilibrio y congruencia entre la justicia, la seguridad jurídica y el bien social, sin que falte o se deseche ninguno, porque tal como Gadamer señala “la falta de tal confluencia significa el fracaso de la comprensión”<sup>295</sup>, lo que nos arriesga a seguir viviendo al derecho como simple ley.

Se piensa al derecho como hermenéutica porque ésta mejor que ninguna otra disciplina, ha acogido el estudio de la comprensión, la que Gadamer determina como “una participación en el significado común”<sup>296</sup> y objetivo de todo entendimiento. De este modo, desde la comprensión en el derecho abarcamos una interacción con sus fines ontológicos, filosófico y sociales para manifestarla en el mejor beneficio de los receptores, porque el comprender que se piensa desde la hermenéutica no es un comprender subjetivizado, sino aquel que se guarda de la arbitrariedad, las ocurrencias y la limitación de los hábitos mentales inadvertidos y se fija en los fines de sí mismo y en hacer el derecho más humano<sup>297</sup>. Este persigue resguardar la seguridad jurídica, pero elimina lo tajante del mero texto de la ley cuando no concuerde de manera armoniosa con los fines justos del derecho.

El acogimiento de la hermenéutica por parte del derecho se debe principalmente a que aquella enfatiza en la comprensión, la cual propone al derecho ser atento y diligente en un mejor decir. La comprensión es un adecuado camino para el mejor logro de los fines del derecho, así como de su interpretación y argumentación, ya Habermas decía que, “desde el logro de una adecuada comprensión se obtendrá una adecuada comunicación del mensaje”, lo que en derecho resulta fundamental en la comunicación y recepción de las resoluciones y de cualquier acto jurídico.

---

<sup>295</sup>Gadamer, Hans-Georg, “Verdad y Método II”, cit. p. 63.

<sup>296</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>297</sup> *Ídem*.



En ese sentido y para lograr una mejor comprensión en el derecho Gadamer y Beuchot proponen algunos presupuestos y principios:

*a) Conocer el lenguaje*

Tanto la hermenéutica como otras disciplinas propugnan con gran fuerza la idea de conocer el lenguaje para llegar a la comprensión, porque es a través de este que tenemos el primer acercamiento al conocimiento y contenido de los textos. El lenguaje contiene análisis semánticos, lingüísticos, históricos e interpretativos que hacen posible el nombramiento y conocimiento de las cosas para el mejor decir de ellas. Por ello, para el logro de la comprensión se ha priorizado el papel determinante de la lingüística, ya que a través del lenguaje podemos acercarnos a lo que las cosas son, comprenderlas, interpretarlas, traducirlas y decirlas mediante las palabras que cada uno conocemos porque como lo señala Grondin “no hay conocimiento sin lenguaje.”<sup>298</sup>

Respecto a la importancia del lenguaje, Jürgen Habermas en la racionalidad comunicativa sostuvo que la comunicación racional es un logro de orden social, la cual se podrá obtener, entre otras, desde la comprensión. Del mismo modo que Habermas, consideramos que para lograr una mejor relación con el derecho es predominante su buen decir, su decir racional, el cual se podrá lograr desde el buen comprender. De este modo, es importante conocer el lenguaje para la comprensión, pero debe estar complementado con otros elementos al no ser la única vía para la comprensión, porque si así fuera así nos enfrascaríamos en simples lecturas y actuaciones bajo el solo texto de la ley, sin atribuirle el aspecto contextual, la intención, el fin y el carácter ontológico u objetivo.

---

<sup>298</sup> Grondin, Jean, ¿Qué es la hermenéutica...?”, p. 86.



*b) Formación de acuerdos o consensos comunes y –más o menos- generales, desde una participación en el significado común.”<sup>299</sup>*

Para lograr la comprensión, y más aún, a una comprensión equilibrada, se ha apelado a los consensos comunes, que la mayoría acredita e interioriza. Para el caso del derecho, son los derechos humanos, principios constitucionales y la interpretación conforme, que son adoptados por la comunidad nacional e internacional como un significado común en la actuación del derecho, los cuales además son guía en la comprensión e interpretación. No obstante, para su aplicación equilibrada es necesaria la formación desde la hermenéutica, pues esta brinda la necesidad de cuestionarnos el qué, cómo, por qué, para qué, para quién comprender e interpretar..., dado que, la hermenéutica al constituirse como método, teoría e ideología ofrece elementos formativos que ayudan a la mejor acción en el derecho y a delimitar la actuación subjetivista o equivocista de quienes resuelven en lo jurídico, para que estos acuerdos generales sean el límite en las actuaciones e interpretaciones desbordadas o que irrumpen la seguridad jurídica de toda persona.

*c) Revisión constante del proyecto obtenido de la interpretación como resultado de una profundización del sentido.”<sup>300</sup>*

La formación hermenéutica presupone el encuentro con la comprensión, a través del hábito en una continua exploración y refutación del proyecto resultado de la interpretación. El derecho a su semejanza y desde ella, crea la necesidad de esa revisión constantemente, atendiendo principalmente a si la comprensión e interpretación de los preceptos jurídicos que se utilizan son aplicables al caso tratado en el momento o aquel a resolver, conforme a las circunstancias particulares que rodean al asunto, entendiendo que su principal tarea es encontrar la mejor

---

<sup>299</sup> Gadamer, Hans- Georg, “Verdad y método II...” cit., p. 64.

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 65.



interpretación y aplicación de estos, de tal forma que, amplie la protección de los derechos humanos y los fines del derecho mismo.

Es importante, enfocar la comprensión como parte de las actividades conscientes del derecho, porque esta actividad dará mayor certeza a que el resultado sea alejado de simples subsunciones, similitudes a casos parecidos, de prejuicios, cargas históricas individuales, premuras y todo aquello que afecta al resultado de la interpretación y aplicación del derecho por parte de su ejecutante. Además, porque es una vía para que el derecho se acerque al conocimiento de los conflictos, sociedad, texto, contexto y a los acontecimientos de necesarios al momento de resolver.

*d) No abandonarse sin más al azar de la propia opinión para desoír la opinión del texto lo más congruente y obstinadamente posible... hasta que esa opinión se haga ineludible e invalide la presunta comprensión.<sup>301</sup>*

La hermenéutica analógica aleja al derecho de las falacias de generalización precipitada, de la simple subsunción de los preceptos jurídicos y del uso de los prejuicios arraigados y lo acerca al detenimiento atento a cada manifestación textual y fáctica de la interpretación, porque “la confluencia de todos los detalles en el todo es el criterio para la rectitud de la comprensión. La falta de tal confluencia significa el fracaso de la comprensión”<sup>302</sup> y desde la formación hermenéutica estamos obligados a una revisión constante, continua y reiterada, para no abandonarnos a lo supuestamente comprendido en el pasado, a lo que siempre hemos oído y dicho, o a lo obtenido con la simple lectura y los sentidos, sino que, se afianza el compromiso a la escucha y al dialogo con el texto lo más abiertamente posible.

---

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 63.



*e) Disposición y apertura a que el texto diga algo*

Una conciencia formada hermenéuticamente dispone al apetito de que el texto hable y que en cada acercamiento nos aporte algo nuevo, porque contrario a ello, se crea una postura de cerrazón e indiferencia, optándose por escuchar lo que siempre se ha escuchado de uno mismo y del texto, aplicando el mismo mensaje una y otra vez o en la mayoría de los casos y usando siempre el texto del derecho de la misma manera, sin importar que la circunstancias no sean las mismas.

La apertura para interpretar implica como apunta Gadamer, a no dar por asentada una significación del texto, pues este no es inmóvil y en cada lectura nos encontramos con nuevos diálogos y nuevas soluciones. En cada caso, en cada conflicto y en diferentes circunstancias de tiempo, lugar y modo se nos ofrece un nuevo lenguaje, que solo desde la intención de apertura y escucha podrá identificarse, en ese sentido, es fundamental el principio hermenéutico de comprensión para y en el derecho, el cual obtenemos desde la intención de que el texto me diga algo y desde la postura de acogimiento a la alteridad del texto.<sup>303</sup>

*f) Identificación y discriminación de las propias opiniones y prejuicios*

Uno de los problemas que han sido tema de análisis en el estudio hermenéutico es el de los prejuicios, los cuales junto con la subjetividad se consideran han influenciado la interpretación de cualquier texto, que muchas veces han opacado la objetividad, claridad y congruencia. Así, algunos teóricos han visto a los prejuicios y a las propias opiniones como el mal irreparable, otros han buscado alternativas para eliminarlos o reducirlos, en cambio Gadamer postuló que debemos ser conscientes de su existencia y acogerlos en el proceso interpretativo, debido a que solamente al tener conocimiento de estos será posible una adecuada interpretación; además señaló que, debemos:

---

<sup>303</sup> *Ídem.*



“percatarnos de nuestras propias prevenciones para que el texto mismo aparezca en la alteridad y haga valer su verdad real contra la propia opinión.”

Gadamer acierta al decir que difícilmente podemos eliminar los prejuicios, las opiniones propias y la subjetividad, su solución es identificarlos y conocerlos porque si estos van a existir, necesitamos aprender a identificarlos y controlarlos para no aplicarlos en la comprensión, interpretación o en nuestras decisiones. De este modo, nos propone conocerlos, en primera para saber que existen y en segunda para respondernos qué tipo de prejuicios tenemos y desde cuándo; cuál fue su origen; si son sociales, culturales o individuales; por qué surgieron en uno u otro ámbito; si es correcto o incorrecto tenerlos; descubrir el grado de influencia que los mismos tienen en nuestro actuar; vislumbrar cuáles pueden ser ignorados a la primera y cuáles están más arraigados; cómo puedo desecharlos en mis labores teóricas-prácticas y finalmente para determinar si se presentan en mis interpretaciones y de qué manera.

Los prejuicios han sido definidos como “juicios previos, experiencias anteriores que devienen con la herencia cultural, con la tradición; todo aquello que nos es dado a todos por el solo hecho de ser seres ahí en el tiempo, diría Heidegger...”<sup>304</sup> Por su parte, la Real Academia Española los define como la “opinión previa y tenaz, por lo general desfavorable, acerca de algo que se conoce mal” y como “la acción y efecto de prejuizar”<sup>305</sup>, es decir, forman una opinión poco favorable o perjudicial de algo sin tener un cabal conocimiento respecto a algo de forma apresurada y preconcebida. Gadamer tuvo como postura que los prejuicios podían ser utilizados en beneficio de la interpretación, estos se han tomado desde un significado peyorativo hacia algo o alguien, sin embargo, sostiene que es oportuno traerlos como presupuestos para la comprensión. Para este trabajo, sus consideraciones nos sirven para poner los prejuicios sobre la mesa y ser conscientes de sus límites, las afectaciones o en su caso, analizar si existe alguna utilidad.

---

<sup>304</sup> González Agudelo, *Op. Cit.* p. 4.

<sup>305</sup> Diccionario de la Real Academia Española, prejuicio, <https://dle.rae.es/prejuicio>



En ese sentido, su finalidad es que al conocerlos e identificarlos como tales, sabremos que los mismos son parte de una idea preconcebida acerca de algo o alguien, que no fueron creados desde el razonamiento, sino, muchas veces fueron adquiridos por la herencia o la tradición y no corresponden con nuestro tiempo, con nuestras ideologías, con los fines del derecho ni con la protección de la dignidad humana; lo que nos obliga a reconocerlos como tal y alejarlos de las interpretaciones, para en su lugar crear una nueva perspectiva armónica con la más protectora interpretación, porque como Heidegger decía la interpretación también es “la elaboración de las posibilidades proyectadas en el comprender.”<sup>306</sup>

En el derecho debemos reconocer los prejuicios, para que nos acerquemos a una comprensión más real de los textos que muchas ocasiones ha sido saboteada y opacada por esa oscuridad injustificada e irracional. Conocer mis y los prejuicios me “hace consciente, es cuestionable, se irgue en preguntas, las que abren y mantienen abiertas las posibilidades, permitiendo dar otro sentido a las cosas.”<sup>307</sup>

Para identificar los prejuicios, al menos para el campo del derecho tenemos como eje rector la protección a los derechos humanos, de donde podemos analizar qué actuaciones están dentro de sus presupuestos y principios, para de ahí calificar si nuestras interpretaciones son armónicas o contrarias a ellos, para lo cual será de ayuda la hermenéutica que busca la proporcionalidad y analogía.

*g) Tener conciencia de la distancia temporal- conciencia histórica*

La comprensión se desarrolla desde la hermenéutica y para arribar a ella es necesario conocer la distancia del tiempo, la contextualidad, la tradición y la actualidad. En ese sentido, Gadamer señala que “la historia contiene bases del acontecer en el que radica

---

<sup>306</sup> Heidegger, Martin, *Ser y tiempo*, trad. de Rivera Jorge Chile, Universitaria, 2002, p. 172.

<sup>307</sup> González Agudelo, *Op. Cit.* p. 4.



la comprensión”, asimismo, la comprensión se desarrolla de los episodios presentes y desde la forma analógica, entendemos que ni todo en la comprensión debe derivar del pasado, ni que nada del pasado sea útil en el presente, ya que la conciencia histórica analógica realiza una tarea crítica que ayuda a distinguir los prejuicios, acontecimientos, razones, fines o cualquier otro elemento invasivo en nuestra interpretación que sea parte de la historia y/o del momento.

Desde este punto, se retoma la tradición en la comprensión, porque de ahí deriva el papel de la historia y como señala Grondin en *¿Qué es la hermenéutica?* “a partir de ciertas expectativas y puntos de vista que ella hereda del pasado y de su presente, pero que no siempre puede mantener a distancia” y del acontecer de la tradición, descansa la capacidad hermenéutica de sus miembros y sin tal capacidad no hay reflexión, crítica, formación y tampoco la posibilidad de aprender de otras tradiciones para obtener la comprensión del presente.

Los puntos anteriores son solo algunos de los presupuestos de Gadamer y Beuchot, los cuales nos permiten arribar a la comprensión, que es retomada como característica del derecho como hermenéutica. Es decir, esta propuesta reconoce a la comprensión como uno de los elementos principales para la actuación del derecho en cualquiera de sus actos, como un medio para el cumplimiento de sus fines, de acercamiento a la justicia, de un derecho más racional, humano y analógico, que busque la proporcionalidad y armonía, en voz de Gadamer “la comprensión que es la única capaz de sustentar la existencia humana”<sup>308</sup> y se realiza desde la hermenéutica porque esta se define como arte de la comprensión<sup>309</sup> y “la comprensión entonces es un compromiso adquirido hacia una causa justa, compromiso que se obtiene a través de la reflexión sobre el suceso en si visto de la perspectiva realizadora.”<sup>310</sup>

---

<sup>308</sup> Aguilar Rivero, Mariflor (coord.), *Op. Cit.*, p. 92.

<sup>309</sup> Gadamer, Hans-Georg, “Verdad y método II” cit., p. 245.

<sup>310</sup> Diego Claudio Benítez Yáñez, *Hans Georg Gadamer. El problema de la conciencia Histórica*, Academia-edu, p. 6



#### 4.6.2. Contextualidad

Por otra parte, tenemos a la contextualidad, que presupone retomar conscientemente el contexto como orientador del derecho y como ente regulatorio de conductas. El “contexto es el enfoque, es el marco conceptual. Incluso los silencios son parte del texto, y parte de la lectura, y parte de la interpretación. Y a ellos, a su sentido, se tiene acceso por la contextualidad (...)”<sup>311</sup>, así lo relata Beuchot. En el derecho, el camino de la interpretación se ha erigido en la interpretación de la ley más que en el contexto, sujetos o acontecimientos; poco se ha enfocado en la interpretación conjunta de sus elementos, lo que ha dado como resultado inamovilidad del entendimiento e incomprensión del derecho.

Para lidiar con esa pasividad, la hermenéutica ofrece elementos teóricos que evitan el estancamiento interpretativo. Dentro de esos elementos está el considerar que el texto no es solo lo escrito, sino todo aquello de lo que se puede decir algo, lo que tenga posibilidad de ser interpretado, en este caso, texto no solo son letras, también es conducta, acción, personas y/o determinaciones.

Al respecto Schleiermacher señala que:

*(I) La hermenéutica no debe limitarse simplemente a las producciones literarias; porque yo mismo me sorprendo a menudo, en el transcurso de una conversación familiar, llevando a cabo operaciones hermenéuticas(...); la solución del problema, que es la razón por la cual estamos precisamente buscando una teoría no está de ningún modo vinculada al hecho de que el discurso permanezca fijo ante los ojos por la escritura, sino que surgirá*

---

[https://www.academia.edu/30482218/EI\\_problema\\_de\\_la\\_conciencia\\_Hist%C3%B3rica](https://www.academia.edu/30482218/EI_problema_de_la_conciencia_Hist%C3%B3rica)

<sup>311</sup> Beuchot, Mauricio, “Tratado de Hermenéutica analógica...” cit., p.68.



*donde quiera que tengamos que percibir pensamientos a través de las palabras.*<sup>312</sup>

En ese sentido, desde la contextualidad, en el derecho como hermenéutica propone énfasis en que la interpretación está destinada a sus receptores y que la amplitud que se tenga repercutirá en estos y en su entorno; la importancia de retomar el contexto para favorecer las interpretaciones, y que la intención de las normas se aterriza al momento y a sus receptores actuales. Además, promulga en observar lo que rodea al texto, al sujeto, al objeto y al acontecimiento e intentar eliminar las ideas preconcebidas, las no analizadas e inmóviles, las falacias, los prejuicios o estereotipos, las subjetividades o sentimentalismos.

La propuesta propone contextualizar el texto en su más amplia y favorable concepción, pensando que esta es una posibilidad de acercamiento a interpretaciones más conscientes, armónicas y justas, porque tal como Cárdenas señala “el contexto y el conocimiento jurídico es al mismo tiempo comprensión y praxis”<sup>313</sup> Respecto a contextualizar Mauricio Beuchot, también ha puntualizado que a través de esta “se trata de conocer (a veces adivinar) la intencionalidad del autor, lo que significa conocer la identidad, el momento histórico, los conocimientos psicosociales o culturales, de la obra y los elementos que la rodean. También exige saber a quién o quiénes quiere decir lo que dice...”<sup>314</sup>

En ese sentido, tratándose de la interpretación de la norma, se debe conocer tanto la finalidad para la que fue creada como su contexto, porque de esta forma se adecua la intención al presente y se puede contextualizar la interpretación, desde una proporcionalidad entre lo que se dice y el caso al que se aplica, dado que “«el significado de la regla legal no es, por tanto, ningún hecho del pasado conectado por

---

<sup>312</sup> Grondin, “Qué es la hermenéutica? ...” cit. p.35.

<sup>313</sup> Cárdenas Gracia, *Op. Cit.*, p. 281-282.

<sup>314</sup> Beuchot, Mauricio, “Tratado de hermenéutica analógica...” cit, p. 25.



vínculos ficticios con la voluntad del legislador histórico. De ser así, el derecho resultaría un gobierno de los muertos sobre los vivos. El significado de las reglas legales cambia en la medida en que cambian los contextos en los que opera».<sup>315</sup>

#### 4.6.3. Tradición e innovación

Estos elementos parecen opuestos, pero desde la hermenéutica ambos son viables desde la proporción. Las teorías posmodernas no son muy afines con la tradición y las teorías positivistas con la innovación, nosotros no desechamos ni uno ni otro, sino que, acogemos ambos desde la analogía que elimina posturas univocistas y equivocistas. En el caso de la tradición e innovación no podemos pensarlas de forma aislada ya que, a la innovación precede la tradición, sin esta no existiría la otra y a la vez que, la segunda en un tiempo se convertirá en la primera.

No solo se trata de dependencia o transformación, lo importante en ambas es su comunión e interrelación para la interpretación, porque desde estas se vislumbran los acontecimientos suscitados y recogidos de la historia, lo que brinda una perspectiva relevante en la comprensión y resolución de los casos actuales, así como la innovación implica no acogerse a la mera tradición, sino en aportar algo nuevo a lo que siempre se había dicho, crear nuevas soluciones, ofrecer mejores resultados y proteger más y mejor los derechos.

Es evidente que cuando se apela solo a la tradición se regresa al pasado y las determinaciones se inclinarán hacia el tradicionalismo; para evitarlas es necesario que en cada acto interpretativo se realice una pausa en el análisis y la comprensión respecto de los elementos que tenemos desde la tradición y los que se proponen desde la innovación para que los acontecimientos se toman desde la tradición y del presente de

---

<sup>315</sup>Lorca Martín de Villodres, María Isabel, *Interpretación jurídica e interpretación constitucional: la interpretación evolutiva o progresiva de la norma jurídica* (el derecho como instrumento del cambio social), México, IIJ-UNAM, s/a, p. 241.



quien interpreta y de quien recibe la interpretación y así encontrar una manifestación del derecho más equilibrada en la temporalidad. En este sentido, Beuchot estableció que, “en la interpretación hay una relación entre lo antiguo y lo nuevo, entre la tradición y la innovación. (...) ya al interpretar algo desde pasado desde el punto de vista actual - aun sea desde nuestra tradición- no se está haciendo una repetición, sino que hay una innovación consistente en aplicarlo a nuestro tiempo.”<sup>316</sup>

Tal como señala Beuchot, desde el momento que interpretamos existe la intención de innovar para que la interpretación pueda ser aplicada a nuestro tiempo, caso contrario, estaremos en el mismo círculo interpretativo utilizado por nosotros mismos y por los demás, sin la intención de aportar y crear algo nuevo que aporte nuevos conocimientos al campo jurídico.

Algunos elementos de la hermenéutica están presentes en el derecho y específicamente desde la hermenéutica jurídica; en este caso, se propone delimitar aquellos que deben ser retomados como base y principio de actuación en el derecho, que pueden serle ampliamente benéficos y que no han sido acogidos con la seriedad que requieren. Por su parte, la importancia del reclutamiento de la tradición estriba en que el derecho no puede dejar a un lado su historia y los acontecimientos que lo han formado, y en ese sentido, Beuchot considera que:

*La tradición es de gran trascendencia en la interpretación siempre y cuando esta se ejecute de forma dinámica. Y a pesar de lo difícil que pueda parecer, propone una mediación entre el presente y el pasado, entre la tradición y la modernidad. No obstante, coincide que muchas veces la interpretación no coincide con la tradición, por lo que es para lo que determina esta mediación o alerta. En este sentido Gadamer alude a que: “El texto y el intérprete tienen su propio horizonte y la comprensión supone una fusión de estos horizontes.*

---

<sup>316</sup> Beuchot, Mauricio, “Tratado de hermenéutica...” cit. p. 69.



*Lo fundamental para salvar estas distancias será el lenguaje, pues permite al intérprete actualizar lo comprendido. (...)*<sup>317</sup>

De esta forma, la tradición e innovación son tomadas por el derecho como hermenéutica desde el equilibrio, porque una pondrá límites al desequilibrio exorbitante de la otra y viceversa. Desde la analogía beuchonenana se prohibirá la interpretación evidente de ambas, proponiéndose una conciencia y un discurso de equilibrio, porque la radicalidad y la ambigüedad encaminan a la cerrazón e injusticia y a la incertidumbre e inexistencia de la certeza jurídica.

Por lo anterior, Beuchot nos propone que “para poder innovar hay que saber ubicarse en el contexto de la tradición; hay que conocerla y conocerse a uno mismo dentro de ella para poder avanzar en ella e incluso trascenderla; de otra forma será sólo un círculo vicioso en el que se hunde todo.”<sup>318</sup> En ese sentido, al retomar ambas tendremos mayor certeza que estarán en nuestros actos interpretativos como precedente y como nueva creación, para que como señala Dworkin, los juristas “podemos interpretar los conceptos que se estudian de manera mucho más autoconsciente y profesional, pero también contribuir a crear lo que se interpreta”<sup>319</sup> ambas acciones mediados por la analogía, la proporcionalidad y el equilibrio.

#### **4.6.4. Dialogo**

Para el derecho como hermenéutica también retomamos el dialogo, debido a que la hermenéutica lo ha promulgado como vía para alcanzar sus fines, es decir, la comprensión e interpretación. Ya Gadamer anunciaba que, “comprender textos es dialogar con ellos”, presupuesto que tiene una amplitud y profundidad para el camino de la interpretación en el derecho.

---

<sup>317</sup>Beuchot, Mauricio, “Tratado de hermenéutica...” cit., p. 51.52.

<sup>318</sup> *Ibidem*, p. 73-74.

<sup>319</sup> Dworkin, Ronald, “Justicia para erizos” cit. p. 198.



La hermenéutica nos propone dialogar con el texto, con nosotros, con los demás, con los acontecimientos, con los objetos y sujetos de nuestra interpretación, con las consecuencias, con la primera y última comprensión, con la tradición, con el entorno y con los fines del derecho. Al respecto, Weber mencionaba que, en el famoso dialogo de Heidegger con Tezuka Tomio, Heidegger señaló que la hermenéutica “nos remite al escuchar y a dar un mensaje”<sup>320</sup>, es decir, esta nos remite a dialogar y así, el texto trasciende al dialogo, pero para ello se requiere superar la idea de interpretar desde los pensamientos internos, de la historia de vida, desde los prejuicios o del simple conocimiento teórico que siempre se ha tenido del objeto a interpretar.

Desde el dialogo se comparten y rebaten las ideas; se abre un espacio para que el texto diga algo; se enfrentan las creencias con lo que el texto nos dice; se reconocen y refutan los prejuicios; se intercambian ideas con los fines del derecho; se plantean soluciones a los problemas; se vuelve a dialogar con el texto para que responda nuevas preguntas; se buscan mejores soluciones; se advierten las nuevas palabras compartidas, crean y se revisan nuevos proyectos de solución, así como se reconoce el dialogo entablado.

El derecho como hermenéutica recoge al dialogo porque este es planteado por la conversación y el compartimiento de ideas, para que en la interpretación no nos abandonarnos solamente a lo que creemos respecto a algo, sino a iniciar un dialogo con una postura de novedad, conocimiento, charla y comprensión. En ese aspecto, Gadamer señala que “quien pretende comprender un texto ha de estar dispuesto a dejarse decir algo por el texto” de ahí comienza el dialogo entre quien interpreta y el propio texto, lo que trasciende a eliminar las interpretaciones basadas en lo que yo quiero interpretar. Así, el dialogo este se vuelve un elemento trascendente para la interpretación del derecho el cual, además, aleja de los subjetivismos y limita la discrecionalidad de quien resuelve.

---

<sup>320</sup> Rivero Weber, Paulina, *Apuntes para la comprensión de la hermenéutica en Heidegger*, UNAM, México, s/a, p. 93.



Por último, la hermenéutica desde la comprensión, contextualidad, mediación de la innovación-tradición y el dialogo, nos encamina al presupuesto de Cárdenas Gracia de que esta es:

*“Un marco conveniente para analizar la interpretación, la aplicación y la misma argumentación porque rescata para el derecho su carácter de práctica social, porque señala la importancia de la pre comprensión del intérprete en la definición de los sentidos y significados, porque evita que la interpretación se entienda como algo lineal, mecánico, sin referencia al contexto y al ordenamiento, porque la interpretación, la aplicación y la argumentación entrañan una comprensión y una praxis”<sup>321</sup>*

Es decir, la hermenéutica desde estos elementos brinda al derecho la oportunidad de caminar hacia la sociedad, de ver la vida real y aplicarla a la práctica jurídica, específicamente a la resolutive.

#### **4.7. Conclusión**

Desde la hermenéutica comprendemos que, esta presenta bases teóricas y filosóficas viables para la propuesta del derecho como hermenéutica más allá de la interpretación del derecho y de hermenéutica jurídica; el enfoque del derecho como hermenéutica busca la semejanza y conducción de aquel conforme a esta, en las partes que le beneficien, porque de esta forma es posible que se encuentren mejores alternativas para limitar las lagunas inmensas en la interpretación, como son la subjetividad, la falta de respuestas a los casos difíciles y la mediación entre el univocismo y el equivocismo.

---

<sup>321</sup> Cárdenas, Gracia Jaime, *Op. Cit.*, p.280.



Así, en armonía con Gadamer concluimos el capítulo diciendo que: “la forma de entender el fenómeno de la aplicación nos va a permitir que un mismo texto sea comprendido en cada situación concreta de una manera nueva y distinta.”<sup>322</sup>

Por último, es importante plantear la aplicación del derecho como hermenéutica de forma específica y puntual, lo que intentaremos realizar en el próximo y último capítulo del presente trabajo, donde además se señalará el aspecto pragmático del derecho como arte, como literatura y como hermenéutica.

---

<sup>322</sup> Gadamer, Hans George, “Verdad y método I...” cit. p.348



## Bibliografía

1. Aguilar Rivero, Mariflor (coord.), *Entresurcos de Verdad y método*, México, Paidea, 2006.
2. Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. de Villar Luis, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1995.
3. Beltrán Miguel, "La noción de interpretación en Dworkin, Taula", *Quaderns de Pensament* no 6. december 1986. Universitat de les illes Balears. <http://www.raco.cat/index.php/Taula/article/viewFile/70560/89786> 31/03/2018
4. Beuchot Puente, Mauricio, "Breve exposición de la hermenéutica analógica", *Revista teológica*, 2008.
5. Beuchot Puente, Mauricio, *Hermenéutica analógica y educación*, México, 2007.
6. Beuchot, Mauricio, *Tratado de Hermenéutica analógica, hacía un nuevo modelo de interpretación*, 5ta ed., México, UNAM, 2015.
7. Cárdenas, Gracia Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México, Nostra ediciones, Cultura jurídica, 2009.
8. Conde, Gaxiola Napoleón, *Jushermenéutica y sociología jurídica*, México, Circulo Hermenéutico, 2015.
9. Días Romero, Juan, *Imagen elemental de la hermenéutica jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
10. Diego Benítez Yáñez, *Hans Georg Gadamer, El problema de la conciencia Histórica*, Academia-edu, p. 6. [https://www.academia.edu/30482218/El\\_problema\\_de\\_la\\_conciencia\\_Hist%C3%B3rica](https://www.academia.edu/30482218/El_problema_de_la_conciencia_Hist%C3%B3rica)
11. Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, México, fondo de la cultura económica, 2014.
12. González Agudelo, Elvia María, *Sobre la experiencia hermenéutica o acerca de otra posibilidad para la construcción del conocimiento*, Colombia, Universidad de Antioquia, 2012. [http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/4094/1/GonzalesElvia\\_2011\\_construccionconocimiento.pdf](http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/4094/1/GonzalesElvia_2011_construccionconocimiento.pdf)
13. Frosini Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, trad. de Restrepo Jaime, Colombia, Temis, 1991.



14. Gadamer, Hans- Georg, *Verdad y método II*, 5ª ed. trad. de Manuel Olasagasti, España, ediciones sígueme, 2002.
15. Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y Método, fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 5ª ed., trad. de Agud Aparicio y De Agapito Rafael, España, Ediciones Sígueme, 1993, t.I.
16. Grondin Jean, “La hermenéutica como ciencia rigurosa, según Emilio Betti”, *Revista Co-herencia*, Colombia, 2011. <http://www.redalyc.org/pdf/774/77421563001.pdf>
17. Grondin, Jean, *¿Qué es la hermenéutica?*, trad. de Martínez, Riu Antoni, España, Herder, 2008.
18. Heidegger, Martin, *Ser y tiempo*, trad. de Rivera Jorge Chile, Universitaria, 2002.
19. Hernández Manríquez, Javier, *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*, México, IJ-UNAM, 2019.
20. Lorca Martín de Villodres, María Isabel, *Interpretación jurídica e interpretación constitucional: la interpretación evolutiva o progresiva de la norma jurídica (el derecho como instrumento del cambio social)*, México, IJ-UNAM, s/a.
21. Marí, E. Enrique, “Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar, pero en voz baja”, Argentina, DOXA, 21-II,1998. <file:///d:/Users/AJVazquezC/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/470BDAG0/derecho-y-literatura-algo-de-lo-que-s-se-puede-hablar-pero-en-voz-baja-0.pdf>
22. Otero León, Lourdes, *Hermenéutica analógica, ética y estética*, México, Torres asociados, 2011.
23. Posada Garcés, Juan Pablo, “Elementos fundamentales de la hermenéutica jurídica”, *Revista Nuevo Derecho*, Colombia, Vol. 5, N.º 6. Enero-junio de 2010.
24. Diccionario de la Real Academia Española, <https://dle.rae.es>
25. Rivero Weber, Paulina, *Apuntes para la comprensión de la hermenéutica en Heidegger*, México, UNAM, s/a.
26. Romero, José Manuel, *Hacia una hermenéutica dialéctica*, España, Síntesis, 2005.
27. Zygmunt, Bauman, *La hermenéutica en las ciencias sociales*, trad. de Víctor Magno Boyé, Argentina, Nueva Visión, 2007.



## CAPÍTULO QUINTO

### JUSTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURÍDICAS DESDE EL DERECHO COMO ARTE, COMO LITERATURA Y COMO HERMENÉUTICA

#### 5.1. Introducción

En este el último capítulo se puntualiza la propuesta del derecho como arte, como literatura y como hermenéutica aplicándola a la justificación de las resoluciones jurídicas, que comprende la tarea de motivar y fundamentar en derecho. Asimismo, sobre la interrelación específica mencionada a lo largo del presente trabajo. La justificación de las resoluciones desde la fundamentación y motivación se retomó por las siguientes razones generales:

La primera porque: a) en la tarea de motivar las resoluciones jurídicas, encontramos el acto de razonamiento jurisdiccional de mayor trascendencia en el ser del derecho; b) engloba la decisión que puede dar solución a conflictos entre integrantes de una sociedad y/o Estado; c) con esta acción se determina la forma de actuar de las personas “conduciendo y a la vez vulnerando” su libertad y libre albedrío; d) se define el status de un derecho, de un bien y/o de una obligación; e) es la acción de autoridad que permite o justifica el no ejercicio de un derecho en relación con otro; f) es una expresión en la que se manifiesta la intención de dar a cada quien lo que le corresponda, y g) es un acto impositivo a hacer, dar, no hacer o no dar por parte de la autoridad.

La segunda porque es uno de los momentos en los cuales existe una aplicación eminente del derecho, haciéndose fáctico y/o cierto para la visión social, siendo la motivación de las sentencias un acto democrático que permite vislumbrar nuestra situación como Estado de derecho.

Y la tercera, porque consideramos que en este acto se conjugan y resumen los fundamentos teóricos planteados en el desarrollo de este trabajo de investigación; es en las resoluciones jurídicas donde de forma explicativa tiene su cauce el acto



interpretativo, creativo, comunicativo, dialógico, comprensivo, contextual y argumentativo del derecho.

En ese sentido, se puntualizará sobre la tarea de la justificación en el derecho, comprendida por la fundamentación y motivación de las resoluciones jurídicas, así como los criterios actuales que existen sobre estas; aplicamos las características principales que debe tener la justificación de las resoluciones jurídicas desde el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica, así como los beneficios que la propuesta trae al derecho.

Por lo que, el planteamiento del problema del capítulo es ¿Cómo es la fundamentación y motivación de una resolución jurídica desde el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica? y ¿Es factible en la práctica del derecho, fundar y motivar una resolución jurídica desde el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica?

## **5.2. La justificación de las resoluciones jurídicas: fundamentación y motivación**

La fundamentación y motivación, como ya especificamos en el capítulo primero, son actos de justificación de las resoluciones jurídicas y son trascendentales en la protección de los derechos, siendo a la vez, un derecho humano reconocido en la legislación mexicana y en el derecho internacional. Toda resolución jurídica debe estar debidamente fundada y motivada, ya que la misma puede tener como consecuencia cambios negativos o restrictivos en los derechos de las personas, además para evitar la arbitrariedad, despotismo y caos. Para que una decisión judicial sea mínimamente justificada debe ser razonada, legal, justa, equitativa, equilibrada, proporcional entre lo que se resuelve y lo que se protege, así como contextualizada.

Desde la fundamentación y motivación se ha buscado eliminar el abuso del poder de quien emite una resolución; evitar a toda costa la manifestación de la determinación “porque lo digo yo”; dar causas como entes racionales; dar certeza jurídica y confianza



a los ciudadanos sobre los poderes del Estado; y, sobre todo, asegurar el real Estado de derecho, esto por mencionar algunas.

Respecto a la fundamentación y motivación, Igartua señala que existen un tanto de diferencias entre países sobre los conceptos; en España solamente es utilizado el término motivación en términos amplios, en cambio en México, distinguimos entre fundamentación y motivación, con ello la fundamentación en nuestro País significa "el despliegue argumentativo que suele acompañar a las decisiones interpretativas"<sup>323</sup> y la motivación "versa sobre el discurso judicial que afecta a la prueba de los hechos"<sup>324</sup>.

Para entender el alcance de ambas, cabe definir de una forma más concreta qué es la motivación y qué es la fundamentación según la teoría y las disposiciones legales existentes en el tema. Murillo Villar citando a Calamandrei señala que "la motivación de la sentencia es el signo más importante y típico de la racionalización de la función jurisdiccional", desde la corriente positivista del derecho la motivación "fuese o debía ser, el resultado fiel y orgánico de la vía seguida por el juez para llegar a la decisión, los problemas de la naturaleza de la decisión y aquellos inherentes a la motivación coincidían perfectamente, y el recurso al esquema silogístico se volvía idóneo para resolver ambos de manera unívoca"<sup>325</sup>. Para la teoría psicologista consiste en "la exteriorización del *iter* mental mediante el cual el juez llega a formular la decisión". La teoría logicista señala que "la motivación no tiene por qué describir cómo se ha ido formando la decisión, sino ha de justificarla mediante argumentos jurídica y racionalmente válidos."<sup>326</sup>

---

<sup>323</sup> Juan Igartua Salaverría, *El razonamiento de las resoluciones jurídicas*, Lima, Palestra Temis, 2009, p. 281.

<sup>324</sup> *Ídem*.

<sup>325</sup> Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, trad. de Lorenzo Córdoba, Madrid, Trota, 2011, p. 34.

<sup>326</sup> Juan Igartua Salaverría, *Op. Cit.* p. 250.



Por su parte, Taruffo apunta que la motivación “es la estructura del razonamiento que conduce a la elección de la solución más correcta y la estructura del razonamiento que, vista la solución escogida por el juez, tiende a proporcionar una justificación racional (...) y que el significado de la motivación está representado propiamente por el razonamiento del juez (...).”<sup>327</sup> Perelman señalaba que, es expresar las razones y obligar al que la toma, a tenerlas. Es alejar todo arbitrio.”<sup>328</sup> Además, existen teorías mixtas que toman argumentos y elementos de ambas, las cuales conforme a nuestro marco teórico recogemos los beneficios de unas y otras desde la analogía, porque de esta forma nos encaminamos hacia el equilibrio y proporcionalidad, evitando presupuestos unívocos o equívocos.

Como dato histórico la obligación de fundamentar contenida en nuestra legislación mexicana en el año de 1882 señalaba que:

*“Las sentencias de la suprema Corte deben ser fundadas, exponiendo las razones que considere bastantes el tribunal para fundar la interpretación que hace de, los textos de la Constitución, y resolviendo, con la aplicación de éstos, las cuestiones constitucionales que se traten en el juicio. Cuando esas sentencias no se voten por unanimidad, la minoría manifestará también por escrito los motivos de su disensión.”*<sup>329</sup>

---

<sup>327</sup> Taruffo Michele, *Op. Cit.*, p. 34.

<sup>328</sup> Cárdenas, Gracia Jaime, *Op. Cit.* p. 290.

<sup>329</sup> Dublán, Manuel y José María Lozano, *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas entendidas desde la independencia de la República*, t. XVI, México, Imprenta del Comercio, 1887, pp. 394-403.

[http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/H.%201881-1889/b\)%20Ley%20Org%C3%A1nica%20arts.%20101%20Y%20102%20\(14%20Dic.%201882\).pdf](http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/H.%201881-1889/b)%20Ley%20Org%C3%A1nica%20arts.%20101%20Y%20102%20(14%20Dic.%201882).pdf)



Entendiéndose por fundamentación “la obligación de la autoridad que lo emite, para citar los preceptos legales, sustantivos y adjetivos, en que se apoye la determinación adoptada”.<sup>330</sup> De lo cual, vemos los lineamientos que se han establecido en nuestro Máximo Tribunal para fundar y motivar las resoluciones, el más destacado ha sido señalar las razones y motivos por los cuales se llega a un fallo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y la legislación mexicana, han remarcado la obligación de motivar y fundamentar las resoluciones jurídicas, teniendo la autoridad que cumplir con ambas obligaciones; lo cual desde el punto de vista metodológico es funcional para que la autoridad no olvide citar los preceptos jurídicos, la norma debidamente aplicable al caso, citar las pruebas y los hechos, así como señalar las razones lógicas para resolver. El problema en la práctica es que, en ocasiones se concentran solo en citar preceptos legales.

La obligación de motivar y fundamentar las sentencias se encuentra contenida en nuestra constitución en los artículos 16 y 14; en los juicios del orden civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho; indicándose una jerarquía de elementos a tomar en el dictado de las sentencias, señalando que ante todo una sentencia debe ser conforme a la ley; que este es un derecho humano del que gozamos todas las personas y dado que, la realidad rebasa el texto de la ley, se establece que en segundo término se debe atender a la interpretación jurídica y en última instancia a los principios generales de derecho.

En los análisis de debida fundamentación y motivación, además, se ha hablado del papel que ocupan las partes en la misma, señalándose que la obligación de quien juzga además se sustenta en las consideraciones y argumentos aducidos por estas en la

---

<sup>330</sup> Tesis asilada I. 4o. P. 56 P, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XIV, noviembre de 1994.



demanda y la autoridad tiene la obligación de resolver sobre todos los puntos litigiosos materia del debate que se hayan presentado.

En ese sentido, se ha puntualizado sobre las obligaciones de los interesados para obtener una resolución favorable, dentro de las que destacan que, a) se deberán expresar todos y cada uno de los hechos, elementos y pruebas que les favorezcan; b) deberán hacerlo de manera clara, puntual y precisa, so pena de obtener un inadecuado dictado de resoluciones y c) que las partes deberán esforzarse en la escritura, análisis y redacción de sus puntos petitorios, con la intención de brindar las pautas a quien juzga para que pueda referirse de forma puntual a cada una de las pretensiones de las partes. En este sentido, se comparte la responsabilidad de la tarea justificadora de las resoluciones, sin embargo, ello no quita la carga de quien juzga ni su obligación de dictar resoluciones debidamente fundadas y motivadas, así como de proteger este derecho humano.

Otro criterio sobresaliente para el presente trabajo, sobre pautas para una fundamentación y motivación, lo encontramos en el amparo directo 67/2018 dictado por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, que muestra de forma más concreta de entre los existentes, lo que se debe tomar en cuenta al momento de resolver; ahondando que, aquel quien dicte una resolución no debe únicamente expresar argumentos explicativos del porqué llegó a una decisión concreta, sino también, debe demostrar que esa decisión no es arbitraria. Es decir, señalar porqué esa decisión es apegada a derecho y argumentar las circunstancias jurídicas, de hecho, pruebas y aquellas particulares consideradas para resolver de una forma razonada y generalmente aceptada. En ese sentido, Aliste, citando a Del Castillo señala que, la motivación de las resoluciones jurídicas “es una limitación que el Estado se impone a sí mismo de su poder soberano en pro de las libertades públicas que ha reconocido en su norma fundamental.”<sup>331</sup>

---

<sup>331</sup> Aliste Santos, *Op. Cit.* p. 138.



El Código Federal de Procedimientos Civiles en su artículo 222 y el Código Nacional de Procedimientos Penales en el artículo 68, expresan que las sentencias contendrán una relación sucinta de las cuestiones planteadas y de las pruebas rendidas; las consideraciones jurídicas aplicables, tanto legales como doctrinarias; los motivos, precisión y el plazo dentro del cual deben cumplirse; la obligación de ser congruentes con la petición o acusación formulada; de manera concisa los antecedentes, los puntos a resolver; deberán ser claras, concisas y evitarán formulismos innecesarios, privilegiando el esclarecimiento de los hechos.<sup>332</sup>

Así, de nuestra legislación civil y penal, se advierten los mismos puntos para fundar una resolución y es que “actualmente, en cualquier sistema procesal mínimamente desarrollado, se exige que toda sentencia, además del fallo o parte dispositiva, reúna dos requisitos fundamentales: que sea congruente y que esté motivada. Por sentencia congruente se ha entendido aquella que adecúa las peticiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito y la parte dispositiva de la resolución jurídica.”

No obstante, resulta necesario ahondar más en estos requisitos de claridad y precisión impuesta a los Estados de Derecho, al menos, con pautas que limiten a que cualquier justificación o interpretación pueda ser correcta o que solo exista una válida. En este sentido, la teoría señala que motivar es señalar con precisión las causas inmediatas, circunstancias especiales y razones particulares que tomó en cuenta la autoridad para emitir su acto, debiendo existir adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables; es decir, que en el caso concreto se configure la hipótesis normativa<sup>333</sup>.

---

<sup>332</sup>Código Nacional de Procedimientos Penales  
([http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP\\_250618.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_250618.pdf)).

<sup>333</sup> Romo, García Jaime, *La defensa fiscal*, México, ediciones fiscales ISEF, p. 51.



### 5.3. Fundamento constitucional

El fundamento legal de esta propuesta, la encontramos en los artículos 1, 14, 16 y 17 constitucionales. El artículo 1 señala que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. El 14, cómo debe ser una sentencia definitiva en materia civil, que será “conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”<sup>334</sup>, es decir, se señala en nuestro máximo ordenamiento legal explícitamente la facultad de interpretar en el derecho y en las sentencias. El 16, la obligación constitucional y, por lo tanto, el derecho a una debida fundamentación y motivación de las resoluciones jurídicas. Y el 17, algunas características que deben tener las resoluciones, como prontas, completas e imparciales.

Esta propuesta se enfoca a situaciones en que se pueden ver afectados nuestros derechos mediante una resolución jurídica; para ello esa afectación debe estar debidamente fundada y motivada, esto quiere decir que debe ser una “afectación” con causa, racional y legítima, lo cual tendrá que manifestarse en una resolución por escrito, dictada por la autoridad competente. En ese sentido, se intenta mejorar la interpretación, fundamentación y motivación de las resoluciones a un aspecto más integral y humanista desde los elementos aplicables que brindan el arte, la literatura y la hermenéutica al derecho. Ello toda vez que, si bien la constitución señala que las sentencias deben ser fundadas y motivadas, es necesario describir formas de acercarnos a mejores justificaciones.

Para lo anterior, la presente propuesta elige adoptar mayor apertura, creatividad, voluntad, conciencia y herramientas interpretativas para acoger los elementos que le ofrecen el arte, la literatura y la hermenéutica, las cuales son precursoras de la

---

<sup>334</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 14, México, 2020, [Gtp://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf\\_mov/Constitucion\\_Politica.pdf](Gtp://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf)



interpretación en diversas formas. Entendiendo que tenemos entre otros, el artículo 14 constitucional como límite de aplicación de nuestra propuesta, que establece el principio de seguridad jurídica, el cual no se puede pasar por alto a simple criterio y arbitrio. Siendo que este principio debe estar presente al momento de aplicar la creatividad, imaginación, innovación o cualquiera otra característica que se desprende desde la propuesta, lo que permite que esta se aleje de la equivocidad y del uso desmedido e irracional de los presupuestos acogidos, para en su lugar llevarnos al equilibrio y actuación analógica.

La investigación en el derecho respecto a la fundamentación y motivación de las resoluciones jurídicas es dinámica y con ello se han realizado grandes aportes al tema, no obstante, es obligación de todo jurista seguir en la búsqueda de nuevas alternativas que continúen haciendo efectivo este derecho humano. En ese sentido, la presente propuesta vincula de manera efectiva esta tarea constitucional, así en poca o mucha medida, el presente trabajo pretende contribuir al campo de estudio del derecho en la fundamentación y motivación de las resoluciones jurídicas.

#### **5.4. Criterios actuales para la justificación de las resoluciones jurídicas**

Los diversos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales exigen a las autoridades fundar y motivar sus fallos, evitando con ello la arbitrariedad en las decisiones judiciales y protegiendo los derechos humanos. En ese sentido, se han buscado criterios o herramientas para el dictado de las resoluciones y actualmente tanto en el Estado mexicano como en otros, se utiliza la interpretación conforme, la cual señala que las resoluciones deben ser dictadas en armonía con la Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con los tratados internacionales de los cuales los Estados sean parte. También a través de los principios *pro persona*, de progresividad y de congruencia, así como desde las metodologías de la argumentación como son el test de proporcionalidad, de racionalidad e igualdad. De este modo, en México, desde la reforma del diez de junio de dos mil once, el artículo primero



constitucional obliga a quien juzga a interpretar y resolver "de conformidad con la constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas a la protección más amplia"<sup>335</sup>.

Respecto a este tema, Gadamer apunta que para aplicar las normas se deben comprender e interpretar las mismas<sup>336</sup>, por lo que corresponde a quienes juzgan interpretar, para luego resolver. Entonces, antes de aplicar las normas deben sí o sí ser comprendidas e interpretadas conforme a la constitución o tratados internacionales, caso contrario, la autoridad tiene la obligación de desaplicarlas por ser incongruentes con la norma superior. Esta premisa, actualmente es retomada por la mayoría de los Estados democráticos o llamados Estados de Derecho.

La necesidad de dejar de aplicar una norma local por ser contraria a lo establecido en la máxima norma surge del caso "*Marbury vs. Madison*",<sup>337</sup> en 1803, y así el Tribunal

---

<sup>335</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 1º, México 2020.

<sup>336</sup> Castañeda, Mireya, El principio *pro persona*, 2da ed., 2015, Ed. CNDH, México, p 16.

<sup>337</sup> Carbonell, Miguel, "Marbury vs Madison: regreso a la leyenda", México, IJ-UNAM, p. 5-7.

[http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Marbury\\_versus\\_Madison.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Marbury_versus_Madison.pdf)

Este caso inicia derivado del nombramiento de 42 jueces de paz por el presidente Adams, para lo cual en ese tiempo el Secretario de Estado John Marshall debía certificarse los nombramientos de dichos jueces, sin embargo, no tuvo tiempo de sellar todos los nombramientos y muchos de ellos no recibieron tal nombramiento por el cambio próximo de gobierno. De ese modo William Marbury no recibió tal nombramiento, al tomar posesión Madison en su carácter de nuevo Secretario de Estado se niega a realizar la firma de su nombramiento, decidiendo modificar la ley sobre circuitos judiciales y elimina las plazas de los jueces nombrados por Adams. De ahí se desprende el fallo del caso Marbury vs Madison, en el cual se resuelve que los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución, la cual es superior a toda ley ordinaria



Supremo de los Estados Unidos inaugura *la judicial review* de la constitucionalidad señalando la <sup>338</sup>“*Judicial review of legislation*, mediante la cual se encomendó a los jueces locales y federales no aplicar las disposiciones generales legislativas, cuando estimaran que estas últimas contradecían las disposiciones de la constitución, para lo cual el tribunal constitucional debe vigilar el cumplimiento de esta.”<sup>339</sup>

Dichos criterios a grandes rasgos constan en lo siguiente:

- *Interpretación conforme*

Tanto el sistema jurídico europeo como el sistema mexicano, para el dictado de las resoluciones jurídicas aplica la llamada interpretación conforme, con la cual para resolver se tienen que interpretar todas las normas generales en armonía con lo establecido en la constitución. Para lo que, Konrad Hesse señala que, "la interpretación conforme no plantea solo la cuestión del contenido de la ley sometida a control sino también la relativa al de la constitución, de acuerdo con el cual la ley debe ser analizada, lo que exige tanto la interpretación de la ley como la interpretación de la Constitución"<sup>340</sup>. Por su parte, Caballero Ochoa cita a Alejandro Sainz Arnaiz, quien dice que esta consiste en “adecuar la actuación de los intérpretes de la Constitución a los contenidos de aquellos tratados, que devienen así, por imperativo constitucional, canon hermenéutico de la regulación de los derechos y libertades en la Norma

---

del Legislativo, (luego) entonces la constitución tiene que regir en aquellos casos que ambas serían aplicables.

<sup>338</sup>Morales Godo Juan, *La función del juez en una sociedad democrática*, p.10, file:///C:/Users/Anahi/Downloads/2397-9298-1-PB.pdf

<sup>339</sup> S. Law, David, *A Theory of Judicial Power and Judicial Review*, The Georgetown law journal, EUA, December, 2008, p. 723. [https://www.researchgate.net/publication/228125928\\_A\\_Theory\\_of\\_Judicial\\_Power\\_and\\_Judicial\\_Review](https://www.researchgate.net/publication/228125928_A_Theory_of_Judicial_Power_and_Judicial_Review).



Fundamental(...).”<sup>341</sup> Es decir, la interpretación conforme abarca un trabajo interpretativo de las normas conforme a la constitución y también la interpretación de la propia constitución en armonía con los tratados en los que el Estado es parte.

Flores Martínez destaca que la interpretación conforme es un “(...) criterio interpretativo que, sirve para seleccionar los criterios normativos para la solución del caso, por lo tanto, guían y posibilitan el contraste entre los contenidos normativos a la luz del caso concreto.”<sup>342</sup> Y además que, “el estándar internacional debe ser tenido en cuenta cuando contribuya a fijar el contenido necesario para hacer efectivo el derecho fundamental.”<sup>343</sup> De esta postura resulta que la interpretación conforme no solo tiene que estar encaminada a que la interpretación sea acorde a la norma fundamental, a los criterios y tratados internacionales sino que, además debe tener como finalidad hacer efectiva la protección de los derechos humanos controvertidos en el caso particular.

La interpretación conforme también es la “técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, los principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tratados internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección.”<sup>344</sup> De los párrafos anteriores, advertimos como esta figura ha venido ampliando la concepción de sí misma y de su alcance, donde

---

<sup>341</sup> Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme, el modelo constitucional ante los tratados intencionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, Ed. Porrúa, México, 2013, p. 27.

<sup>342</sup> Flores Martínez, Alejandra, *Un nuevo canon interpretativo de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales en la constitución española*, México, Miguel Ángel Porrúa 2013, p. 110.

<sup>343</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>344</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, p. 358.



desde la armonización se ha buscado ganar mejores interpretaciones y una más amplia protección de los derechos, la cual puede enriquecerse de los presupuestos planteados desde el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica.

- *Principio pro persona*

El segundo concepto que, obliga a quien juzga a resolver por mandato expreso constitucional es el principio *pro persona*, lo que significa que todas las normas se deberán interpretar de manera que favorezcan la mayor protección de los derechos humanos. Como antecedente de la definición de este principio tenemos la que nos ofrece el Juez Rodolfo E. Piza Escalante al señalar que este principio es:

*[Un] criterio fundamental [que] [...] impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. [De esta forma, el principio pro persona] [...] conduce a la conclusión de que [la] exigibilidad inmediata e incondicional [de los derechos humanos] es la regla y su condicionamiento la excepción.* <sup>345</sup>

Por su parte, Mónica Pinto señala que este principio es:

*“(u) Un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma, o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o suspensión extraordinaria”*<sup>346</sup>

---

<sup>345</sup> Medellín Urquiaga, Ximena, *Principio pro persona*, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013, p. 17.

<sup>346</sup> Castañeda, Mireya, *Op. Cit.*, p 16.



El sentido del principio *pro persona*, muestra una inclinación hacia aquellas normas que más protejan los derechos humanos; a las que protejan el derecho que pudiera ser más vulnerado y excluye a aquellas que menos protegen los derechos.

Por su parte, la definición otorgada por Jorge Carmona señala que “para el análisis del principio *pro persona*, como pauta de interpretación, es indispensable acudir al examen de la interpretación jurídica, la cual se dirige a determinar el sentido y alcance de las normas, pero también a adecuarlas a la realidad social,”<sup>347</sup> advirtiéndose que, para interpretar y aplicar las normas conforme a lo más favorable a la persona, se debe atender cuidadosamente al contexto social y quizá esta es la mejor forma de aplicación del principio a favor de la persona y la que se hace más tangible, por lo que es armónico con la finalidad de este trabajo.

- *Principio de progresividad*

Desde el principio de progresividad de los derechos humanos, también se han creado nuevos cánones interpretativos para su mejor protección y aplicación, de esta forma Flores Martínez señala que, estos tienen por efecto “fijar el contenido que hace efectivo el interés jurídico que tutela el derecho: se debe aplicar siempre y cuando implique una interpretación más favorable para el derecho. En consecuencia, no implica la incorporación de nuevos derechos fundamentales, pero sí invita a fijar el contenido necesario para dar vida al derecho o un contenido más proyectivo de los derechos constitucionalmente reconocidos.”<sup>348</sup> Otros consideran que la progresividad sí consiste en el reconocimiento normativo de nuevos derechos que antes no lo eran, como fue el caso de los derechos sociales.

La progresividad de los derechos humanos para la Suprema Corte de Justicia de la Nación implica gradualidad y progreso, es decir, la efectividad de los derechos humanos

---

<sup>347</sup> *Ibidem*, p. 207 y 216.

<sup>348</sup> Flores Martínez, *Op. Cit.* p. 129



debe ir prosperando con el paso del tiempo, entre más pase, más efectivos deben ser y su disfrute siempre debe ampliarse y mejorar. Por lo que, toda autoridad tiene la obligación de promoverlos de manera gradual y progresiva, garantizado que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos y eliminar cualquier interpretación que retroceda el proceso que hasta el momento haya ganado ese derecho.<sup>349</sup>

- *Principio de congruencia*

Otro principio operante y guía en el dictado de las resoluciones jurídicas desde una debida fundamentación y motivación, es el de congruencia. Desde este las sentencias deben resolverse conforme a lo que la parte pidió y las pruebas que se ofrecieron en juicio. Por otro lado, hay quienes señalan que la congruencia se deriva cuando una resolución se basa en atender cada uno de los puntos litigiosos o combatidos en el pleito. Por su parte, Pedro Aragonese señala que este principio en las sentencias “no depende del de aportación, puesto que el juez no puede fallar más allá del campo de lo controvertido, pero sí puede colaborar con las partes a formar el material de hecho sobre el que ha de decidir.” Y contrario e la incongruencia en las resoluciones se da cuando esta “otorga más de lo pedido, cuando se otorga algo distinto y cuando se deja de resolver sobre algo pedido.”

De este modo, la congruencia en las resoluciones también depende de las actuaciones de las partes y en atender sus peticiones sin que nada sea ignorado, sin que se pueda ir más allá de lo pedido o más allá de las pruebas. Sin embargo, si bien es cierto que, no puede resolver más allá de lo que se pide, la autoridad sí puede fundar y motivar su resolución más allá de lo que las propias partes hayan manifestado en juicio, siempre y cuando su abundancia vaya encaminada a resolver el conflicto solamente en lo que

---

<sup>349</sup> 2a./J. 35/2019 (10a.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, t. I, febrero de 2019, p. 980.



piden, cuando se trata de la protección de derechos humanos y desde el principio de supletoriedad a grupos determinados.

El principio de congruencia también significa que, debe existir armonía entre lo que piden las partes con el principio *pro persona*, con la protección a la dignidad humana, con la interpretación de las normas, la constitución, tratados internacionales y todos los principios internacionales que favorecen la protección de derechos humanos, pues una sentencia debidamente fundada y motivada debe plasmar congruencia entre todos los dispositivos existentes en su conjunto.

- *Principio de proporcionalidad*

Actualmente, tanto en la teoría como en la práctica se ha utilizado como herramienta interpretativa y argumentativa para el dictado de las resoluciones jurídicas el principio de proporcionalidad o también llamado *test de proporcionalidad*, el cual es usado en “la ponderación o balance en la resolución de conflictos entre derechos, o entre valores y derechos constitucionales...”<sup>350</sup>. Mediante este “las normas de derecho fundamental deben tratarse como mandatos a optimizar de acuerdo con sus posibilidades normativas y fácticas...”<sup>351</sup> Nava Tovar, citando a Robert Alexy señala que “en sentido estricto: éste también es posible definirlo como aquel que considera que «la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa»”<sup>352</sup>

---

<sup>350</sup> Amaya Alvez, “¿Made in México? el principio de proporcionalidad adoptado por la suprema corte de justicia de la nación ¿la migración de un mecanismo constitucional?”, *Revistas UNAM*, México, p. 357. file:///C:/Users/carlo/Downloads/60801-176167-1-PB.pdf

<sup>351</sup> Nava, Tovar Alejandro, *La institucionalización de la razón, la filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, 2015, Antropos- UAM, p. 176.

<sup>352</sup> *Ibidem*, p. 181-182.



Respecto al test de proporcionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que es un método o herramienta argumentativas utilizado para constatar si existe o no violación a algún derecho humano, resolviendo un asunto a partir de la valoración de los siguientes factores, entre otros: a) el derecho o principio constitucional que se alegue violado; b) si la norma de que se trata constituye una limitación gradual en el ejercicio del derecho, o si es una verdadera restricción o impedimento en su disfrute; c) el tipo de intereses que se encuentran en juego; d) la intensidad de la violación alegada; y e) la naturaleza jurídica y regulatoria de la norma jurídica impugnada.<sup>353</sup>

Con lo anterior, hemos dado un breve repaso a los principales criterios actuales utilizados para fundar y motivar las resoluciones jurídicas, haciendo hincapié que el objetivo fue señalar grosso modo en qué consiste cada uno desde su definición, sin la intención de ahondar a fondo en el tema, por no ser parte de nuestro objetivo. En ese sentido, podemos señalar que, con éstos se ha llegado a mejorar de forma significativa la fundamentación y motivación de las resoluciones jurídicas, sirviendo como parámetros y límites.

Por su parte, con la propuesta del derecho como arte, como literatura y hermenéutica proponemos pequeños aportes para continuar engrandeciendo la justificación de las resoluciones, así como a los anteriores criterios y porque, a través de esta se incluyen nuevos enunciados o principios como son la imaginación, creatividad, sentido común, contexto, entre otros. Sabemos que, la propuesta no es una idea completamente diferente, pero sí se puntualiza la intención de encontrar nuevas alternativas que enriquezcan los conceptos mencionados, con la intención de seguir favoreciendo a la

---

<sup>353</sup> 2a./J. 10/2019, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, tomo I, febrero de 2019, página 838.



ciencia del derecho, desde la interdisciplinariedad de otras áreas y nuevos criterios que sean utilizados al momento de resolver.

### **5.5. Problemática actual en la justificación**

Quizá, siempre han existido inconformidades respecto a la debida fundamentación y motivación de las resoluciones jurídicas, de las cuales se podrían elaborar innumerables listas detalladas según la perspectiva teórica o ideológica de quien las analice. En mi caso, enunciaré algunas que considero tienen un aspecto negativo en la justificación y que se pretenden debilitar a partir del presente trabajo:

- **Frialdad y dureza:** cuando la justificación de las resoluciones se apega directa y estrictamente al texto de la ley, sin que vea los hechos, principios, lo justo, el sentido humano y protector del derecho. Cuando se advierte indiferencia o poco interés en la protección de los derechos humanos y se apela más al cumplimiento textual de un dispositivo jurídico. Una motivación es fría cuando quien la crea, no muestra interés, entusiasmo en su desarrollo ni en los efectos benefactores de la misma. Existe indiferencia y ausencia de los argumentos que llevaron a quien juzga a tal o cual resultado, y en su lugar, solo se advierte una generalidad de preceptos legales, los más comunes y los que aparentemente resuelven el conflicto. Muestra un resultado insensible ante los derechos involucrados a proteger.
- **Alejamiento de la justicia y humanidad:** esta es una característica negativa presente en algunas resoluciones debido a que, en su motivación se olvidaron los fines otológicos, filantrópicos, filosóficos, sociales y humano del derecho, y en su lugar se da una inclinación hacia objetivo políticos, económicos y/o de beneficios personales. En estas motivaciones hace falta la solidaridad hacia los derechos de los receptores y el máximo cumplimiento de los fines protectores de justicia por parte de quien juzga.



- Apelación pura a la subsunción: a pesar que desde hace tiempo nos hemos querido deshacer de las prácticas meramente subsunciones, aún se motivan las resoluciones desde el uso excesivo de esta operación lógica, dejando fuera de esta actividad los detalles y el contexto, de lo que han resultado resoluciones descontextualizadas, inoperantes e incongruentes con la realidad; carentes de argumentos, interpretaciones y análisis, que dejan a quienes las reciben con un amargo sabor de injusticia, confusión, reproche y decepción del derecho.
- Monotonía: las resoluciones son monótonas cuando son dictadas y justificadas frecuentemente de la misma forma, con las mismas disposiciones, argumentos, formatos y machotes. En ellas no se advierte esfuerzo ni novedad, motivándose simplemente desde los argumentos utilizados una y otra vez en casos parecidos o similares; vislumbran falta de crítica en lo que se lee, se escribe, en lo que se dice y lo que se da; se motiva por inercia, obligación, para finalizar el asunto o por premura, diciendo siempre lo mismo en diferentes escenarios.
- Incongruencia: se hace presente cuando se usan disposiciones jurídicas que no concuerdan con los principios del derecho, la regulación internacional, ni con la máxima protección de los derechos humanos, ni con el dialogo de justicia operante en el momento. Por ejemplo, una resolución no se dicta desde el interés superior del menor, la mejor protección de los derechos humanos, la protección de la dignidad humana, ni desde la herramientas metodológicas e interpretativas, sino, desde una concepción legalista que relata el caso de forma general, sin que sea armónica con todo el conjunto normativo operante en el tema. Es incongruente, además, cuando el texto de la resolución lo es con la realidad y con el contexto.
- Desproporción: hay resoluciones que tienen su justificación desproporcionada, grotesca y carente de armonía entre lo que dicen y lo que el derecho pide. Es decir, estas carecen de belleza, de justicia y de satisfacción en quienes las reciben; no es la mejor o más idónea para el caso en concreto; no resuelve todo lo que se le pide; no responde a cada argumento hecho valer por los involucrados; ni acoge los



principios rectores y los argumentos particulares no concuerdan con el dialogo general que busca una mejor protección de derechos, desde la interpretación y resolución armónica del caso.

Con lo anterior, se puntualiza que la justificación de una resolución debe ir más allá del límite literal puntualizado en el texto de la ley, dado que para hacer efectivo este derecho es insuficiente hacerlo con el simple señalamiento de los preceptos jurídicos correspondientes al caso. Una resolución también debe dictarse desde la comprensión, interpretación y argumentación lógica-jurídica-social y humana que determine las razones de la aplicación del precepto legal, los principios aplicados al caso, el contexto y la proporcionalidad; es decir, señalar el qué, cómo, porqué, para qué, cuándo, dónde, quién, etc. Esto para proteger en la mayor medida los derechos de las partes; realizar el mejor precedente para casos posteriores; buscar hacer efectivos los fines del derecho en la sociedad; convencer lo más posible a las partes sobre que dicha decisión judicial es razonada, imparcial, justa y la cual está debidamente fundada y motivada, para así, acercándonos con ello a la máxima certeza y protección jurídica de una resolución.

#### **5.6. Características de la justificación de las resoluciones jurídicas desde el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica**

Después de haber recapitulado de forma enunciativa los principales criterios utilizados actualmente en la interpretación; mencionado algunos defectos que encontramos en las justificaciones; haber acogido elementos y características que ofrecen la literatura, el arte y la hermenéutica al derecho en capítulos pasados, en este apartado los aplicaremos como nuevos criterios para la justificación de las resoluciones jurídicas.

Tanto el arte, la literatura y la hermenéutica ofrecen pautas que pueden encaminarnos en las tareas interpretativas, argumentativas y justificadoras del derecho desde la proporción. Si bien, en el derecho existen modeladores analógicos como son los derechos humanos, la dignidad humana, la interpretación conforme y el principio *pro*



*persona*, que son aplicados en la fundamentación y motivación de las resoluciones jurídicas, desde esta propuesta se ofrece adoptar los criterios benéficos que brindan las tres áreas trabajadas en el presente trabajo, como nuevas pautas para la tarea justificadora del derecho, y a su vez, se retoman como medios para fortalecer los ya existentes.

Desde este aspecto, las características de una justificación de las resoluciones jurídicas desde el derecho como arte, como literatura y hermenéutica son: creativa; proporcional y armónica; con adecuada composición y ritmo; crítica; sensata entre subjetividad-objetividad y mediadora de prejuicios; disfrutable y gozosa; empática y sensible; contextual; consciente entre la tradición e innovación, y dialógica.

### **5.6.1. Creativa**

Debido a que, la actividad creativa conlleva la utilización de “una multitud de percepciones intelectuales y sensoriales” logra ser una característica idónea de la justificación de las resoluciones, porque a través de esta los sentidos son guiados desde el conocimiento, lo que resulta ser una actividad razonada que equilibra las conductas sensoriales de las intelectuales.

Además, quien juzga desde la creatividad ahonda en su interior y exterior; en lo existente y en lo nuevo; en lo faltante y lo prudente; entre lo útil y lo necesario; en el contexto, los principios, en su imaginación, percepción, curiosidad y, sobre todo, en el entusiasmo por crear una nueva y mejor justificación. Motivar de una forma creativa significa brindar nuevos aportes al derecho, utilizar todas las herramientas al alcance, idear argumentos aptos para proteger al máximo los derechos y construir nuevos diálogos y soluciones jurídicas.

La creatividad en las resoluciones también consiste en visualizar la motivación como una obra de arte, es decir, buscando que la misma sea bella; aporte nuevos argumentos, ideas y forme precedentes; intencionada en crear; atractiva; innovadora y



agradable a la mayoría por su apego a la justicia. Que en su realización se visualice una idea creativa que después será utilizada y que además busque que esa motivación sea considere agradable para la mayoría de quien la recibe y la lee.

Desde una perspectiva creativa se busca mejor la aceptación de las resoluciones, sin que con esto, como dice Cárdenas, “se devalué la parte normativa del derecho, sino que se entiende que esa faceta normativa viene previamente definida por una cierta concepción del derecho —la del legislador— y que al entrar en contacto con los casos adquiere significados que son el resultado de la labor argumentativa de las autoridades y de los ciudadanos”<sup>354</sup> sino que, el traslado normativo al presente, se realice desde la creatividad interpretativa y argumentativa, que ofrece el arte y la literatura al derecho. Pues al ser el arte “la creación de la hermosura y la manifestación de la idea que tenemos de ella en el alma, revistiendo esta idea de una forma sensible”<sup>355</sup> complementa al derecho en su tarea resolutoria, al justificar resoluciones desde la creatividad y la sensibilidad que en muchos momentos hace falta.

### 5.6.2. Proporcional y armónica

Como ya señalamos en apartados anteriores, las resoluciones jurídicas deben ser dictadas desde el principio de proporcionalidad, sin embargo, la justificación proporcional y armónica no solo debe constreñir a la proporcionalidad entre lo que piden las partes, las pruebas y las leyes con la constitución o los tratados internacionales; sino que, también debe ser proporcional y armónica al contexto, a los fines del derecho, al aspecto estético, a la realidad y recepción, porque de esa forma habremos dado un paso más cercano a la protección de los derechos de las personas.

---

<sup>354</sup> Cárdenas, Gracia, *Op. Cit.*, p. 279.

<sup>355</sup> Valera, Juan, *Qué ha sido, qué es, y qué debe ser el arte en el siglo XIX*, p.5  
[http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/que-ha-sido-que-es-y-que-debe-ser-el-arte-en-el-siglo-xix--0/html/ffcbb096-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_2.html#l\\_1\\_](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/que-ha-sido-que-es-y-que-debe-ser-el-arte-en-el-siglo-xix--0/html/ffcbb096-82b1-11df-acc7-002185ce6064_2.html#l_1_)



La proporcionalidad y armonía en la motivación circula entre la “conformidad y correspondencia de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí”<sup>356</sup> y entre la disposición u obligatoriedad de quienes juzgan de apelar a esta correspondencia. Es decir, el segmento mayor o totalidad, representado por las normas, tratados internacionales, convenciones y contexto social, debe tener un ensamblaje intencional y obligatorio con los segmentos menores señalados.

En el ámbito de la fundamentación y motivación de las resoluciones desde la proporción y armonía brindada por el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica, nos dirigimos a encontrar una combinación equilibrada y entrelazada entre los conceptos del derecho y la realidad, la cual expresaremos en la interpretación, comprensión, escritura, el dialogo y la argumentación, en los términos que a lo largo de este trabajo se ha ido desglosando.

### **5.6.3. Con adecuada composición y ritmo**

Estas características se enfocan en que, las resoluciones deben estar formadas por argumentos que incluyan el mayor y mejor número de disposiciones jurídicas, principios y razones aplicables al caso, que hagan a las resoluciones lo más fuertes, protectoras de derechos y completas posibles. En ocasiones quien resuelve solo señala un simple precepto que fácilmente puede ser derribado o aplica uno muy general que aparenta solución al caso pero que en el fondo no lo resuelve, aún y cuando existen otras formas más completas y protectoras que atienden a las particularidades. Desde esta perspectiva se busca que las justificaciones como los argumentos que la componen sean lo más compuestos e indestructibles posible, porque además de advertirse completitud también es un rasgo de empeño, dedicación, esmero e intención de brindar dar mayor seguridad jurídica, satisfacción a las partes y acercamiento de justicia.

---

<sup>356</sup>Proporcionalidad, *Diccionario de la Real Academia Española*, <https://dle.rae.es/proporcionalidad>.



La justificación desde una adecuada composición y ritmo será más completa, justificándose tanto “las decisiones relevantes que predominan en la decisión final”<sup>357</sup> como las simples, pero necesarias para la composición. Además, muestran perceptibilidad en quienes las reciben y las leen porque se muestra suficiencia e idoneidad, es decir, se aportan “las razones jurídicas (...) necesarias para ofrecer una justificación apropiada”<sup>358</sup> lo que significa que, así como incluye razones jurídicas y lógicas adecuadas al caso, también acompaña más y mejores disposiciones jurídicas, argumentos, citas, analogías y razonamientos que justifican en derecho la resolución final.

De lo anterior, incluyen también las razones lógicas, sociales, contextuales y específicas, porque desde la apertura de los componentes del arte, la hermenéutica y la literatura se brindan criterios interpretativos amplios, abiertos y distintivos entre prejuicios o razonamientos, asimismo, se dice mejor el derecho desde la armonía de la mayoría de los elementos teóricos y sociales aplicables. En ese sentido, la agrupación y combinación de todos estos elementos nos llevan a conseguir una motivación apegada a la máxima protección de los derechos de las partes; a lograr una obra de arte armoniosa y equilibrada; un orden uniforme, prudente y reflexivo, así como a la mayor aceptación de esta.

#### 5.6.4. Crítica

La justificación de una resolución debe ser crítica y haber pasado por esta, porque “la crítica no sólo sirve para dar a conocer la obra de arte, sino para conformarla”<sup>359</sup>, es decir, se cuestionan los cánones establecidos e inamovibles para formar a partir del

---

<sup>357</sup>Igartua, *Op. Cit.*, posición 422.

<sup>358</sup> *Ídem.*

<sup>359</sup> Salinas Salinas, Adela, (entrevista a Manrique Jorge Alberto), *La crítica del Arte en México*, p. 51. <https://f002.backblazeb2.com/file/rum-storage/d674d594-3552-4b07-ae13-069a6bd6fbb4.pdf>



cuestionamiento. Desde la crítica se obliga a quien crea una resolución a que, en cada proyecto identifique las deficiencias y contradicciones de la descripción positivista y de esta a la realidad del derecho.<sup>360</sup> Se exige hacer conciencia, realizar un proceso de transición entre la norma, el caso concreto y el contexto social, o como diría Emmanuel Kant, se obliga a entrar en proceso mediante el cual la razón construye los conocimientos fundamentados y se asigna una función legitimadora.<sup>361</sup>

En el dictado de las resoluciones jurídicas, que son el resultado de un proceso intelectual que pasa por el análisis, interpretación, subsunción y problematización racional de las manifestaciones del derecho, de la realidad, contextualidad e ideas, debe activarse una constante revisión y cuestionamiento de los fundamentos que ha operado su justificación y legitimación. Esta constante actividad debe ser incluida en cada acto motivacional, porque sabemos que los resultados involucrarán la protección de derechos particulares y de una sociedad necesitada de justicia.<sup>362</sup>

La perspectiva crítica en la justificación de las resoluciones jurídicas nos conduce a establecer conciencia respecto a que lo argumentado o resuelto una o varias veces no será verdad única para los demás casos y por eso se deben criticar y re criticar los proyectos hasta llegar al mejor asentimiento de la resolución. Al ser la justificación una acción inacabada, que surge en cada acto resolutorio del derecho, sigue siendo como señala Manrique, “un instrumento de relación entre el creador y el receptor (...)”<sup>363</sup>, es

---

<sup>360</sup> Gunter, Frankenberg, *Academia revista sobre enseñanza del derecho*, año 9, numero 172016, Argentina, p. 67-84, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/acdmia/cont/17/art/art3.pdf>

<sup>361</sup> Saladino García, Alberto, *Pensamiento crítico*, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, México 2012.

[Rhttp://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos\\_final/506trabajo.pdf?PHPSESSID=ffc42510e755335c76404a255913b8ab](Rhttp://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos_final/506trabajo.pdf?PHPSESSID=ffc42510e755335c76404a255913b8ab)

<sup>362</sup> *Ídem*.

<sup>363</sup> Salinas Salinas, Adela, *Op. Cit.*



decir, en esta actividad los autores están en constante creación e interrelación que hace indispensable la crítica continua.

Si bien puede existir semejanza entre los casos resueltos similares al que se está por resolver, cada uno tiene y tendrá particularidades que deben comprenderse desde el proceso crítico de quien juzga. De este modo, una crítica fructífera se muestra cuando la obra enseña su cara a sus espectadores, porque ahí comienza una reflexión, análisis, contextualización, imaginación, creatividad, las satisfacciones o insatisfacciones que son el germen de una nueva obra, del dialogo y deseo de crear desde la confrontación.

Una resolución motivada desde la crítica busca en la mayor medida liberar a los humanos de las mismas circunstancias que los esclavizan una y otra vez. De este modo, la crítica es para las resoluciones jurídicas tan importante como lo es para el arte, donde todos especialmente quienes juzgan debemos ser críticos de sí mismos con la intención de seguir creando mejores resoluciones. Y como el crítico del arte, para crear una resolución, se debe criticar desde el “ciclo ascendente entre el proceso de creación y apreciación de la obra, la participación del autor, espectador y el entorno”, es decir, iniciar un proceso crítico entre las normas, derechos, el caso particular, contexto, receptor y de sí mismo.

#### **5.6.5. De sensatez entre subjetividad - objetividad y mediadora de prejuicios**

La justificación de las resoluciones jurídicas, sensata entre la subjetividad y objetividad significa que, quien juzga en el proceso de encontrar la fundamentación y motivación, debe analizar y poner sobre la mesa sus prejuicios, vivencias, historias de vida, estereotipos, juicios y opiniones desarrolladas respecto al acontecimiento a resolver. Como seres sociales nos hemos desarrollado en una familia y en sociedad, rodeados por costumbres, ideas externas y opiniones propias que interiorizamos, no obstante, es importante identificarlas y alejarlas de todo acto de justificación, evitando en la medida de lo posible se manifiesten e influyan en la motivación de las decisiones.



Para lograr la sensatez en la justificación, requerimos eliminar la univocidad de lo puramente objetivo y la equivocidad de lo subjetivo, esto se logra desde lo analógico es decir, desde la proporcionalidad entre uno y otro porque las posturas radicales o extremadamente flexibles conducen al desorden, al despotismo y a la validez de todos o cualquier acto; en materia de justificación de resoluciones conduce a la injusticia y violación de los derechos más sublimes que tenemos los seres humanos.

La mediación entre la objetividad y subjetividad podemos conseguirla si pensamos a la justificación desde un punto central, por un lado, como si se tratara de crear una y la mejor obra de arte, donde el enfoque esté en la obra como tal y por el otro, visualizando a las personas que las recibirán, de este modo nos alejamos de las creencias personales o en el encasillamiento a la subsunción, pensando en la obra y en quien la recibe. Para esto, es necesario eliminar las creencias de resolver por resolver, de obligación y dejar de utilizar las mismas formas como siempre se ha hecho, para que en su caso se busque una justificación hermosa que trascienda como obra y sus creadores trasciendan como artistas de la justicia.

En ese sentido, también significa que esta llegue como precedente a los ojos de los destinatarios y del público desde una mayor aceptación y admiración; así como un rasgo de manifestación de encuentros de dialogo entre quien juzga con los elementos que rodean al caso. Así, la justificación se desenvuelve en un entorno eminentemente reflexivo y desde la belleza como característica de vida de la sensibilidad humana. Para ello, la analogía beuchoneana media que cualquier tipo de interpretación o acción pueda pensarse como correcta o única, para en su lugar, buscar el equilibrio y proporcionalidad con todo, con sus partes y entre unos y otros.

Una resolución debidamente fundada y motivada, no se debe contraponer entre la objetividad y la subjetividad, debe buscar el equilibrio y en cierto modo, un poco más de inclinación a la objetividad porque la analogía tiende a la subjetividad y esta no se debe desbordar. Al decir equilibrio no nos referimos a que exista un cincuenta por ciento de subjetividad y otro cincuenta a la objetividad, sino que, debe existir consciencia entre



la existencia de una y de otra, cuando sea necesario apelar a una u otra para tener una resolución encaminada a los fines del derecho. No apelamos a la sensibilidad, tampoco a la mera subsunción legalista, sí a la armonización que lleve a la resolución jurídica a ser una hermosa obra de arte que gusta en lo personal y a las mayorías.

#### **5.6.6. Disfrutable y gozosa**

Algunas actividades que realizamos nos causan grandes satisfacciones, generalmente esto se debe al gusto o pasión que tenemos por ellas, a la forma en qué se realizan, por los beneficios que brindan, la forma en que fueron recibidas o por el bien que ofrecen a la sociedad. Muchas otras no nos causan ese placer, sentimientos o conocimientos, lo cual puede ser debido a su realización mecánica, desinteresada, con prisas o por la obligación de hacerlas. Derivado de ello, los resultados entre un tipo de actividad y otra pueden ser determinantes, dado que, una tiene delimitada la intención de lograr un objetivo de forma consciente y la otra tiene como fin la simple esperanza de finalización de la actividad.

Para la justificación de las resoluciones es preponderante el rechazo a su realización mecánica o por simple cumplimiento, porque la aplicación del derecho es una de las acciones con más importantes y de trascendentes consecuencias en la vida de las personas, de una sociedad y de un Estado de derecho. Por ello, es importante reconocer que un resultado idóneo se obtendrá principalmente de las acciones que deseamos, que nos satisface hacer y de las que tengamos la intención que sean cada vez mejores y más protectoras de derechos. De este modo, el derecho tiene la necesidad de que la labor de justificar se realice desde la conciencia e intención de querer la mejor motivación y fundamentación, así como que la resolución se dicte desde los más altos estándares de justicia y belleza.

Desde el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica la propuesta es actuar desde el disfrute y gozo, lo que quiere decir que las resoluciones jurídicas se justifiquen desde la intención, desde el deleite de su creación en cada palabra y en



cada argumento, pensando que con ese actuar se regresará el orden social perdido y que se favorecerá a unos y a otros. Así, para que una resolución cumpla con la característica de ser disfrutable y gozosa debe crearse y transmitirse desde ese deleite, complacencia, enfoque, intención y conciencia. Significa una justificación con ímpetu, placer, emoción y alegría, pensándose como una verdadera obra de arte, única y agradable. Pues si se aplica el gozo y disfrute en la realización de la resolución, será más fácil encontrar la disposición jurídica aplicable o los mejores argumentos relacionados al caso y así al terminar esta tarea no solo existirá una resolución apegada a derecho, sino que, preexistirá e irradiará complacencia y satisfacción en quien la crea, la recibe y la conoce.

Para realizar la justificación de las resoluciones jurídicas desde la satisfacción, se debe considerar cómo se abren pautas para transportar esas sensaciones de disfrute a quienes las reciben; se analiza si su creación y desarrollo fue elaborado conforme a los lineamientos del derecho como arte, como literatura y como hermenéutica, imaginando si a través de ellos, se puede transmitir satisfacción a quienes la reciben, sea de forma directa e indirecta; porque de no ser así, se deberán cambiar los argumentos y disposiciones que trasciendan a la complacencia desde la justicia. Como último, se deberá cuestionar si la resolución en sí misma puede ser disfrutable y gozosa, para que pueda ser reconocida como precedente en otros asuntos y sea reconocida como tal, por quien la recibe y por las mayorías, porque al ser una resolución dictada mediante el disfrute y gozo en la técnica, forma, intencionalidad y en los efectos, podrá transmitir más acertadamente los mismos efectos de placer que el derecho nos brinda desde una resolución jurídica.

#### **5.6.7. Empática y sensible**

El arte y la literatura aportan al derecho sensibilidad. Estas características en la justificación de las resoluciones significan una participación afectiva por parte de quien juzga a la realidad ajena y a la humanidad ante el conflicto. Sin sensibilidad y empatía continuaremos resolviendo solamente desde la frialdad del texto como única forma de



solución, aunque sea contraria a la armonía entre los hechos, la resolución, los derechos y la justicia.

La sensibilización analógica elimina la frialdad que en ocasiones nos muestra el derecho, suprime las resoluciones desde la pura sensibilidad y acoge la certeza jurídica. La sensibilidad en la justificación es controlada y mediadora, siempre desde los mejores argumentos, la reflexión, armonía, equilibrio, equidad y racionalidad. Además, es empática cuando muestre un verdadero trabajo por parte quien juzga en resolver con justicia; es el resultado de pensar en las personas involucradas, en el conflicto y en la mejor solución; pasa por el lugar de los demás; señala cómo se protegen los derechos humanos con la resolución dada; expresa los efectos positivos que el derecho produce en cada circunstancia, la progresividad y conciencia de cada caso. La justificación desde el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica nos pide una actuación sensible y empática, es decir, pide sentir mejor, actuar mejor, cada vez mejor, porque nuestros sentidos no tienen límites.

Respecto a la empatía, proponemos algunos de los puntos que Miguel García-Baró ha interpretado y son recogidos como componentes de la empatía en el pensamiento de Stein, estos son la representación, inmersión y síntesis.

Desde la representación que es realizar "una intuición representativa donde hay una vivencia que se enfrenta o se hace presente a mi conciencia", se identifica el asunto a resolver, los derechos involucrados y las herramientas jurídicas aplicables, representándolos en la conciencia, para de ahí someterlos a un proceso de razonamiento justificado. Posterior, viene la inmersión, que lleva a quien juzga a que se "sumerja en la vivencia del otro", es decir, el asunto ya no solo es una representación, idea o juicio, sino que, el caso a resolver conduce a sí mismo como objeto del asunto para que el problema ya no vea de frente, sino en conjunto. También se debe hacer uso de la conciencia de síntesis, que significa "regresar a la objetivación del principio de todo el proceso, pero habiendo ganado la explicitación del sentido que ha sido recorrido", así quien juzga debe regresar a la objetividad y seguridad jurídica en el



dictado de su resolución. De esta forma, la justificación tendrá un significado más consciente al haber pasado por esas etapas y recorrido las vivencias de las partes como integrante participe del asunto, considerando una resolución más empática que si no lo hubiera hecho, lo cual también nos puede acercar a una resolución más humana y protectora.

En este proceso, se hace presente nuevamente la analogía beuchoneana, porque desde esta deseamos el univocismo de la ley; el alejamiento que tiene quien juzga hacia quienes será juzgados; excluimos prejuicios, favoritismos y sentimentalismos que pueden afectar la justificación, para en su lugar enfocarnos en retomar la armonía con la objetividad y tomamos el lugar de los personajes regresando a nuestra objetividad, obteniendo logros interpretativos desde alguien que no somos para regresar a lo que somos, lo que se traduce en ventajas interpretativas para el derecho y en la motivación de las resoluciones jurídicas.<sup>364</sup>

### 5.6.8. Contextual

Como el derecho no puede valerse de solo texto, porque también es contexto, tampoco la justificación de las resoluciones pueden hacerlo. De este modo, la motivación y fundamentación no solo deben apagar a una disposición jurídica, sino, debe tomar en cuenta todas y cada una de las circunstancias específicas que rodean el asunto, porque cuando las particularidades se dejan fuera de la interpretación y análisis resulta difícil arribar a una adecuada comprensión, lo que nos lleva a una ineficaz interpretación, argumentación y como consecuencia al incumplimiento de una legal justificación.

---

<sup>364</sup> Enrique V. Muñoz Pérez, *El concepto de empatía (Einfühlung) en Max Scheler y Edith Stein. Sus alcances religiosos y políticos*, Universidad Católica del Maule (Chile) p.88 y 89 <https://scielo.conicyt.cl/pdf/veritas/n38/0718-9273-veritas-38-00077.pdf>.



Una justificación contextual la podemos calificar como enfoque, marco conceptual, texto de la realidad, lo que está escrito o no escrito y lo que rodea la situación concreta; que presenta los hechos, a la sociedad, al entorno, la cultura y los detalles, incluso en los silencios del texto. Por ello, una motivación contextual abraza la mayoría de los elementos particulares cercanos al conflicto; especifica los detalles o situaciones particulares, señala las excepciones y diferencias para que una resolución sea consciente y razonada, así, una resolución motivada desde lo contextual será una resolución más cercana a sus receptores.

### **5.6.9. Consciente entre la tradición y la innovación**

Desde esta característica, la justificación de las resoluciones formase una unión entre el pasado, presente y futuro; se elimina la premisa de que “podemos interpretar como lo hacemos solo porque hay prácticas o tradiciones interpretativas a las que podemos adherir”<sup>365</sup>; nos deshacemos de la práctica motivacional a la literalidad de la ley, del uso de la mismos cánones interpretativos y formularios; de los mismos argumentos en todos los asuntos y de aplicar los mismos patrones una y otra vez.

La propuesta de justificar desde la mediación de la tradición e innovación significa acarrear tradiciones que dignifiquen la tarea jurídica, porque acciones del pasado operan en el presente y el presente tiene efectos para el futuro. Pero también significa crear nuevas propuestas para resolver y no solo quedarnos con las del pasado, menos aún si no son constructivas en nuestro tiempo. Para esto, nos acompaña la analogía entre la innovación y la tradición, que viene cuando se aplica una sin romper con la otra, cuando una contribuye a la otra más que afectarla.

La conciencia entre la tradición y mediación se hace efectiva cuando una resolución considera ejecutar la tradición de forma dinámica, lo que lleva a que también sea innovadora; es decir, crea lo necesario al nuevo caso sin olvidar lo crítico de lo

---

<sup>365</sup> Dworkin, Ronald, “Justicia para erizos...” cit. p. 167.



tradicional. La existencia de equilibrio entre ambas protege la seguridad jurídica, porque no es correcto poner como único valor a la innovación por la innovación, debe ser una innovación conectada con lo mejor de la tradición. Una fusión entre la tradición e innovación lleva al vínculo entre autores, lectores, intérpretes, receptores y precedentes porque existe una intención de conocer el pasado y a la vez de abrir la mente a nuevas formas de resolver en el presente que también servirá para el futuro. De esta forma, limitamos el libertinaje en la justificación para que no sea subjetivista, anárquica, desbordada y creyente de que cualquier actuación es correcta.

Sabemos la complejidad que puede llevar esta pretensión y más por el trabajo de encontrar el equilibrio entre ambas, sin embargo, no se puede olvidar ni a una ni a la otra, porque el derecho también es historia y creación. Desde los horizontes del derecho y sociedad que están en continuo movimiento no podemos cerrar los ojos ante lo que aporta una y la otra, porque la comprensión va a tener lugar precisamente por la fusión entre ambas y como señala Gadamer: "la conciencia hermenéutica tiene que ser receptiva a la tradición de la que le habla el texto"<sup>366</sup> de esta forma, al unirla con la innovación encontramos el equilibrio de la justificación que se preocupa por la protección de la escritura y la realidad.

#### **5.6.10. Dialógica**

Por último, la justificación debe ser dialógica porque el dialogo es un proceso incluyente, es decir, "(...) reúne a un conjunto diverso de voces para crear un microcosmos de la sociedad en general.", además "reconoce la humanidad mutua" lo que significa que, "los participantes deben estar dispuestos a mostrar empatía hacia los demás, reconocer las diferencias, así como las áreas de coincidencias y demostrar capacidad para el

---

<sup>366</sup> Gadamer, Hans Georg, "Verdad y Método I..." cit. p. 348.



cambio."<sup>367</sup> En este sentido, quien justifica debe conversar con el derecho, con los hechos, la realidad y el contexto para un intercambio de ideas entre lo que se piensa, los prejuicios, el conocimiento, lo que le dice el derecho y los aspectos particulares del asunto.

El dialogo en la justificación es interacción, intercambio de ideas y la creación de conversaciones que facilitan la comunicación, el entendimiento y la comprensión. Desde este, quien juzga dispone su apetito para que el texto le hable; le diga algo nuevo; crea una postura de estar situado ante el aprendizaje y la enseñanza; desarrolla mejores cualidades analíticas; busca dar soluciones a las divergencias más escondidas y silenciosas; tiene una actitud abierta ante nuevas alternativas comunicativas; proporciona mejores razonamientos, argumentos y desprende la intensión de querer escuchar y comunicar.

La justificación dialógica le va mejor al derecho para encontrarse con sus fines, porque este no solo favorece a la interpretación de la norma, si no, también a la apertura sobre los hechos, acciones, condiciones y contextos derivados en todo acontecer jurídico, lo que implica como señala Gadamer, no dar “por sentados significación del texto, pues este no es inmóvil, dado que en cada lectura nos encontramos con nuevos diálogos y nuevas soluciones; cada caso y en diferentes circunstancias de tiempo, lugar y modo ofrecerá nuevo lenguaje y nuevas soluciones.”

En ese sentido, las resoluciones dialógicas abren nuevas conversaciones para crear nuevos precedentes de protección de derechos, ahí la importancia de justificar desde

---

<sup>367</sup> United Nation Development Programme, *Importancia del diálogo para la prevención de conflictos y la construcción de paz*, República Democrática del Congo, UNICEF/HQ97-0179/Roger LeMoyne, 2009, p. 3.

[http://www.undp.org/content/dam/undp/library/crisis%20prevention/Spanish/dialogue\\_conflict\\_spanish.pdf](http://www.undp.org/content/dam/undp/library/crisis%20prevention/Spanish/dialogue_conflict_spanish.pdf)



esta postura que radica en encontrar nuevas soluciones a los conflictos desde la escucha, el decir y el intercambio de ideas.

## 5.7. Efectos

### a) Enriquece la tarea argumentativa

La argumentación es un tema de gran relevancia para el derecho, tanto en la impartición de justicia, en la creación de escritos y en la impartición de materias de estudio en las universidades, debido a que esta ha socorrido temas conflictivos del derecho como la textura abierta de la ley, resolución de los casos difíciles y en la expresión de los razonamientos fundatorios que damos para convencer a alguien de algo. Argumentar ha sido definida como la “descripción, análisis, y propuesta de argumentación que se da en las instancias de aplicación, interpretación, creación y ejercicio del derecho”<sup>368</sup>, “la acción de dar cuenta y razón de algo a alguien con el propósito de lograr su comprensión y asentimiento” (...) siendo esta “necesaria para la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas al caso concreto”<sup>369</sup>

Respecto a este tema Vigo apunta a la tesis de que, actualmente la argumentación es “una superación de la interpretación del derecho centrado en sus métodos interpretativos incapaces de resolver los conflictos entre los principios y entre las normas ante más de una resolución, por lo cual los mismos podían ser resueltos mediante una racionalidad argumentativa.”<sup>370</sup> A lo cual manifestamos oposición, en razón a que contrario a ello, consideramos que una va de la mano de la otra, porque para llegar a decir bien el derecho desde la voz de la argumentación, debemos

---

<sup>368</sup> Galindo Sifuentes, Ernesto, *Argumentación jurídica*, 2da edición, México, Porrúa, 2009, p. 87.

<sup>369</sup> Nava, Tovar Alejandro, *Op. Cit.*, p. 28.

<sup>370</sup> Vigo, Rodolfo, *De los elementos interpretativos a los métodos justificatorios*, México, IIJ- UNAM, 2016, p. 206-208.



escucharlo, comprenderlo y conocerlo desde la interpretación, la argumentación no supera a la interpretación porque aquella viene después de la interpretación, es un medio de certeza a los razonamientos.

En ese sentido, desde esta propuesta se favorece y abren caminos para argumentar desde las mismas características del derecho como arte, literatura y hermenéutica, así, la tarea argumentativa contendrá elementos adecuados de composición, equilibrio, orden y proporcionalidad en la distribución de sus elementos, en la dirección de su mirada y en la adecuada percepción del caso, porque en la interpretación desarrollamos el comprender y el decir, en “(...) la elaboración de las posibilidades proyectadas en el comprender”<sup>371</sup> para posteriormente decir las desde la argumentación.

La argumentación resulta enriquecida por las herramientas de la interpretación desde el arte, porque desde esta buscamos interpretar a partir de todos los elementos de la obra y aunque no seamos expertos o críticos de arte rascamos, cavamos en lo simple y en lo complejo para decir algo, lo más razonado y justificado posible respeto a una obra. Ragon afirmaba que todo el mundo nos creemos críticos del arte y de este modo, desde el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica se propone adoptar el mismo entusiasmo en ser críticos del derecho, como buscamos ser de las obras de arte, porque esto de forma significativa contribuirá a fortalecer y querer decir los mejores argumentos.

De la literatura y el arte obtenemos para la argumentación la imaginación, creatividad, lenguaje, ejemplificaciones, construcción de enunciados, paisajes, analogías y narrativas, de ahí estamos preparados para aportar mejores argumentos al momento de justificar desde: los detalles, lo más comprensible, todas las herramientas al alcance para la construcción de una idea, porque “toda obra de arte tiene algo para decir, para

---

<sup>371</sup> Heidegger, Martin, “*Ser y tiempo...*”, *Op. Cit.*, p. 172.



contarnos y para ello debe de ir más allá de lo obvio, hay que buscar el significado de cada elemento propuesto.”<sup>372</sup>

Desde el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica buscamos alcanzar una nueva forma de comprensión, interpretación, reflexión y crítica porque “la forma expresiva es cause de valor estético, espiritual como la humanidad, verdad, religiosidad; de ahí que el arte nos eduque al ensanchar nuestros sentimientos y nuestra visión”<sup>373</sup>, así intentamos poder ver al mundo en muchas de sus formas, así como decirlo y argumentarlo de diversas maneras.

Es importante precisar que, con tener mejores herramientas interpretativas desde nuestra propuesta, no significa que pensemos que de facto vamos a saber argumentar, sin embargo, lo que sí creemos es que vamos a tener más elementos que pueden hacer nuestra argumentación más rica, lo que a su vez contribuye a realizar una más completa tarea justificadora. Estando convencidos que a partir del derecho como arte, como literatura y como hermenéutica se aportaran nuevos elementos que enriquecen los estudios de la argumentación jurídica.

#### **b) Protege el derecho a una tutela judicial efectiva**

La tutela judicial efectiva como bien señala Fernando Diz: “(...) se ha centrado básicamente en la resolución de conflictos y la consiguiente tutela de los derechos individuales a través de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial y que ejercitaban con exclusividad la función jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado entre las partes en conflicto (...))”<sup>374</sup>. Por su parte Juan Igartua apunta que esta

---

<sup>372</sup> Espínola, JT, “Cómo interpretar una obra de arte...” cit., 8.

<sup>373</sup> Contreras, Espinoza, Op Cit. p. 118.

<sup>374</sup> Diz, Fernando Martín, *Del Derecho A La Tutela Judicial Efectiva Hacia El Derecho A Una Tutela Efectiva De La Justicia*, Revista Europea de Derechos Fundamentales,



“no connota el obtener una decisión judicial conforme con unas pretensiones hechas valer en el proceso, sino el derecho a que se dicte una resolución jurídicamente fundada”<sup>375</sup>. Tradicionalmente se ha adoptado el derecho a la “tutela judicial efectiva, como un derecho fundamental vinculado a la obtención de justicia a través del proceso judicial”<sup>376</sup> y a “poner a disposición del ciudadano como forma de protección de sus derechos el proceso judicial a través del ejercicio de la función jurisdiccional que desempeñan los integrantes del Poder Judicial.”<sup>377</sup>

Por su parte, los criterios de Tribunales Colegiados de Circuito señalan que la tutela judicial efectiva es “el derecho que tiene a obtener una sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada y su cabal ejecución, que deberá ser pronta, completa e imparcial...”<sup>378</sup>. Este derecho también abarca el acceso al procedimiento judicial, al cumplimiento de sus formalidades, a obtener una resolución fundada y motivada, y a los beneficios de los recursos de segunda instancia. Pese a que nuestro derecho permite otras formas de ingreso a esta tutela, tal es el caso de la conciliación, mediación y el arbitraje, la tutela en el procedimiento siempre estará disponible para el caso que mediante otra vía no sea exequible lo buscado.

La sentencia sigue siendo la forma que por antonomasia realiza el cumplimiento de algún derecho y en esta tarea se pueden aplicar los presupuestos del derecho como arte, literatura y hermenéutica para la mejor justificación de las resoluciones, porque a partir de la propuesta se consiguen más elementos interpretativos que llevan a la comprensión y argumentación del derecho que se aplican en la tarea justificadora, lo

---

España, 2014, p. 164 y 165 file:///C:/Users/carlo/Downloads/Dialnet-DelDerechoALaTutelaJudicialEfectivaHaciaElDerechoA-4945876.pdf,

<sup>375</sup> Igartua Juan, *Op. Cit.*, p. 238.

<sup>376</sup> Diz, Fernando Martín, *Op. Cit.*, p. 161-162.

<sup>377</sup> *Ídem.*

<sup>378</sup> 2002096. II.8o.(I Región), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época, libro XIII, octubre de 2012, Pág. 2864.



que tendrá como consecuencia efectos en la tutela judicial efectiva y en favorecer el modelo de justicia de un Estado democrático y constitucional.

Lo anterior implica que, desde una resolución justificada en derecho la ley debe ser interpretada de manera tal que “(...) se optimice al mayor grado la efectividad del derecho (...)”<sup>379</sup> y desde esta propuesta se dota al derecho de mayores elementos para realizar esta tarea y proteger derechos. Y que como señala Pérez Royo, el derecho a la tutela judicial efectiva “implica además de ese derecho a la jurisdicción o derecho de acceso a la justicia(...), los siguientes derechos: derecho a obtener una resolución de fondo, derecho de ejecución de las resoluciones judiciales firmes y la proscripción de la indefensión.”<sup>380</sup>

Por su parte, Bujosa Vadell y Rodríguez García, apuntan a que el “derecho a una resolución fundada en Derecho, implica una función doble en el examen de esta garantía por los órganos jurisdiccionales, porque, de un lado, como acto de racionalidad en el ejercicio del poder permite conocer las reflexiones que fundamentan el fallo; y, de otro, macilenta el acto control de aquella racionalidad fundada en derecho por los tribunales.”<sup>381</sup> En este sentido, si bien la tutela judicial efectiva incluye la protección de diversos derechos, en este capítulo nos centramos a que desde el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica se favorece la obtención de resoluciones motivadas de fondo, racionales, humanas, más completas y apegadas al contexto social, esto desde la aplicación de las características propuestas a lo largo del presente trabajo.

---

<sup>379</sup> La tutela judicial efectiva implica que la revisión de decisiones que deniegan el acceso a la jurisdicción sea especialmente rigurosa, *Revistas del IIJ, Dialogo jurisprudencial*, p. 136, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/dialogo-jurisprudencial/article/view/6440/8376>

<sup>380</sup> Aliste, Santos “La motivación de las resoluciones jurídicas...” *Op. Cit.* p. 146.

<sup>381</sup> *Ídem.*



### **c) Impulsa la protección del derecho a comprender**

Además del derecho que tenemos a obtener resoluciones justas, apagadas a derecho y a que estén debidamente fundadas y motivadas, a su vez tenemos el derecho a comprenderlas. Para ello, además de que la resolución esté dictada desde un lenguaje claro, consideramos que al participar de una justificación creativa; proporcional y armónica; con adecuada composición y ritmo; crítica; sensata entre subjetividad-objetividad y mediadora de prejuicios; disfrutable y gozosa; empática y sensible; contextual; consciente entre la tradición y la innovación y dialógica, nos encaminamos a lograr que la resolución pueda ser mejor expresada y por ende comprendida por quienes serán sus receptores.

Para lo anterior y para lograr estas cualidades en la justificación tenemos que pasar por un proceso que nos ayude a comprender y hacer comprender la resolución, con lo cual se aporta elementos a la protección del derecho a comprender una resolución jurídica porque “una justicia moderna es una justicia que la ciudadanía es capaz de comprender”<sup>382</sup>

### **d) Se amplían los lineamientos para el dictado de una resolución**

Si bien, en ciertos casos es posible que no se pueda cumplir con todas las características derivadas de la propuesta al momento de justificar resoluciones, sí podemos retomar pautas para crear lineamientos guía para el dictado de estas en cumplimiento de los derechos consagrados en los artículos 1, 14, 16 y 17 constitucionales, lo cual evidentemente no se busca que sean inmovibles sino, la base para nuevos precedentes que además favorecerán la seguridad jurídica de cualquier

---

<sup>382</sup> Germán Jair Arenas Arias, Lenguaje claro (derecho a comprender el Derecho) PlainLanguage (therighttounderstandtheLaw), revista Voces de cultura de la legalidad, Cámara de Representantes de Colombia, 2018, p. 250. file:///C:/Users/carlo/Downloads/4355-6028-1-PB.pdf, 30/07/2019, 16:40.



persona jurídica al coadyuvar "de manera significativa a la consolidación del sistema democrático de Derecho (...)."383

De ese modo, la protección a la seguridad desde el establecimiento de lineamientos claros utilizados para la justificación de las resoluciones jurídicas:

*Convergen de sus componentes esenciales; por una parte, la sujeción del ejercicio del poder político a normas previamente establecidas, lo cual conlleva la obligación de respetar los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales, así como los principios y valores del orden jurídico; por otra parte, la previsibilidad del Derecho, que se satisface con la claridad y precisión del enunciado de la norma –que la hace accesible al conocimiento general- y con la adecuada aplicación al caso concreto a través de la interpretación del juez, que ha de sujetarse a un conjunto de reglas específicas, tendientes a evitar posibles arbitrariedades, favoreciendo en todo momento la protección más amplia de los derechos humanos y la dignificación de las personas."*384

Así, tal como lo señala Manili citando a Heller "la seguridad jurídica sería un valor a ser protegido por el Estado"<sup>385</sup> (sic) y que, desde estas herramientas y elementos, es una forma de brindarla a todas las personas y receptores ante los actos de autoridad.

---

<sup>383</sup> Penagos López, op. cit. p. 13 y 14.

<sup>384</sup> *Ídem*.

<sup>385</sup> Manili, Pablo L., *La seguridad jurídica, una deuda pendiente, análisis de normas violatorias de la confianza en los poderes públicos: estatización de las AFJP; ley de medios audiovisuales; retenciones de las exportaciones; pago de deudas del Estado con fondos del BCRA; lesión de la autonomía de ciertos entes y otras inconstitucionalidades*, Ed. Hammurabi, Argentina, 2011, p. 54.



### e) Encamina la interpretación a la protección más amplia

Finalmente, la propuesta de la motivación de las resoluciones jurídicas desde el derecho como arte, como literatura y como hermenéutica, tal como se ha expuesto, elige elementos como la creatividad; armonía; la adecuada composición y ritmo; crítica; la mediación entre prejuicios; disfrute; empatía; sensibilidad; contextualidad; tradición; innovación y dialogo para realizar interpretaciones más proporcionales, amplias, analógicas y encaminadas a la mejor protección de los derechos de las personas, auxiliando las tareas de elegir cuál es la interpretación que va a imperar sobre la otra y aplicar el control difuso de convencionalidad y/o constitucionalidad. Lo que nos lleva, además, a brindar mejores argumentos para la justificación de las resoluciones, favorecer la tutela judicial efectiva y la creación de nuevos criterios para ampliar los lineamientos y protocolos para el dictado de las resoluciones.

### 5.8. Conclusión

De la propuesta del derecho como arte, como literatura y como hermenéutica, aplicándola a la justificación de las resoluciones jurídicas, se advirtió que estas pueden adoptar las características de ser creativas; proporcionales y armónicas; con adecuada composición y ritmo; críticas; sensatas entre subjetividad-objetividad y mediadoras de prejuicios; disfrutables y gozosas; empáticas y sensibles; contextuales; conscientes entre la tradición y la innovación, y dialógicas. Y que de esta forma se enriquece la tarea interpretativa, argumentativa y justificadora en el derecho, protege el derecho a una tutela judicial efectiva, impulsa la protección del derecho a comprender, amplia los lineamientos y/o protocolos que se usan el dictado de una resolución y se favorece la protección del principio *pro persona*.

Y a partir de ahí, tendremos el acercamiento a resoluciones jurídicas más justas, humanas y contextuales a la realidad; damos un paso más para proteger el derecho a una interpretación más favorable a la persona, una debida fundamentación y motivación comprendidas en los artículos 1,14, 16 y 17 constitucionales. Por último, en este



capítulo pudimos reflexionar sobre el importante papel que tiene la intención y el querer, porque no debemos olvidar que si queremos resoluciones más justas debemos emplear el compromiso de un mejor dictado de resoluciones desde una autoconciencia creadora.



## Bibliografía

1. Aliste Santos, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales* Marcial Pons, España-Argentina, 2011.
2. Amaya Alvez, “¿Made in México? el principio de proporcionalidad adoptado por la suprema corte de justicia de la nación ¿la migración de un mecanismo constitucional?” *Revistas UNAM*, México, file:///C:/Users/carlo/Downloads/60801-176167-1-PB.pdf
3. Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme, el modelo constitucional ante los tratados intencionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, Ed. Porrúa, México, 2013.
4. Carbonell, Miguel, *Marbury vs Madison: regreso a la leyenda*, México, IJ-UNAM,
5. Cárdenas, Gracia Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México, Nostra ediciones, Cultura jurídica, 2009.
6. Castañeda, Mireya, *El principio pro persona*, 2da ed., 2015, Ed. CNDH, México.
7. Código Nacional de Procedimientos Penales  
([http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP\\_250618.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_250618.pdf)).
8. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos  
[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf\\_mov/Constitucion\\_Politica.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf)
9. Contreras, Ramón Espinoza, *Literatura y hermenéutica*, México, Torres Asociados.
10. Diz, Fernando Martín, “Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, España, 2014.
11. Dublán, Manuel y José María Lozano, *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas entendidas desde la independencia de la República*, t. XVI, México, Imprenta del Comercio, 1887.
12. Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, México, fondo de la cultura económica, 2014.
13. Enrique V. Muñoz Pérez, *El concepto de empatía (Einfühlung) en Max Scheler y Edith Stein. Sus alcances religiosos y políticos* Universidad Católica del Maule (Chile)  
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/veritas/n38/0718-9273-veritas-38-00077.pdf>).
14. Espínola, JT, “Cómo interpretar una obra de arte”, *Revista La Pluma de Oro*, art. 13 de marzo 2017, <https://laplumadeoro.com/contacto/17/01/2018>



15. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano.*
16. Flores Martínez, Alejandra, *Un nuevo canon interpretativo de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales en la constitución española*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2013.
17. Alejandra, *Un nuevo canon interpretativo de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales en la constitución española*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2013.
18. Gadamer, Hans Georg, *Verdad y Método, fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 5ª ed., trad., de Agud Aparicio y de Agapito Rafael, España, Ediciones Sígueme, 1993, t. I.
19. Galindo Sifuentes, Ernesto, *Argumentación jurídica*, 2da edición, México, Porrúa, 2009.
20. Germán Jair Arenas Arias, “Lenguaje claro (derecho a comprender el Derecho) PlainLanguage (therighttounderstandtheLaw)”, *Revista Voces de cultura de la legalidad*, Cámara de Representantes de Colombia, 2018 file:///C:/Users/carlo/Downloads/4355-6028-1-PB.pdf.
21. Gunter, Frankenberg, *Academia revista sobre enseñanza del derecho*, año 9, numero 172016, Argentina.  
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/acdmia/cont/17/art/art3.pdf>
22. Heidegger, Martin, *Ser y tiempo*, trad. de Rivera Jorge Universitaria, Chile, 2002.
23. Juan Igartua Salaverría, *El razonamiento de las resoluciones jurídicas*, Lima, Palestra Temis, 2009.
24. Konrad Hesse, *la interpretación conforme*
25. “La tutela judicial efectiva implica que la revisión de decisiones que deniegan el acceso a la jurisdicción sea especialmente rigurosa”, *Revistas del IJ*, Dialogo jurisprudencial, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/dialogo-jurisprudencial/article/view/6440/8376>
26. Manili, Pablo L., *La seguridad jurídica, una deuda pendiente, análisis de normas violatorias de la confianza en los poderes públicos: estatización de las AFJP; ley de medios audiovisuales; retenciones de las exportaciones; pago de deudas del*



- Estado con fondos del BCRA; lesión de la autonomía de ciertos entes y otras inconstitucionalidades*, Ed. Hammurabi, Argentina, 2011.
27. Medellín Urquiaga, Ximena, *Principio pro persona*, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013.
28. Morales Godo Juan, *La función del juez en una sociedad democrática*, file:///C:/Users/Anahi/Downloads/2397-9298-1-PB.pdf
29. Nava, Tovar Alejandro, *La institucionalización de la razón, la filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, 2015, Antropos- UAM.
30. Penagos López, Pedro Esteban, *Seguridad jurídica en el sistema democrático*, Ed. Tirant Lo Blanch, México, 2014.
31. Romo, García Jaime, *La defensa fiscal*, ediciones fiscales ISEF, México.
32. S. Law, David, "A theory of Judicial Power and Judicial review, the georgetown" *Law journal*, EUA, December, 2008.  
[https://www.researchgate.net/publication/228125928\\_A\\_Theory\\_of\\_Judicial\\_Power\\_and\\_Judicial\\_Review](https://www.researchgate.net/publication/228125928_A_Theory_of_Judicial_Power_and_Judicial_Review).
33. Saladino García, Alberto, *Pensamiento crítico*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Sociales, México 2012  
[http://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos\\_final/506trabajo.pdf?PHPSESSID=ffc42510e755335c76404a255913b8ab](http://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos_final/506trabajo.pdf?PHPSESSID=ffc42510e755335c76404a255913b8ab)
34. Salinas, Adela, (entrevista a Manrique Jorge Alberto), "La crítica del Arte en México". <https://f002.backblazeb2.com/file/rum-storage/d674d594-3552-4b07-ae13-069a6bd6fbb4.pdf>
35. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, 2008, 2012, 2019.
36. Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, trad. de Lorenzo Córdoba Madrid, Trota, 2011.
37. United Nation Development Programme, *Importancia del diálogo para la prevención de conflictos y la construcción de paz*, República Democrática del Congo, UNICEF/HQ97-0179/Roger LeMoynes, 2009.  
[http://www.undp.org/content/dam/undp/library/crisis%20prevention/Spanish/dialogue\\_conflict\\_spanish.pdf](http://www.undp.org/content/dam/undp/library/crisis%20prevention/Spanish/dialogue_conflict_spanish.pdf)



38. Valera, Juan, *Qué ha sido, qué es, y qué debe ser el arte en el siglo XIX*, p.5  
[http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/que-ha-sido-que-es-y-que-debe-ser-el-arte-en-el-siglo-xix--0/html/ffcbb096-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_2.html#l\\_1\\_](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/que-ha-sido-que-es-y-que-debe-ser-el-arte-en-el-siglo-xix--0/html/ffcbb096-82b1-11df-acc7-002185ce6064_2.html#l_1_)
39. Vigo, Rodolfo, *De los elementos interpretativos a los métodos justificatorios*, México, IJ- UNAM, 2016.



## CONCLUSIONES

1. Algunas características del arte como son: disfrute, reflexión, formas y elementos de interpretación, encuentros, diálogos, emociones, empatía, espacios para la crítica, autoconocimiento y autocrítica proporcionan al derecho una inclinación hacia la belleza y a la estética, lo que trae como consecuencia proporcionalidad en decir y actuar del derecho como bello. Además, que desde el arte se puede establecer una interpretación jurídica no solo explicativa, sino creativa y sensible.
2. El derecho como arte deriva un acogimiento de la creatividad e innovación; la proporción, armonía composición y ritmo; la crítica; una conciencia objetiva-subjetiva; capacidad formativa en interpretación, argumentación y dialogo, así como el disfrute, goce y placer en sus actuaciones. Y si bien, evidentemente el arte no resuelve los grandes problemas del derecho, sí amortigua y redirecciona la visión y forma de solución de los principales problemas de este hacia una concepto más humanista, consciente y bello.
3. Desde la literatura el derecho puede equilibrar la frialdad de la ley como simple texto, a través del traslado a los contextos, además es un medio para disminuir la indiferencia porque en el mundo jurídico necesitamos la capacidad de empatía, la habilidad de imaginar situaciones socialmente complicadas y de ahí recrear análogas soluciones a casos concretos.
4. También, a partir de la literatura pensamos de forma más creativa la solución a las discordias suscitadas en el derecho, porque a través de esta se vive la trama, imaginación, historia, pasión, identidad, el suspenso, interés, entusiasmo, drama, entretenimiento y la delicia. De este modo, la literatura es un camino hacia la interpretación y quien tiene habilidad para interpretar, conocerá y comprenderá las expresiones como forma de comunicación humana hacia con las demás personas porque al componerse de idealismos nos lleva a pensar más allá, a armonizar lo ideal



y lo real hacia el equilibrio entre la consciencia de lo existente y la búsqueda de la justicia.

5. Asimismo, la literatura ofrece al derecho un escenario práctico en donde se puede entrenar nuestra intención de ponernos en otro lugar y así comprender un poco más al derecho y a la sociedad. A través de las obras, la literatura nos ofrece una atmósfera donde podemos colocarnos en el lugar del protagonista, antagonista o de cualquier personaje, permitiéndonos interpretar desde quien no somos y desde diferentes escenarios de la vida porque ponerse en otro lugar nos interesa en el derecho para aprender a dialogar, comprender, interpretar y a ocupar otros los lugares que eventualmente omitimos.
6. Desde el derecho como hermenéutica se enfatiza la importancia de la interpretación por parte de quien la recibe, debido a que este es el motivo por el cual se creó y en quien recae el texto. Además, se advierte la necesidad de adoptar de la hermenéutica, la comprensión, contextualidad, tradición e innovación y el dialogo, ya que estos favorecen y amplían la interpretación lo cual beneficia la protección más amplia para las personas.
7. Desde la propuesta del derecho como arte, como literatura y hermenéutica la justificación de las resoluciones jurídicas puede ser creativa; proporcional; armónica; con adecuada composición y ritmo; crítica; sensata entre subjetividad-objetividad; mediadora de prejuicios; disfrutable; gozosa; empática; sensible; contextual; consciente entre la tradición y la innovación, y dialógica.
8. Finalmente, desde el presente trabajo se aportan pequeñas pero propositivas pautas para dar cumplimiento a las tareas interpretativas establecidas en el artículo primero, 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados internacionales de los que nuestro país es parte, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como para una mejor efectividad,



buscando proteger el derecho de una tutela judicial efectiva y el derecho a comprender; aporta nuevos elementos que pueden enriquecer los estudios de la argumentación jurídica y se brindan propuestas para ampliar los lineamientos y/o protocolos que pueden tener quienes juzgan para dictar una resolución.

## **COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

Del desarrollo del presente trabajo podemos concluir que es positiva la comprobación de nuestra hipótesis, porque es idónea la concepción jurídica del derecho como arte, como literatura y como hermenéutica en la justificación de las resoluciones jurídicas para la efectividad de la protección de los derechos. Porque desde la adopción de la creatividad e innovación, proporción, armonía, composición, ritmo, la crítica y una conciencia objetiva-subjetiva del arte, ponernos en otro lugar, capacidad de juicio, el desarrollo de la imaginación, sensibilización, comprensión, contextualidad, tradición-innovación y dialogo; obtendremos guías interpretativas, comprensivas y argumentativas para justificar resoluciones jurídicas más humanas con apego a un ejercicio más favorable a la protección de los derechos.

## **PROPUESTAS**

1. Elaborar criterios específicos para justificar resoluciones que tengan las características de creativas, proporcionales y armónicas; con adecuada composición y ritmo; críticas; sensatas entre subjetividad y objetividad; mediadoras de prejuicios; empáticas; sensibles; contextuales; conscientes entre la tradición e innovación; dialógicas y de fácil comprensión; que sean tendientes a una mejor justificación, más humanas y mejor protección de derechos.

Dado que, si bien, actualmente existen protocolos, metodologías de argumentación y lineamientos para la creación y fundamentación de resoluciones como son: el protocolo para la estructura y redacción de sentencias; manual para la utilización de un lenguaje sencillo al redactar resoluciones judiciales, pautas para la elaboración



de resoluciones; libros como el de estructura y estilo en las resoluciones jurídicas; guía para la redacción de sentencias y los test de proporcionalidad, igualdad y razonabilidad por mencionar algunas, no está de más proporcionar nuevas herramientas que favorezcan las labores jurídicas relativas a la justificación de las resoluciones. En ese sentido, es idóneo y servicial para el derecho la creación de lineamientos encaminados en aportar las pautas desglosadas desde la concepción del derecho como arte, como literatura y como hermenéutica.

2. Inclusión de la propuesta de los elementos del derecho como arte, como literatura y como hermenéutica en la formación jurídica, porque de esta forma se tendrá una concepción más humana, amplia y creativa del derecho.