

El derecho como lenguaje. Reflexiones sobre las transformaciones del lenguaje y de las funciones del derecho^{1*}

Por Orlando Roselli; Lora Laura N (trad.)

Sumario, -1. Premisa. -2. Palabras y silencio.-3. El estudio del lenguaje auxiliar a la comprensión de los procesos ordinarios. -4. "El derecho es un fenómeno lingüístico". -4.1. La influencia en el derecho de los procesos culturales tanto sean contemporáneos, como los radicados en el tiempo y expresados en el lenguaje. -5. Pluralismo jurídico y pluralismo lingüístico. -6. El lenguaje evoluciona con la evolución de la sociedad. -6.1.Lenguaje jurídico y evolución del ordenamiento: un itinerario de investigación. -6.2. La metamorfosis del lenguaje en las Constituciones de la segunda postguerra. -6.3. La mutación del lenguaje jurídico en la época postmoderna. -7. Las potencialidades del derecho en la época de la incomunicación. - 7.1.Las bases culturales y sociales de la función del derecho en las sociedades estructuralmente no homogéneas.

1. Premisa.

Estoy particularmente agradecido al Prof. Felice Casucci por haberme invitado, en el ámbito de su prestigioso curso de Derecho y Literatura, y por haberme dejado plena libertad en la elección del tema. Si comprendí bien, se trata de un ciclo de lecciones centrado en las técnicas de la escritura, que continúa el del año precedente, que tenía como momento de reflexión el 'silencio' en relación a la dimensión jurídica. Elegí hablar de lenguaje y derecho porque el tema nos permite afrontar las problemáticas de ambos cursos. De hecho, el lenguaje no solo es un conjunto de sonidos (que pueden eventualmente ser transcritos a aquella extraordinaria tecnología que es la escritura); el lenguaje es un conjunto de sonidos y pausas, de sonidos y silencios; es más: en una amplia acepción, que no circunscribe el término lenguaje al concepto de *langue*² de Ferdinand de Saussure³, un lenguaje (pienso en aquel corporal) puede estar compuesto solo de silencios.

2. Palabras y silencio.

Se escribió: "El silencio existía antes de las cosas"⁴. En cierto sentido la palabra es algo *posterior* respecto a la dimensión del silencio. Interviene como exigencia expresiva que no puede ser satisfecha por el silencio. Algo similar es el fenómeno jurídico: nace para producir o garantizar el

¹ Se trata de una clase desarrollada en un aula de la Universidad de Benevento, el 21 de noviembre de 2012, en el ámbito del curso del Prof. Felice Casucci de "Derecho y literatura", en la cual participaron también los estudiantes de otro curso de derecho comparado, del mismo profesor. Fue una experiencia realmente gratificante, insertándose la lección en un ambiente de experimentación didáctica que el profesor está llevando adelante, desde hace mucho tiempo, con extraordinaria sensibilidad cultural. Mantengo el tono coloquial, mencionando algunas informaciones provistas a los estudiantes sobre relevantes figuras intelectuales. Esta contribución también está destinada al manual realizado por el Prof. Felice Casucci, "Comparación y cultura jurídica" y al volumen O. Roselli, "Lezioni sulle trasformazioni della dimensione giuridica" (Lecciones sobre las transformaciones de la dimensión jurídica).

² Ejemplo orientativo sobre esta perspectiva, G. Graffi, *Due secoli di pensiero linguistico. Dai primi dell'Ottocento ad oggi*, Carocci, Roma, 2010, 212 ss., particularmente, 216 ss.

³ Ferdinand de Saussure, Ginebra, 1857-1913, es el autor del volumen fundamental *Mémoire sur le système primitif des voyelles dans les langues indoeuropéennes* (1878) (trad. it., *Saggio sul vocalismo indoeuropeo*, Clueb, Bologna, 1978), de la cual la moderna lingüística trae su origen y una multiplicidad de Escuelas de relevancia internacional en el ámbito, entre otros, del estructuralismo lingüístico; de la sociolingüística; de la semántica; de la semiología (ejemplo la sintética voz: Saussure, Ferdinand de, in *l'Enciclopedia*, 2003, vol. 18, 70 ss.).

⁴ Esta frase es de Max Picard y retomada por S. Cingolani, *Per una storia del silenzio*, Mursia, Milano, 2012.

respeto de las reglas que no pueden ser satisfechas, en determinado contexto histórico, por otros ordenamientos (moral, social, religioso) o que, de todas maneras, en tales subsistemas sociales se impone o se pone a la par. Históricamente, la palabra termina ocupando los territorios sociales y el silencio *aparece* como un fenómeno residual del lenguaje, pero que aflora continuamente como fenómeno originario de la condición humana. El derecho tiende a ocupar los territorios sociales pero es el no-derecho el fenómeno humano originario (en el sentido que, los fenómenos ordenadores (del ordenamiento), en su origen, tienen naturaleza diferente de aquellos que, en las concepciones doctrinarias prevalentes, serán definidos diversamente como jurídicos). Los especialistas hablan del lenguaje como el resultado de la relación entre “el tiempo y la masa hablante”⁵. En mí, jurista, esta definición evoca la noción de costumbre.

3. El estudio del lenguaje auxiliar a la comprensión de los procesos ordinarios.

La lengua es un modo para expresar, comunicar, *ordenar* las múltiples formas de representación de la realidad. El juriconsulto de los procesos lingüísticos puede deducir elementos útiles para la comprensión de la evolución de aquel particular fenómeno ordenador que es el derecho. Este complejo ámbito de investigación es terreno de reflexión entre los juristas, sobre todo por parte de los comparatistas, los históricos, antropólogos y sociólogos del derecho. La lengua se transforma continuamente (y, sin embargo, de cada transformación conserva los vestigios, como los anillos de un tronco, conservando el recuerdo del tiempo y del árbol que una vez fue). La lengua es un complejo organismo viviente (y lo es también un ordenamiento jurídico), muy sensible a las exigencias de los sujetos y del cuerpo social que hacen uso de él y de tales exigencias encuentra el fundamento de las propias reglas y de las propias transformaciones (al interior de los arquetipos mentales que marcan profundamente la estructura de la lengua). Análogamente, evidente en las sociedades contemporáneas, ámbitos cada vez más extensos de la dimensión jurídica (pienso en relevantes perfiles de la dimensión transnacional) producen reglas bajo el empuje de una espontaneidad social que tiene raíces en la necesidad de satisfacer exigencias indispensables del ordenamiento⁶.

Quiero aclarar, hablando a un público estudiantil: la investigación de analogías debe siempre acompañarse a la conciencia de la diversidad y de las especificidades. Estudiar los procesos lingüísticos en cuanto a procesos ordenatorios, obviamente para el jurista no significa investigar coincidencias no propias, sino afinar la propia sensibilidad hacia lo que nos lleva o ayuda a ordenar las relaciones humanas tomando también inspiración de tales procesos. O sea, relacionar lengua y derecho presupone la comprensión no solo de las similitudes sino también de las especificidades de tales fenómenos. La *langue* expresa la insuprimible necesidad del ser social de

⁵ La primera exposición del reciente XXXVII Convegno annuale della Società Italiana di Glottologia, Il lessico nella teoria e nella storia linguistica, Firenze, 25-27 ottobre 2012, del Profesor Annibale Elia, se titula, Lessico e sintassi tra tempo e massa parlante.

⁶ Que significa la “estructura interna de un ordenamiento” en una época de pluralismo jurídico, mas allá de la dimensión estatal, nos lo describe bien Paolo Grossi, en sus palabras: “debe tratarse de una comunidad pequeña o grande, que encuentra su factor de cohesión en valores asumidos (y compartidos) por cada uno de sus miembros como fundamento ineludible, aquel fundamento que justifica completamente cada regla comunitaria y la absolutiza en la conciencia de los socios, imponiéndole un inderogable cumplimiento; aquel fundamento que, en su tipo e irrepitibilidad, identifica aquel singular ordenamiento respecto a cualquier otro, lo torna en si mismo – es decir en el propio orden – completo y autosuficiente.”. “En otras palabras, el caracter originario de un ordinamiento expresa – son siempre palabras de Grossi – la idea de que las razones o las justificaciones fundantes de esto correspondan, en lo profundo, a la vida de la respectiva comunidad, por como ella en su complejo pero peculiar estructurarse, ha sido capaz de individualizar proteger celosamente los propios caracteres y la especifica identidad.” Obviamente caracteres e identidad no estáticos, sino pulsantes, vivos, en continua transformación (P. Grossi, Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo, in Diritto amministrativo, 2012, n. 1-2, 11).

comunicar con sus símiles y, al mismo tiempo, me parece comprender, que este es el resultado de importantes estudios especializados, combinación de procesos estudiados por las neurociencias con los factores culturales.⁷

4. “El derecho es un fenómeno lingüístico”.

Se escribió: “el derecho es un fenómeno lingüístico”⁸. En esta sintética fórmula se incluyen variados problemas: que el derecho tiene la necesidad de instrumentos expresivos para manifestarse; que esta condicionado por tales instrumentos expresivos; que se expresa con modalidades propias ; que es, más allá de sus eventuales características autoritarias, un modo de comunicar para poner orden en las relaciones. Ha sido comprobado como “el lenguaje jurídico es tal vez aquel que más se ‘ensucia’ con el lenguaje común, capaz de absorber como una esponja, linfa de cada fuente terminológica (...)”⁹ y el notable estudioso Tullio De Mauro afirma que “probablemente ningún lenguaje específico tiene un horizonte tan amplio (...)”¹⁰. Pero si es verdad que la lengua es expresión de una cultura, y por ende un modo a través del cual representa la realidad¹¹, a través de las fórmulas lingüísticas entra en la dimensión jurídica aquel tipo de representación de lo real (entendido como su dimensión no solo material sino también inmaterial e imaginística) que es propia de aquella sociedad. No es casual que las lenguas se expresen a través de una cantidad de palabras muy diferenciadas y que una lengua tenga también decenas de miles de palabras más que otra. Un término o una expresión lingüística es consecuencia de un conocimiento, de una percepción, de un sentir, de una construcción cultural, de una dinámica social: señala una presencia o, su falta, una ausencia. Esto vale especialmente para el lenguaje jurídico específico: el chino, por ejemplo, no conoce la expresión “derecho subjetivo” porque es una noción ajena a la propia tradición jurídica (y tal rareza es el bagaje de una cultura que pone el acento no sobre subjetividades individuales sino sobre aquellas colectivas que resultan tan absorbentes).

4.1. La influencia en el derecho de los procesos culturales tanto contemporáneos como radicados en el tiempo y expresados en el lenguaje.

Tal vez podríamos afirmar que el derecho es el producto de un doble proceso cultural: uno, atinente a dinámicas referidas al contexto social contemporáneo, y el otro, atinente al emerger de una dimensión radicada en las profundidades del lenguaje. Las palabras conservan la historia de su evolución (su etimología); podríamos afirmar, usando un concepto propio de la física, que también en la lengua ‘nada se destruye, todo se transforma’ y, tomando prestado el concepto del

⁷ Entre otras, el lingüista estadounidense Noam Chomsky, (nacido en 1928), ha elaborado la teoría de la llamada “gramática generativa”, sobre los procesos de la misma estructura mental que permite a un niño de aprender cualquier lengua de pertenencia, y esto condujo al gran estudioso a la investigación de los elementos lingüísticos universales (v. la voce Chomsky, Noam Avram, en la Enciclopedia, 2003, vol. 4, 612 ss.). Vasta es la producción que se nutre de tales reflexiones para llegar a las “reglas de la gramática escondidas en la mente”; un texto utilizado también con fines didácticos es la traducción (revisada, resumida y con prefacio de, C. Cecchetto) de Mark C. Baker, Gli atomi del linguaggio, Hoepli, Milano, 2003. 7 R. Guastini, Il diritto come linguaggio. Lezioni, Giappichelli, Torino, 2001, 7. 8 R. Gualdo, S. Telve, Linguaggi specialistici dell’italiano, Carocci, Roma, 2011, 411, ivi, rif. bibl., 468/477. 9 Espressione ripresa da R. Gualdo, S. Telve, Linguaggi specialistici dell’italiano, cit., 411. 10 Ibidem, 412.

⁸ R. Guastini, Il diritto come linguaggio. Lezioni, Giappichelli, Torino, 2001, 7.

⁹ R. Gualdo, S. Telve, Linguaggi specialistici dell’italiano, Carocci, Roma, 2011, 411, ivi, rif. bibl., 468/477.

¹⁰ Espressione ripresa da R. Gualdo, S. Telve, Linguaggi specialistici dell’italiano, cit., 411.

¹¹ Ibidem, 412.

psicoanálisis junguiano, que las palabras transmiten ‘arquetipos colectivos’, o al menos orientaciones culturales de fondo, que tienden a conservarse más allá de la mutación de los paradigmas políticos. “El derecho” –son consideraciones de estudiosos de la lingüística – “no se limita a usar la lengua para comunicar los propios contenidos y para describir la propia realidad, más bien se *manifiesta* lingüísticamente, está *hecho* de textos y de actos lingüísticos, de modo que la frontera entre el análisis puramente lingüístico y el análisis propiamente jurídico puede ser difícil de delimitar.”¹² Por otra parte, el lenguaje jurídico se manifiesta de variadas formas escritas y orales; a veces a través de señas, de comportamientos (los contratantes que sellan su acuerdo en una venta de ganado estrechando sus manos; la existencia de procesos informales cuya aceptación está implícita en el acto jurídico)¹³. Tanto son plurales los ordenamientos jurídicos, cuanto plurales son los lenguajes. En ciertos ordenamientos, legado de antiguas corporaciones, estrechar la mano da validez a operaciones comerciales que presuponen claridad, honestidad y formalidad (aquellos comportamientos, estrechar la mano, sirven para validar delicadísimas operaciones comerciales y económicas de alto rango, estando tuteladas por la fuerza excluyente de las corporaciones en relación a quien viola las reglas). Por ello considero que reducir el lenguaje jurídico como “discurso” del ‘legislador’¹⁴, justamente porque la dimensión jurídica es más amplia que la producida por las codificaciones y por la legislación estatal. No obstante, el lenguaje jurídico es también lenguaje específico de los juristas: en su definición como lenguaje especializado convergen ya sea la especificidad de la cultura jurídica (relevante es la pertenencia a las varias familias jurídicas) y las exigencias de funcionamiento del ordenamiento, de los intereses propios de la casta de los juristas y de los aparatos burocráticos. A estos últimos pertenecen ciertos inútiles (o mejor dicho, útiles desde el punto de vista autoreferencial) esotéricos lenguajes procesales y de la burocracia. Vendría al caso recordar el personaje de Manzoni, Azzecagarbugli. No quiero con estos ejemplos insistir sobre ese perfil, porque la naturaleza especializada del lenguaje jurídico es además el producto de exigencias del ordenamiento.

Como mencionamos anteriormente, sobre la relación entre la norma y las palabras que son usadas para expresarlas, tras la incorporación de las palabras de la dimensión jurídica (que es noción más amplia del precepto jurídico: el derecho no se manifiesta solo en disposiciones) y el preexistente y autónomo significado de las palabras utilizadas y de los consiguientes problemas interpretativos, no simples. Incluso porque la norma, como nos enseña Ascarelli¹⁵, pero como nos recuerda, en el esbozo de la tipología de las propias sentencias, nuestra Corte Constitucional, no es tanto la simple disposición (los signos lingüísticos) como más los es su interpretación. Y la interpretación nos es, como es sabido, necesariamente solo la literal, “del significado dado por de las palabras”, para retomar la célebre y obsoleta expresión de las disposiciones preliminares de nuestro código civil.

¹² G. Garzone, F. Santulli, Introduzione, in Id. (a cura di), *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, Giuffrè, Milano, 2008, 13 (i corsivi sono nel testo)

¹³ Hay una “dimensión tácita del derecho”, como no recuerda entre otros, en R. Caterina (revisado por), *La dimensione tacita del diritto*, ESI, Napoli, 2009. Obviamente sobre este punto el pensamiento toma las enseñanzas de Rodolfo Sacco

¹⁴ R. Guastini, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, cit., 7, que cita a N. Bobbio (1950), *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, ahora en el volume Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, 335 ss., con el título, *Scienza giuridica*

¹⁵ Si v., para todo, N. Bobbio, Tullio Ascarelli, en Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, passim.

5. Pluralismo jurídico y pluralismo lingüístico

Entendemos la complejidad de la traducción de los textos jurídicos. Ya de por sí la tarea de traducción es compleja¹⁶ porque las palabras expresan, en los varios idiomas, las diversas sensibilidades culturales. Traducir comporta una compleja operación hermenéutica: una comprensión del significado lingüístico (eligiendo entre aquellos más idóneos para interpretar el pensamiento del autor) e investigar en la otra lengua, mientras sea posible y exista, un significado *análogo*, el más cercano posible a la finalidad de la traducción y al mismo tiempo comprensible al usuario de la lengua en la cual se traduce. La traducción tiene que vérselas también con la diferente estructura de las frases.

A esta dificultad se suma la especificidad de los lenguajes jurídicos, de los institutos y de las categorías propias de cada ordenamiento jurídico. El problema es evidente cuando se hace referencia a ordenamientos pertenecientes a familias diferentes (civil law, common law, de los de países socialistas, ordenamientos de derivación religiosa, de tradiciones de Extremo Oriente, etc.) El mismo término puede referirse a institutos configurados de diferente modo o el mismo instituto asumir, combinándose con otras situaciones del propio ordenamiento y con características de la propia sociedad, significados *jurídicos* diferentes de aquellos aparentes y deducibles de la lectura (e interpretación) aislada de las disposiciones. Este fenómeno es bien conocido por los juristas, particularmente de los historiadores del derecho y de los estudiosos de derecho comparado. Vale también para el lenguaje jurídico lo que vale para el estudio de las lenguas extranjeras, con las palabras de 'falsos amigos', es decir similar a dos idiomas, pero de significado totalmente diferente¹⁷.

El tema de la traducción de textos normativos es de notable y delicada importancia en el proceso de integración europea. La misma armonización de las legislaciones nacionales de la Unión Europea presupone la dificultad no solo lingüística sino también la propiamente jurídica, cuando las directivas europeas (y, de todas maneras, la normativa) usan expresiones lingüísticas que no encuentran el mismo equivalente en las diferentes legislaciones.

A este punto, nos interrogamos sobre la definición de un lenguaje jurídico europeo funcional al proceso de integración¹⁸, construcción que se acompaña al nacimiento de un derecho privado común y a la elaboración en varios campos del derecho (como por ejemplo aquel del derecho administrativo) de institutos jurídicos europeos.

Justamente ha sido resaltado cómo "El tema de la traducción ha asumido una importancia y un valor totalmente nuevo para el derecho en el curso del proceso de globalización que conduce a continuas ocasiones de encuentro, confrontación e hibridación"¹⁹ y que, por lo tanto, la traducción, entendida en el significado amplio de "traducción de culturas", "puede ser vista (...) sea como remedio necesario a la maldición de la incomunicabilidad entre las lenguas producidas

¹⁶ Si v., entre tantos otros, sobre las dificultades técnicas de la traducción, U. Eco, *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Bompiani, Milano, II ediz. Tascabili, 2010

¹⁷ En tal sentido también M. R. Ferrarese, *Interpretazione e traduzione. Da una cultura "introversa" ad una cultura giuridica "estroversa"*, en E. Ioratti Ferrari (revisión a cargo de), *Interpretazione e traduzione del diritto*, Cedam, Padova, 2008.

¹⁸ Vasta è ormai la produzione scientifica al riguardo, tra i contributi più recenti si richiama, per tutti, M.M. Fracanzani, S. Baroncelli (a cura di), "Quale lingua per l'Europa", ESI, Napoli, 2012. Di ampio respiro il lavoro collettaneo B. Pozzo, M. Timoteo (a cura di), *Europa e linguaggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008.

¹⁹ M. R. Ferrarese, *Interpretazione e traduzione. Da una cultura "introversa" ad una cultura giuridica "estroversa"*, cit.

por Babel, sea como recurso para un mundo que no quiere hacerse encerrar dentro de recintos condenados a la incomunicabilidad”²⁰.

El derecho puede, cada vez más, representar la sede donde se ‘traducen’, se relacionan, las culturas, y se elabora una instrumentación de la resolución de los conflictos: la dimensión jurídica como sede de superación de la incomunicabilidad. Pero la capacidad de realizar tal función no es un carácter ontológico del derecho (ya que un ordenamiento jurídico, como es históricamente verificable, puede ser un instrumento de opresión deshumana) sino que está relacionada, como concluiré, al prevalecer de una consiguiente orientación cultural en la sociedad.

6. El lenguaje evoluciona con la evolución de la sociedad.

El lenguaje evoluciona con la evolución de la sociedad.

Me llamó la atención, luego de retomar después de mucho tiempo el estudio del idioma francés, como en éste se habían producido profundísimas transformaciones en el lapso de algunos decenios, no solo de carácter terminológico sino también en la construcción, en algunas tipologías expresivas, de las frases.

Así como se extendió la diferencia entre lengua escrita y lengua hablada; entre lengua ‘cultura’ y lengua ‘popular’; entre la lengua usada por los franceses de mi generación y de aquella de las nuevas generaciones, tan influenciada del uso, no justamente literario, del lenguaje en el ámbito de las nuevas tecnologías de la comunicación.²¹ Al parecer, fenómenos comunes entre todas las lenguas, tanto más acentuado cuanto más acelerado y frenético es el vivir en una sociedad postmoderna.

6.1. Lenguaje jurídico y evolución del ordenamiento: un recorrido de búsqueda

El lenguaje jurídico evoluciona paralelamente a la evolución del ordenamiento. Aquí, no puedo más que trazar las líneas de un recorrido de búsqueda. Invitar a verificar la evolución del lenguaje jurídico en la época medieval con la creación de un instrumento funcional para relacionar las corporaciones de los mercaderes; invitar a estudiar la mutación de la concepción del Cinquecento de la relación entre poder político y el derecho (pensemos a la influencia del pensamiento de nuestro Machiavelli)²²; a indagar cómo y en qué medida las *Ordonnances* francesas, funcionales al proceso de construcción de un gran estado nacional, hayan innovado lingüísticamente con respecto a la trama consuetudinaria que sustituirían²³; a cómo el Seicento se apropió del “estilo legal” representa el *passepartout* para importantes roles eclesiásticos y civiles italianos, y cómo,

²⁰ ibidem

²¹ En paralelo se va transformando el lenguaje jurídico: si v., C. Duarte, A. Martínez, *Il linguaggio giuridico*, Cagliari, Condaghes, 2000 (edición italiana revisada por) i F. Sitzia; título original *El lenguaje jurídico*, A-Z editora, Buenos Aires, 1995), en part. il cap.3, *Tendenze attuali del linguaggio giuridico*, 75 ss., que incluye el par. *Il rinnovamento del linguaggio giuridico francese*, 83 ss.

²² Campo de reflexiones di D. Guaglioni, Machiavelli e la lingua della giurisprudenza. Una letteratura della crisi, Il Mulino, Bologna, 2011, que toma en consideración autores entre fines del Quattrocento e primi del Seicento, entre otros, Guicciardini e Bodin.

²³ Cuando hablo de *Ordonnances* me refiero a aquellos articulados imponentes textos codificativos y normativos impuestos del rey absoluto Luigi XIV sobre el tema de ordenamientos del comercio, en 1673, y del ordenamiento de la navegación, en 1681. Sobre tales *Ordonnances* se ve., entre otros trabajos, M. Chiaudano, “*Ordonnance du commerce de Louis XIV*” (Marzo 1673), e “*Ordonnance de la marine de Louis XIV*” (Agosto 1681), in *N.mo Dig. It.*, vol. XII, 1976, risp.179 ss. e 181 ss.

sin embargo acompañó a refinadas reflexiones²⁴; a cómo la codificación *ottocentesca* busca hacer rígidas las normas en el recinto de una literal y definida exégesis²⁵; a cómo se desarrolla “el italiano jurídico”²⁶ también en consecuencia de aquel refinado texto no solo normativo sino literario, que es representado por nuestra Constitución (y que no casualmente fue releído por los más famosos italianistas de la época).²⁷

6.2. La metamorfosis del lenguaje en las Constituciones del segundo postguerra

El estilo de las Constituciones de la segunda postguerra merece ser evidenciado²⁸. Ser una Constitución de valores no es indiferente a su estilo lingüístico, debiendo necesariamente hablar un lenguaje comprensible y teniendo también, como lo es para nuestros principios supremos del ordenamiento constitucional, una función ‘pedagógica’ (el concepto fue utilizado por el constituyente Calamandrei).

Las Constituciones occidentales (y las Cartas internacionales de derechos) de la segunda postguerra, de sociedades traumatizadas por una terrible tragedia, expresan, con un nuevo lenguaje jurídico, una nueva fase del constitucionalismo. Términos (como “reconoce”)²⁹, expresiones (como “existencia libre y digna”)³⁰, conceptos de válvula (como “buena costumbre”)³¹ tienen contornos expresivos en ocasiones poéticos, pero son el instrumento incisivo de una nueva dimensión jurídica y de la radicación de los derechos que, no casualmente, se respaldan en los instrumentos de la rigidez constitucional.

El lenguaje jurídico constitucional evoluciona paralelamente con el mutar de las sensibilidades culturales, de los conocimientos científicos, de los problemas a los cuales el ordenamiento jurídico debe dar solución. Si comparamos las Constituciones francesa (1947), italiana (1948), alemana(1949), con aquellas griega (1975) portuguesa (1976), española (1978) y éstas y aquellas con las Constituciones de Europa del Este post 1989, podemos reconocer la evolución del lenguaje constitucional (de Constituciones que expresan todas una misma forma de Estado democrático-social³² Términos como ambiente³³, principios como aquel de la prevención,

²⁴ Piénsese a la figura y a las reflexiones de Giovanni Battista De Luca (1614-1683)

²⁵ Sobre la influencia del modelo codificador “en su acepción casi del ideal tipo del paradigma jurídico de la modernidad” se ve., para todos, P. Cappellini, B. Sordi (a cargo de), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Atti dell’incontro di studio Firenze, 26-28 ottobre 2000, Giuffrè, Milano, 2002 (la frase citada è nella Prefazione dei curatori, V)

²⁶ Aquí estamos obligados a referirnos a F. Bambi, B. Pozzo (a cargo de), *L’italiano giuridico che cambia*, Atti del Convegno, Firenze, Villa Medicea di Castello, 1° octubre 2010, Firenze, Accademia della Crusca, 2012.

²⁷ F. Bambi (a cargo de), *Un secolo per la Costituzione (1848-1948)*, Atti del Convegno, Firenze, Villa Medicea, 11 novembre 2011, Accademia della Crusca, Firenze, 2012.

²⁸ Por otra parte, un anticipo de este estilo ya se tuvo en la Constitución de Weimar del 1919.

²⁹ Entre los cuales están los artículos 2 y 5 de nuestra Constitución.

³⁰ De aquí el artículo 36, I c., Constitución

³¹ Utilizado en el artículo 21 ult. C. Constitución

³² La Constitución portuguesa, por otra parte, influenciada, por las peculiaridades del relativo proceso constituyente, de ulteriores influjos ideológicos (si v., J. Miranda, Portugallo, en E. Palici di Suni Prat, F. Cassella, M. Comba (a cargo de), *Le Costituzioni dei Paesi dell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 618 ss., que recuerda el “denso y heterogéneo proceso político de su formación”, *ivi*, 620/621).

³³ Término que no pertenece a la cultura de nuestros constituyentes que entrara en el lenguaje jurídico europeo gracias AL derecho internacional y comunitario, para luego ser recepcionado en varias constituciones (en la nuestra, como es sabido, el término ambiente aparece en la revisión (2001) art. 117 de la Constitución). Sobre la recepción en las Constituciones más modernas de la noción de ambiente se v., para todos, G. Cordini, P. Fois, S. Marchisio, *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Giappichelli, Torino, 2008, II ediz., *passim*; con particular

sintagma como aquel de tutela de género, aparecen en las nuevas Constituciones, Cartas internacionales y supranacionales o se imponen en la jurisprudencia Constitucional y ordinaria paralelamente al crecimiento de su importancia social. Fenómeno, por otra parte no nuevo, con solo pensar términos que entraron en el lenguaje común cotidiano, profundamente inherentes a nuestro contexto social y jurídico, tienen en realidad orígenes relativamente recientes. Tomemos, por ejemplo, un término que en las Constituciones democrático-sociales expresa un derecho fundamental, al mismo tiempo social y de libertad: ‘huelga’. Expresando un fenómeno recurrente, nos vemos inducidos psicológicamente a considerar que dicho término siempre haya formado parte de nuestro patrimonio lingüístico; pero en realidad -----es una relativamente reciente creación en las lenguas europeas, porque antes del proceso de industrialización las relaciones sociales no conocían aquel particular fenómeno social que hoy llamamos huelga. En los códigos italianos pre unitarios, en las primeras décadas del ochocientos, en una época donde el fenómeno social no se manifestó de manera significativa, la abstención al trabajo se describe a través de la perífrasis como aquella de la “concertación entre operarios” con el fin de “impedir” o encarecer los trabajos³⁴. La “concertación” de los códigos pre unitarios italianos, como en época contemporánea, “la *coalition* y la *combination* de las leyes francesas e inglesas, corresponden en este sentido a una denominación arcaica de lo que se irá definiendo respectivamente como “huelga”, *grève* y *strike*”³⁵. A veces, en ámbitos particularmente complejos como aquel de la tutela del ambiente, la dimensión jurídica es el producto de una amplia disciplina técnica, diferente de las tradicionales formas jurídicas para fundamento, legitimación, modalidad de producción y terminología³⁶.

6.3. El transformarse del lenguaje jurídico en la época post-moderna

Decíamos: la evolución del lenguaje jurídico sufre, en ámbitos siempre más destacados, verdaderas y propias transformaciones, paralelamente a aquellas de los procesos de estructuración de la dimensión jurídica; a las contaminaciones recíprocas siempre más recuentes entre los ordenamientos; al multiplicarse las relaciones transnacionales; al crecimiento en tales relaciones de la elección autónoma de los operadores, a través del mayor uso de contratos atípicos³⁷; al rol participativo de los grandes estudios profesionales (se ha hablado a tal fin de “mercanti del diritto”³⁸).

Son siempre más frecuentes los operadores que ‘construyen’ la disciplina de las propias relaciones a través de aquello que fue definido como un “shopping del derecho”³⁹, tomando

referencia a nuestro sistema constitucional : D. Porena, La protezione dell’Ambiente tra Costituzione italiana e <<Costituzione globale>>, Giappichelli, Torino, 2009.

³⁴ Me permito hacer referencia a O. Roselli, La dimensione costituzionale dello sciopero. Lo sciopero come indicatore delle trasformazioni sociali, Giappichelli, Torino, 2005, in part. 11 ss.

³⁵ G. C. Jocteau, L’armonia perturbata. Classi dirigenti e percezione degli scioperi nell’Italia liberale, Laterza, Roma- Bari, 1988, 22.

³⁶ Se v., a todo fin, S. Grassi, M. Cecchetti (a cargo de), Governo dell’ambiente e formazione delle norme tecniche, Giuffrè, Milano, 2006.

³⁷ Se v., a todo fin, F. Galgano, La globalizzazione nello specchio del diritto, Il Mulino, Bologna, 2005, 93 ss., que titula significativamente un capítulo del volumen, Il contratto al posto della legge.

³⁸ Celebre il ensayo de Y. Dezalay (1992), *I mercanti del diritto. Le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell’ordine giuridico internazionale*, (ediz. it. a cura di M. Raiteri), Giuffrè, Milano, 1997; referido a la experiencia norteamericana de los grandes estudios profesionales v., per tutti, A.M. Musy, *Avvocati d’affari e giuristi d’impresa: il modello nord americano*, in G. Morbidelli, P.F. Lotito, O. Roselli (a cargo de), ESI, Napoli, 2007. De un derecho “à la carte” habla M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000, 49 ss. (La cursiva está en el texto).

³⁹ Es un tema presente en la reflexión de una estudiosa como Maria Rosaria Ferrarese.

prestados institutos (de derecho sustancial y procesal) de diversos ordenamientos y reordenándolos en un collage funcional a sus variadas y cambiantes exigencias.

En ámbitos siempre más amplios, el derecho es consecuencia de las exigencias de los actores económicos, particularmente en el campo de las relaciones transnacionales. La mencionada *nuova lex mercatoria* se ve influenciada frecuentemente por una terminología inglesa, pero mientras la hegemonía económica americana se debilita (y en general la occidental) es allí donde en el lenguaje jurídico de los operadores económicos afloran términos de la potencia económica emergente: Cina⁴⁰.

Por otra parte, también la vieja *lex mercatoria*, aquella medieval, había representado la base de un lenguaje común. En ciertos ámbitos de las relaciones comerciales, algunos institutos jurídicos y disciplinas sectoriales fueron imponiéndose configurando, aunque en ámbitos circunscriptos, una especie de esperanto jurídico universal. Pienso, por ejemplo, a las normas y usos uniformes en tema de letras de crédito elaboradas a mediados de los años 50 del siglo pasado por parte de un organismo privado, la Cámara de comercio internacional de París, para disciplinar este precioso instrumento.

Tal disciplina se impuso a nivel de los operadores comerciales y del sistema bancario, al punto que aquel tipo de relaciones económicas es prácticamente imposible si no se recurre a tal disciplina: se elaboró, aun para ese ámbito limitado, un “lenguaje” normativo tendencialmente universal. Las exigencias del comercio internacional están en el origen de la actividad y del rol de UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, que podríamos resumir como un instituto de investigación en el campo del derecho privado) que promueve la colaboración entre influyentes estudiosos de los más variados países con la finalidad de alcanzar un derecho de los contratos que supere las dificultades derivadas de las tradiciones jurídicas y consienta, es el caso de mencionarlo, un común lenguaje contractual⁴¹.

Las plurales globalizaciones, transformando la relación entre las normas, el espacio y el tiempo, rediseñan profundamente los procesos ordenadores. Se abren extraordinarias posibilidades pero también complejos problemas de los cuales, la irresuelta solución, podría derivar en consecuencias dramáticas.

Con el debilitarse del contorno de las fronteras (superadas por la dimensión transnacional de las relaciones económicas; de una tecnología de capacidades planetarias; de los flujos migratorios cada vez más imponentes e irrefrenables), con un mundo en el cual están más en contacto, no solo mercadería y capitales impersonales, sino también personas de carne y hueso, con sus diferentes culturas y sistema de valores, es necesario adquirir la capacidad para no perderse en una Babel de incomunicación.

7. Las potencialidades del derecho en la época de la incomunicabilidad

Las concesiones jurídicas consolidadas ya son inadecuadas (lo que no significa inútiles, más bien insuficientes) para ordenar una realidad que es intrínsecamente heterogénea.

Ha sido escrito que el derecho incorpora la “tradición jurídica” y que esto “implica ‘un modo característico de pensar el derecho y de pensar el conocimiento del derecho’”⁴²

⁴⁰ F. Galgano, La globalizzazione nello specchio.

⁴¹ Se v., Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali 2010, (versione italiana a cura di M.J. Bonnell, en colaboración con P. Carlini Prosperetti), UNIDROIT, Roma, 2010, III edic. (Giuffré, Milano, 2011); Bonnell M. J. (a cargo de), I principi UNIDROIT nella pratica. Casistica e bibliografia riguardanti i principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali, Giuffré, Milano, 2002, ivi, 1-22, Introdcción de Bonnell (The UNIDROIT Principles in Practice. Case Law and Bibliography on The Principles of Commercial Contracts, Transnational Publishers, Inc., Ardsley, New York, 2002).

⁴² Así Legrand en la cita de M.R.Ferrarese, Le istituzioni della globalizzazione, cit., 159.

La época actual es una época no solo de ordenamientos plurales en el ámbito de los mismos sistemas de valores, sino de contigua contemporaneidad y coexistencia entre plurales tradiciones jurídicas con referencias culturales muy diversas.

Detrás de una tradición jurídica hay una historia y una cultura, y es irreal pensar que en nuestras sociedades, donde ya conviven historias y culturas diferentes, esto no se refleje en su misma dimensión jurídica.

En una época donde los confines territoriales son siempre más difusos, se corre el riesgo que se determinen “confinos internos”, mentales, psicológicos⁴³; que a un sentimiento común fatigosamente conquistado, se lo sustituya con la convivencia inestable sobre el mismo territorio de sub-comunidades no comunicadas, aisladas en el bastión de su identidad, tanto más frágil e insegura.

La época de la invasiva, ensordecedora, petulante y obsesiva comunicación, la época que relegó el silencio y las reflexiones, la meditación y la escucha de sí misma y de los otros a momentos residuales; corre el peligro de perder la capacidad de hacer entender y de relacionar a las personas, las comunidades, las culturas, de ir más allá de la diversidad, de fundar bases comunes de la con-vivencia, del vivir juntos.

Es necesario crear un circuito de ordenamientos que represente el instrumento del ‘acuerdo’, un verdadero y propio “lenguaje” del saberse entender. El derecho puede representar el instrumento de este lenguaje, el momento en el cual se acuerda lo que representa la base común de la convivencia de sociedades ya multiétnicas, multireligiosas, multiculturales; el mapa tornasolado de la dirección a la cual se orienta la sociedad.

7.1. Las bases culturales y sociales de la función del derecho en las sociedades estructuralmente no homogéneas

Obviamente, esto no puede ser más que el producto de una confrontación cultural estrecha y difícil de resultados inciertos. De hecho, no creo en la nobleza epistemológica del derecho: históricamente ha sido un instrumento de arbitraria gestión del poder y de discriminación. La naturaleza de un ordenamiento es el resultado de la base cultural de una sociedad y del tipo de respuesta que ofrece a sus propios problemas.

La pérdida de las características de homogeneidad de nuestras sociedades puede entonces ser un momento de irremediable fragmentación de las dimensiones sociales o, por el contrario, la base de una nueva raíz de los mismos derechos fundamentales y de aquellos que nuestra Corte constitucional ha definido principios supremos del ordenamiento constitucional.

Tomemos, por ejemplo, el principio de igualdad. Nuestro artículo 3,1, de la Constitución, como sabemos, dicta los siete parámetros de prohibición de discriminación: sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales. Una sola acepción iluminista (que ha sido reconocida históricamente) del parámetro de no discriminación podría resultar no suficientemente fuerte en las sociedades contemporáneas.

Apelar a la razón, al común sentido valorativo, podría no funcionar en sociedades culturalmente pluralistas, justamente en el terreno de los valores. Podrían así madurar, bajo la presión de la dificultad de resolver los problemas de convivencia, tensiones discriminatorias.

Pero es posible, a mi parecer, fundar justamente sobre la conciencia de la pérdida del carácter de homogeneidad, una renovada fuerza social y jurídica del principio de no discriminación.

⁴³ Sobre la transformación y fragilidad de las relaciones sociales en las sociedades post-modernas hay una vasta reflexión sociológica, piénsese por ejemplo en estudiosos como Bauman o Beck.

De hecho, mientras en las sociedades lingüísticamente, culturalmente, religiosamente, políticamente homogéneas, el principio de no discriminación tenía la fuerza social de las minorías y de elites culturales, hoy es posible fundar sobre bases sociales generales el principio de igualdad, y en ellas, construir el encuentro entre las culturas y la búsqueda de un fundacional sentir común.

Esta afirmación puede parecer sorprendente, pero no lo es: al devenir nuestras sociedades en multiétnicas, multiculturales, multireligiosas, se convierten en sociedades minoritarias, ya sin una mayoría predefinida, estable, con referencia a todas las situaciones sociales. Cada uno de nosotros, en el trascurso de la propia vida puede ser o devenir minoría, por motivos ya de género, ya sea de raza, ya sea de lengua, ya sea de religión, o de opiniones políticas, o de condiciones personales o sociales; por ende, cada uno de nosotros y cada comunidad tenemos un propio interés en confrontar la difusión de culturas productivas, de disciplinas jurídicas discriminatorias y participar a la construcción de un lenguaje común de los derechos. El derecho puede devenir sede, instrumento, técnica, lenguaje, en el cual se concreta ese *idem sentire*, que en caso contrario, las legítimas identidades podrían impedir.

Se nos presenta el problema de un "lenguaje transnacional de los derechos"⁴⁴, diría resumidamente, de un 'lenguaje transnacional de los derechos y de las responsabilidades. Lenguaje jurídico que no debe ser entendido como pretensión irreal de construcción de un sofocante y único lenguaje normativo, nivelador de toda diferencia, sino de la capacidad de construir un nivel de ordenamiento en grado de proveer situaciones comunes y además instrumentos para poder comunicar los lenguajes jurídicos identitarios.

Por otra parte, la lengua común no impide la preservación de identidades lingüísticas locales y una misma lengua puede manifestarse en una pluralidad de dialectos. En varias épocas históricas un *jus commune* se puso a la par y no sobrepuesto a una trama plural de ordenamientos locales o sectoriales, permitiendo así a las personas y a las comunidades una vastísima oportunidad de relaciones. Un poco como está sucediendo entre una trama plural de ordenamientos transnacionales y los mismos ordenamientos nacionales.

Pero todo esto necesita de una gran contribución por parte de una renovada, no esclerótica cultura jurídica y nos pone, a nosotros juristas, y particularmente a las futuras generaciones de juristas, frente a una gran responsabilidad.

⁴⁴ Utiliza esta fórmula M.R.Ferrarese, *il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, il Mulino, Bologna, 2002, in part. 135 s.