

EL LEÓN DE MÜNCHAUSEN vs. EL GATO DE SCHRÖDINGER: FUNDAMENTACIÓN CUÁNTICA DE LA OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE

POR:
JEFFERSON CONTRERAS SERRANO

Resumen: El presente trabajo pretende proponer una fundamentación de la obligatoriedad del precedente judicial, capaz de superar los desafíos del trilema de Münchhausen, a partir de la Interpretación de Copenhague de la mecánica cuántica y la hermenéutica filosófica.

Palabras clave: Precedente judicial, Hermenéutica, Trilema de Münchhausen, Mecánica cuántica, Interpretación de Copenhague.

Abstract: This essay attempts to propose a fundamentation of the obligatoriness of the judicial precedent, capable enough to overcome the challenges of the Münchhausen trilemma, based on philosophical hermeneutics and quantum mechanics, according to the Copenhagen Interpretation.

Key words: Precedent, Hermeneutics, Münchhausen trilemma, Quantum mechanics, Copenhagen's Interpretation.

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS “LAUREANO GÓMEZ
SERRANO”
MAYO DE 2012**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	3
1. EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE	4
1.1. ¿A qué se refiere el “precedente judicial”?	5
1.2. ¿A qué se refiere la “obligatoriedad del precedente”?	6
1.3. Tres ejemplos de creación judicial de derecho	9
1.4. El trilema de Münchhausen	16
1.5. Refutación de tres tesis que defienden la obligatoriedad del precedente	17
2. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA A LA LUZ DE LA MECÁNICA CUÁNTICA	24
2.1. La <i>Escuela</i> de Copenhague	27
2.2. <<De la interferencia a la probabilidad>>: Schrödinger	28
2.3. <<Vivimos en la incertidumbre>>: Heisenberg	31
2.4. El <i>gato</i> está vivo y muerto al mismo tiempo	33
3. INTERPRETAR ES SIGNIFICAR: CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO	36
3.1. El mundo es lenguaje	36
3.2. La corrección no es una cuestión de correspondencia	37
3.3. Límites de la interpretación y de la creación judicial de derecho	40
3.4. Superación hermenéutica del trilema de Münchhausen	41
BIBLIOGRAFÍA	45

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo es un producto del proyecto “*Precedente en Seguros del Tribunal Superior de Bucaramanga*”, y su objetivo general es proponer una fundamentación de la obligatoriedad del precedente judicial en general, capaz de superar los desafíos del trilema de Münchhausen, a partir de la Interpretación de Copenhague de la mecánica cuántica y la hermenéutica filosófica. En ese orden de ideas, las conclusiones del presente trabajo se plantan en los prados de la teoría general del derecho.

El punto de partida del ensayo es la prístina consideración del precedente judicial y la interpretación jurídica como fenómenos físicos a los que les son aplicables algunos principios de la física cuántica. La tesis del ensayo consiste en que el precedente judicial es obligatorio porque los jueces, al interpretar las normas jurídicas, crean derecho, puesto que el texto legal carece de significado antes de ser interpretado. A esta conclusión se llegará tras estudiar el fenómeno de la interpretación jurídica a la luz de algunos preceptos de la Interpretación de Copenhague de la mecánica cuántica.

La justificación del ensayo parte del planteamiento de la siguiente pregunta: ¿Por qué es obligatorio el precedente judicial? Aun existiendo –como existen– ríos de tinta sobre el tema de la obligatoriedad del precedente en general, el presente trabajo se justifica en la medida en que la mayoría de las tesis que soportan tal idea incurren en alguno de los tres cuernos del trilema de Münchhausen, planteado por Hans Albert, sobre el problema de la fundamentación de todo enunciado.

Por esta razón, en la primera parte del ensayo definiremos previamente los términos “precedente” y “obligatoriedad” y observaremos tres ejemplos de creación judicial de derecho; seguidamente plantearemos el problema de la fundamentación de la obligatoriedad del precedente, describiendo brevemente en qué consiste el trilema de Münchhausen y cómo tres de las principales teorías jurídicas que defienden la obligatoriedad del precedente incurren en alguno de sus cuernos.

Puesta en evidencia la necesidad de reformular la defensa de la tesis de la obligatoriedad del precedente, en la segunda parte del ensayo veremos que el precedente judicial se comporta como fenómeno físico, estudio que se abordará a partir de la Interpretación de Copenhague de la mecánica cuántica, describiendo

algunos de sus postulados principales, los cuales aplicaremos al campo de la interpretación jurídica, para concluir que existe indeterminismo en la interpretación judicial debido a las relaciones de incertidumbre que gobiernan la función del intérprete, y que todo acto de interpretación jurídica supone colapsar el sistema del texto legal para introducirle contenido a una norma cuyo cascarón vacío requiere ser llenado para poder ser aplicada al caso concreto.

Finalmente, en la tercera parte del ensayo explicaremos qué significa atribuirle significado a la norma y cómo el juez crea derecho mediante la interpretación de las mismas; veremos cuáles son los alcances y efectos de la creación judicial de derecho, y terminaremos argumentando por qué nuestra propuesta supera hermenéuticamente el trilema de Münchhausen, y se erige como una fundamentación válida de la obligatoriedad del precedente judicial.

1. EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE

El problema de la fundamentación de la obligatoriedad del precedente judicial equivale al problema de la creación judicial de derecho o de la consideración del precedente como fuente formal¹; por ello, la pregunta: ¿Es obligatorio el precedente?, equivale a preguntarnos: ¿El juez crea derecho?, ¿Es el precedente fuente formal?

Alrededor de dichas preguntas, que constituyen los pies de un trípode, se han escrito bibliotecas enteras y, a pesar de ello, no existe aún unanimidad en la comunidad jurídica respecto al valor del precedente y su papel en el sistema de fuentes².

A lo anterior debemos sumarle que la mayoría de los trabajos que han abordado el problema lo han hecho desde una perspectiva netamente jurídica, principalmente a partir de la teoría del derecho, razón por la cual la validez de sus conclusiones reposa sobre unas premisas cuya fundamentación es insatisfactoria. Explicar un

¹ “Por fuente formal entendemos los procesos de creación de las normas jurídicas” (Eduardo GARCÍA MÁYNES, *Introducción al estudio del derecho*, 45ª ed., México, Porrúa, 1993, p. 51).

² Por poner sólo un ejemplo, véase la discusión en el ámbito nacional que presenta Carlos Bernal Pulido en: *La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano*, en: *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, Cap. 6.

fenómeno jurídico a partir del fenómeno jurídico mismo es, ciertamente, incurrir en una argumentación circular o petición de principio³.

La incapacidad de fundamentar la obligatoriedad del precedente de algunos trabajos que la defienden se hace patente cuando resultan falibles a la luz del trilema de Münchhausen, el cual estudiaremos a continuación, no sin antes hacer una precisión sobre el significado y alcance de los términos “precedente” y “obligatoriedad”, y observar tres casos concretos de creación judicial de derecho en Seguros.

1.1. ¿A qué se refiere el “precedente judicial”?

¿Qué es el precedente judicial? ¿Es lo mismo que “jurisprudencia”? Y aún más: ¿En qué se diferencian éstos del término “sentencia”? Tenemos pues tres términos equívocos, indistintamente usados en la práctica judicial nacional. Comencemos por el tercero.

Según nuestra dogmática procesal, una *sentencia* es una clase de providencia judicial estructurada en cuatro partes: i) identificación, ii) fáctica, iii) motiva y iv) resolutive (*decisum*); sus efectos, por regla general, sólo son obligatorios entre las partes que han intervenido en juicio⁴. De estas cuatro, la más importante es la parte motiva, en la cual están los argumentos o razones de la decisión (*ratio decidendi*), los cuales se distinguen de los meros dichos de paso (*obiter dicta*)⁵.

La distinción de las partes de la sentencia es fundamental para distinguirla del término *jurisprudencia*, el cual puede definirse como la interpretación o el conjunto

³ Falacia consistente en “no demostrar el objeto en cuestión” (ARISTÓTELES, *Tratados de lógica (El Organón)*, 11ª ed., México, Porrúa, trad. Patricio de Azcárate, 2004, p. 190), o bien “demostrar por sí misma una cosa que por sí misma no puede ser conocida” o no es evidente (ibíd., p. 191), esto es, dar por hecho aquello que se pretende demostrar.

⁴ Esta regla general de derecho procesal la encontramos en el artículo 17 del Código Civil (CC), expresada por los romanos en la consigna: *res judicata inter alios aliis nequer nocere neque prodesse potest*, y se refiere a la fuerza relativa de las decisiones judiciales la cual, por desarrollo posterior de la exégesis francesa, está relacionada con la teoría del legítimo contradictor. Existen al menos 2 excepciones a esta regla general: i) las sentencias de constitucionalidad que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional (artículo 243 constitucional) y ii) los juicios sobre filiación, en cuanto tocan con el estado civil de las personas (CC, art. 401).

⁵ Esta distinción entre *decisum* y *ratio* da lugar a la tesis del efecto relativo de la parte resolutive de las sentencias y el efecto absoluto de la *ratio*, sostenida por parte de nuestra doctrina (Diego LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2006, Parte I) y jurisprudencia nacionales (véanse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional: SU-047/99 (M.P. Carlos Gaviria y Alejandro Martínez) y C-836/01 (M.P. Rodrigo Escobar)).

de interpretaciones que hacen los jueces del derecho, y que sirven de fundamento (*ratio decidendi*) para resolver el caso concreto, así como la decisión o el conjunto de decisiones que contienen dichas interpretaciones⁶.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia se encuentra en la parte motiva de la sentencia; ésta viene a ser el vehículo, el medio, y aquélla una parte de su contenido. Ahora, en el sistema de derecho continental (*Civil Law*) –al cual pertenece Colombia- no existen diferencias esenciales entre los términos *jurisprudencia* y *precedente judicial*, como sí ocurre en los países de derecho anglosajón o *Common Law*⁷ ⁸. Por esta razón, el significado del término *jurisprudencia* equivale -para efectos del presente trabajo- al del término *precedente judicial* (en adelante *precedente*).

1.2. ¿A qué se refiere la “obligatoriedad del precedente”?

Tal como se dijo al comienzo de esta primera parte⁹, puesto que la obligatoriedad es la propiedad que distingue a las normas jurídicas de las demás normas (como las morales), la obligatoriedad del precedente o de la jurisprudencia no corresponde sino a su consideración como fuente formal¹⁰.

⁶ Esta definición corresponde a las acepciones segunda y tercera suministradas por la 22ª edición del DRAE (“*Conjunto de sentencias de los tribunales y doctrina que contienen*” y “*Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes*”, respectivamente). Se ha descartado la primera acepción (“*Ciencia del derecho*”), porque dicha definición no corresponde en estricto sentido al uso que se le da al término en el sistema de derecho continental, sino que es propia del *Common Law*.

⁷ En el *Common Law*, una cosa es la Jurisprudencia (*Jurisprudence*) y otra muy distinta es el Precedente (*Precedent*). La *Jurisprudence* es equivalente a lo que nosotros conocemos como Teoría y Filosofía del Derecho, mientras que el *Precedent*, de acuerdo con el *Black’s Law Dictionary* (fuente de autoridad secundaria en muchos casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos) es “*An adjudged case of decision of a court of justice, considered as furnishing an example of authority for an identical or similar case afterwards arising or a similar question of law*” (*Black’s Law Dictionary*, 2ª ed., p. 928; en la web: <http://blackslawdictionaryonline.com/blacks-law-dictionary-read-online/>, fecha de consulta 2 de marzo de 2011).

⁸ Ello, sin embargo, no quiere decir que en todos los países del *Civil Law* exista consenso sobre el significado de Jurisprudencia y Precedente. Un caso particular constituye Alemania, en donde el término jurisprudencia admite diversos significados: por un lado (*rechtsprechung*), alude a la referida actividad judicial, y por otro (*jurisprudenz* o *rechtswissenschaft*) significa Ciencia del derecho, la cual a su vez admite diversos contenidos semánticos. Larenz, por ejemplo, equipara la *Jurisprudenz* (Ciencia del derecho) a la Dogmática jurídica (Ciencia del derecho en sentido estricto). Al respecto véase: Cfr. Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho* (1979), 2ª ed., Barcelona, Ariel, trad. M. Rodríguez Molinero, 1994, pp. 8 y 177 ss.

⁹ Ver *supra*, p. 4.

¹⁰ Ver *supra*, nota 1. Constituye una tautología hablar de fuentes formales –y por ende de normas jurídicas- “obligatorias”, puesto que lo segundo deviene de la esencia de las primeras.

La metáfora hidrológica nos convoca a preguntarnos si en la jurisprudencia efectivamente se crean normas jurídicas, o mejor, si la jurisprudencia es *obligatoria* (precisando que no nos referimos como tal al *decisum* de la sentencia, sino a la *ratio*). La respuesta es sí, y a esta conclusión llegaremos al final del ensayo.

Si le hiciéramos la pregunta a un ilustrado de finales del siglo XVIII e inicios del XIX, probablemente nos respondería que es inconcebible que los jueces creen derecho en virtud de los principios democrático y de separación de los poderes¹¹.

Aún existen en la actualidad personas muy ilustradas, es decir, que siguen pensando al igual que aquellos del siglo XVIII, alabando las *virtudes pasivas* del funcionario judicial. No obstante, los que consideran la adjudicación como un procedimiento netamente lógico, que el razonamiento jurídico se agota en el silogismo judicial y que la labor del juez se reduce a repetir el texto de la ley, como diría Kaufmann, “*se asemejan a los fumadores en nuestros días: ellos lo hacen en verdad, pero no encuentran en esto el mismo placer de antes*”¹².

Excusándonos, por lo pronto, de no fundamentar la obligatoriedad del precedente –puesto que ésta es precisamente la tesis del trabajo–, nos referiremos a ella como un supuesto hipotético para poder precisar cuáles son los efectos y alcances de dicha afirmación.

Si el precedente es fuente formal se sigue que los jueces crean normas jurídicas, que, como tales, tendrán unos efectos espaciales y temporales delimitados por el sistema jurídico al cual pertenezcan¹³. Aquí se entra de lleno en el espinoso terreno de determinar cuál es el alcance de las decisiones judiciales, en donde no vamos a rebatir la multiplicidad de criterios existentes, algunos de ellos sustentados injustificadamente en argumentos de autoridad¹⁴. Baste aquí traer a

¹¹ Ello se resume en el famoso pasaje de Montesquieu: “*Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma*” (*El espíritu de las leyes*, Libro XI, Capítulo VI, México, Oxford University Press México, 1999, p. 112).

¹² Arthur KAUFMANN, *Filosofía del derecho* (1997), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, trad. L. Villar Borda y A. Montoya, 1999, p. 113.

¹³ Sin ánimo de entrar en discusiones teóricas sobre la definición de sistema jurídico, entiéndase por éste aquel “*Conjunto de normas que están en vigor en determinado lugar y época*” (Eduardo GARCÍA MÁYNES, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1996, p. 187).

¹⁴ Como en el caso de algunas decisiones de la Corte Constitucional colombiana que se ha caracterizado porque es ella misma quien determina los alcances de sus fallos alegando que “*entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni*

colación las ideas de la verticalidad y horizontalidad del precedente¹⁵, así como la idea del cambio jurisprudencial, relativas respectivamente a los alcances espaciales y temporales de la obligatoriedad del precedente.

Desde una óptica espacial: ¿Dónde es obligatorio el precedente? En la jurisdicción del juez que lo ha sentado, atendiendo a la estructura y organización del órgano judicial¹⁶, y en el caso del precedente en Seguros del Tribunal Superior de Bucaramanga, éste rige para el distrito judicial de Bucaramanga.

Atendiendo a los destinatarios de su fuerza vinculante: ¿Para quién(es) es obligatorio el precedente? Desde un punto de vista vertical (precedente vertical), el precedente rige para los jueces de inferior jerarquía que pertenezcan a la misma jurisdicción; por otro lado, desde un punto de vista horizontal (precedente horizontal), éste obliga al mismo juez (sea individual o colegiado) que lo profirió.

Por último, desde un punto de vista temporal: ¿Desde y hasta cuando obliga el precedente? Como en Colombia, por ejemplo, no existen normas constitucionales o legales que regulen la vigencia del precedente (puesto que ni la Constitución ni la legislación reconocen el carácter de fuente formal del precedente), las mismas reglas relativas al uso del precedente señaladas por Alexy¹⁷, nos permiten inferir

una hoja de papel" (sentencia C-113/93), aun cuando ello signifique conceder a las sentencias efectos no previstos ni en la constitución ni en la ley, como en el caso de las llamadas sentencias "integradoras", en donde se desfigura la imagen kelseniana del tribunal constitucional como legislador meramente negativo, para pasar a adicionar las leyes (sentencia C-1037/03); imponer reglas sobre temas específicos no regulados por el legislador (como en el caso de la regulación de la caducidad del dato negativo en relación con el *habeas data* antes que fuera regulado por la Ley 1266 de 2008); condiciona la interpretación de normas jurídicas a ciertas circunstancias que el mismo tribunal establece, como en el caso de la despenalización del aborto en tres casos (C-355/06); difiere en el tiempo los efectos de sus fallos (C-700/99), y exhorta a otras ramas del poder público a regular ciertas materias (como el matrimonio entre parejas homosexuales, en donde la Corte le dio plazo hasta el 20 de junio de 2013 al Congreso de la República para legislar sobre el tema).

¹⁵ Las ideas de precedente vertical y horizontal se pueden encontrar en: LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces*, op. Cit.

¹⁶ Estructura que, en el caso de Colombia, por ejemplo, se difumina en tratándose de asuntos de derechos fundamentales en la medida en que todos los jueces son de tutela; el mayor problema que aquí se presenta es respecto a la competencia de la Corte Constitucional para revocar por vía de revisión de tutela decisiones de las corporaciones de cierre de las distintas jurisdicciones, especialmente las de la Corte Suprema de Justicia y la Sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado.

¹⁷ Alexy enuncia dos reglas relativas al uso de los precedentes –que son criterios, entre otros, de corrección de la decisión judicial-, a saber: i) "cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse" y ii) "quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación" (Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), 2ª ed., Madrid, CEPC, trad. M. Atienza e I. Espejo, 2007, p. 265).

que el precedente obliga desde la ejecutoria de la sentencia que lo establece y hasta que otra sentencia ejecutoriada lo cambie.

En ese orden de ideas, en tanto el precedente es fuente formal –como se verá a lo largo del ensayo-, los jueces están vinculados a él y, por consiguiente, tienen el deber de conocer y obedecer tanto su propio precedente (precedente horizontal), como el precedente vertical, y, en caso que quieran apartarse, deben satisfacer la carga de la argumentación.

1.3. Tres ejemplos de creación judicial de derecho

Determinados los alcances de la obligatoriedad del precedente, veamos ahora tres ejemplos de creación judicial de derecho, los cuales hemos tomado del Tribunal Superior de Bucaramanga (Colombia) sobre derecho de seguros¹⁸, relacionados con: *i*) el derecho de la aseguradora que se subroga en los derechos del asegurado a reclamar la corrección monetaria sobre la indemnización pagada al asegurado por la ocurrencia del siniestro, *ii*) la ilicitud de las cláusulas de deducible abusivas y el deber de las aseguradoras de abstenerse de pactarlas, y *iii*) la inexistencia de prescripción extraordinaria en el seguro de responsabilidad.

1.3.1. Ejemplo 1: Corrección monetaria en materia de subrogación

Es probablemente el caso más representativo de creación judicial de derecho en materia de seguros por parte del Tribunal Superior de Bucaramanga (en adelante el Tribunal), debido a que no sólo contrarió un conocido y reiterado precedente que la Corte Suprema de Justicia colombiana sostuvo por más de veinte años, desde 1981 hasta el 2005¹⁹, sino porque, además, la Corte misma acogió luego la tesis del Tribunal, dando paso a un cambio jurisprudencial a nivel nacional, cuya tesis sigue actualmente vigente.

La situación es la siguiente: en virtud del artículo 1096 del Código de Comercio colombiano (en adelante CCo), cuando las aseguradoras indemnizan al asegurado

¹⁸ La razón por la cual se han tomado ejemplos de dicha corporación sobre tal tema es porque el presente trabajo es producto del proyecto de investigación llamado “*Precedente en Seguros del Tribunal Superior de Bucaramanga*”.

¹⁹ Para la muestra véanse las siguientes sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia: *i*) 22 Ene. 1981, G.J. CLXVI, *ii*) 6 Ago. 1985, G.J. CLXXX, *iii*) 23 Sep. 1993, G.J. CCXXV, *iv*) 13 Oct. 1995, G.J. CCXXXVII, M.P. Héctor Marín Naranjo y *v*) 25 Ago. 2000, M.P. Manuel Ardila Velásquez. El cambio jurisprudencial en que la Corte acoge la tesis del TSB se da en la sentencia: 18 May. 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

por la ocurrencia del siniestro y se verifica la validez del pago, aquéllas se subrogan en los derechos de éste y “*hasta la concurrencia de su importe*”, lo que en términos castizos significa que la aseguradora entra a ocupar el lugar del asegurado, lo reemplaza, y tiene derecho a cobrarle al responsable del siniestro, pero únicamente hasta el monto que le desembolsó al asegurado.

El problema se suscita en torno a la corrección monetaria en el sentido de si la aseguradora subrogataria tiene derecho a pedir la actualización o indexación de la suma pagada al asegurado a título de indemnización por la ocurrencia del siniestro. La Corte Suprema de Justicia consideraba que eso no era posible puesto que el artículo 1096 del CCo es claro al señalar que la aseguradora sólo se subroga “*hasta la concurrencia de su importe*”, razón por la cual no puede pedir <<ni un peso más>> del pagado al asegurado, denegando por consiguiente la corrección monetaria.

Por el contrario, el Tribunal consideró que sí hay derecho a reclamar la indexación referida porque ésta se trata “*de un derecho propio* [de la aseguradora] y *no de un derecho que le haya sido subrogado*”²⁰. Ello se debe a que quien realmente sufre un perjuicio por el envilecimiento de la moneda no es el asegurado (puesto que éste al fin y al cabo ya fue indemnizado), sino la aseguradora, quien desde el momento en que desembolsa el dinero empieza a sufrir las consecuencias gravosas de la pérdida de valor del mismo, en la medida en que mientras más tiempo trascorra hasta su reembolso, mayor será el perjuicio.

Desconocer la corrección monetaria del importe pagado por la aseguradora subrogataria viola la finalidad de la norma, cual es la de proteger a la víctima en tanto que si el daño sufrido por el asegurado es mayor a la indemnización pagada por la aseguradora, aquél mantiene aún el derecho a reclamarle al responsable del siniestro los daños que la indemnización no alcance a cubrir, como por ejemplo el monto correspondiente al deducible de la póliza, junto con la respectiva actualización dineraria del guarismo. Pero el asegurado jamás podrá reclamar corrección monetaria por el dinero que le desembolsó la aseguradora porque “*sería un despropósito (...). Y la razón es muy sencilla: nadie está legitimado para cobrar un perjuicio que no ha sufrido*”²¹. Impedir el cobro de la corrección monetaria equivale a violar la teleología de la norma porque:

Al no permitirse al asegurador el cobro de la corrección monetaria, ningún favor se hace a la víctima [quien ahora es la aseguradora misma, puesto

²⁰ Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil, 5 Jul. 1994, M.P. Antonio Bohórquez.

²¹ Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil, 14 Ago. 2001, M.P. Antonio Bohórquez, p. 10.

que ésta vino a ocupar el lugar del asegurado en virtud de la subrogación], como quedó demostrado, sino al victimario [responsable del siniestro], quien por el transcurso del tiempo resulta lucrándose, en la misma medida en que el dinero pierda valor y, estaría, por supuesto, interesado en dilatar el pleito, debido a que entre más tiempo pase, menos dinero real tendrá que pagar²².

Así, el Tribunal sienta una regla jurisprudencial que *prima facie* no está contemplada en la legislación sino, *a contrario*, su tenor literal la contradice. No obstante ello, la interpretación del Tribunal es acogida por la Corte Suprema de Justicia, quien tras analizar que la corrección monetaria no altera el equilibrio contractual sino tan solo cumple la función de preservar el poder adquisitivo de la moneda, concluye:

le asiste razón a la doctrina y también al Tribunal, cuando afirman que no conceder la corrección monetaria al asegurador, quien de ordinario recibe el importe respectivo años después del pago originario, es lisa y llanamente auspiciar el enriquecimiento del responsable del daño, quien se vería favorecido por esta vía, sin justificación alguna²³.

Vemos así un primer ejemplo de creación judicial de derecho por parte del Tribunal en materia de seguros, al establecer la procedencia de la corrección monetaria de la indemnización pagada por la aseguradora que se subroga en los derechos del asegurado, a partir de una interpretación que excede los términos de la expresión “*hasta la concurrencia de su importe*” contenida en el 1096 del CCo.

1.3.2. Ejemplo 2: Ilícitud de una cláusula de deducible abusiva

En sentencia del 18 de septiembre de 2002, con ponencia del magistrado Antonio Bohórquez, el Tribunal declaró la nulidad absoluta de una cláusula de deducible por objeto ilícito, pues consideró que tal como estaba redactada en la póliza, ésta comportaba un abuso del derecho por parte de la aseguradora, puesto que jurídicamente implicaba una condonación del dolo futuro o culpa grave, dispensa prohibida por el artículo 1522 del Código Civil colombiano (en adelante CC), y que al estar prohibida por la ley su objeto era ilícito (CC, art. 1523), ameritando la sanción impuesta, a saber: la nulidad absoluta (CC, art. 1741).

²² Ídem.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 May. 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, exp. 832, p. 36.

Fácticamente el caso se resume así: el Fondo Ganadero de Santander tomó un seguro que amparaba, entre otros, el riesgo de actos malintencionados de terceros (“amit”), buscando proteger un conjunto de bienes geográficamente distribuidos en cinco municipios del departamento de Santander (Colombia), cuyo valor total ascendía a más de dos mil setecientos millones de pesos. En la póliza se pactó un deducible del 25%, y un deducible mínimo del 3%, del valor total asegurado (alrededor de \$81'000.000).

Materializado el riesgo con dos bombas en desarrollo de ataques terroristas que causaron daños por \$87'000.000 a dos de los inmuebles asegurados en dos días sucesivos pero distintos, la aseguradora objetó la reclamación alegando que se trata de dos siniestros distintos, que individualmente considerados no alcanzaban a cubrir el deducible mínimo de \$81'000.000.

Ajustada la interpretación de la aseguradora a la cláusula de deducible, el *a quo* denegó las pretensiones de la demanda. Sin embargo, en segunda instancia el Tribunal consideró que, si bien la decisión del *a quo* estaba conforme al contrato, lo cierto es que la cláusula de deducible era abusiva porque, en la práctica, dejó desprotegidos gran parte de los bienes asegurados desde el mismo momento en que se contrató la póliza, mientras que la aseguradora sí se lucró la prima pagada por el Fondo.

El estado de desprotección en que quedaron los bienes “asegurados” tras la contratación de la póliza se debía a tres razones: primero, porque muchos de los bienes asegurados valían menos del deducible mínimo del 3%, de modo que cualquier daño causado por un siniestro sobre tales bienes corría por cuenta del asegurado; segundo, porque al encontrarse geográficamente distantes, era físicamente imposible que todos resultaran afectados con un mismo siniestro, de modo que aun cuando se produjeran daños en todos los bienes, cada uno de éstos se tomaría como un siniestro por separado que no alcanzaría a cubrir el deducible mínimo, y tercero, porque a la luz del 1103 del Código de Comercio (CCo), el asegurado no podía contratar un seguro adicional para cubrir los riesgos que quedaban desprotegidos con la cláusula de deducible.

Implícitamente el Tribunal realiza una interpretación teleológica del contrato de seguro y encuentra que éste no estaba cumpliendo con su causa, entendida ésta, desde un punto de vista objetivista –corriente a la cual se adscribe el magistrado

ponente²⁴-, como la “función económico-social *del negocio entero*”²⁵, que a su vez es su función típica, cual es en el contrato de seguro la de “*satisfacer necesidades colectivas eventuales*”²⁶ en el sentido de trasladar riesgos eventuales y potencialmente dañosos al patrimonio de un sujeto calificado llamado aseguradora, a cambio del pago de un precio llamado prima. En el caso concreto no se cumplía la función del seguro puesto que, como se expuso en las tres razones de arriba, “*la parte asegurada deb[ía] cubrir primas por riesgos que, en realidad de verdad no est[aban] cubiertos*”²⁷.

Ahora bien, el carácter novedoso de la decisión no estriba tanto en el desarrollo de una teoría del abuso del derecho para resolver casos –puesto que ésta ha sido utilizada en Colombia en varias oportunidades por la Corte Suprema de Justicia desde la década de los 30²⁸-, como en su aplicación para la declaratoria de ilicitud de una cláusula, en apariencia inocua y perteneciente exclusivamente a la esfera de la autonomía privada y la libertad contractual de la aseguradora, como es la cláusula de deducible.

El Tribunal reconoce que su decisión es contraria al principio *pacta sunt servanda*, expresado en la fórmula del 1602 del CC “*el contrato es ley para las partes*”, y al principio de legalidad según el cual los particulares pueden hacer todo lo que no esté legalmente prohibido. En efecto, partiendo de que no está legalmente prohibido estipular cláusulas de deducible sino, al contrario, la misma legislación las permite, y que las partes mismas estipularon autónomamente en el contrato tal deducible, y no estando éstas viciadas por algún tipo de ineficacia, no le es dable –en principio- al juez desconocer el texto del contrato, concretamente la cláusula de deducible, para resolver el caso, mucho menos fallar en contra suya.

²⁴ Para la muestra véase: Antonio BOHÓRQUEZ ORDUZ, *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*, V. I, 3ª ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2004, caps. I-III.

²⁵ Emilio BETTI, *Teoría general del negocio jurídico* (1943), Madrid, Revista de Derecho Privado, trad. A. Martín Pérez, 1959, p. 141, cursivas son del original.

²⁶ Natalio MURATTI, *Elementos económicos, técnicos y jurídicos del seguro*, 2ª ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1955, p. 14. Aquí se recoge la tesis de la necesidad como criterio unificador del contrato de seguro, propuesta por el alemán Alfredo Manes y defendida, entre otros, por Isaac Halperin (*El contrato de seguro (seguros terrestres)*, Buenos Aires, TEA, 1946, p. 21) y J. Efrén Ossa (*Tratado Elemental de Seguros*, 2ª ed., Bogotá, Lerner, 1963, pp. 33 y ss).

²⁷ Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil, 18 Sep. 2002, M.P. Antonio Bohórquez, p. 11.

²⁸ Véanse, entre otras, las sentencias del 21 de febrero de 1938, 24 de marzo de 1939 y 9 de abril de 1942.

Sin embargo, el Tribunal pondera tales principios con los de abuso del derecho - “*nadie puede abusar de sus propios derechos*”²⁹-, buena fe, orden público, equilibrio contractual y legítimas expectativas, para afirmar que en el caso concreto el derecho de la aseguradora a establecer libremente cláusulas de exclusiones de riesgo y de deducibles se *desvió* (por utilizar el término de Josserrand)³⁰ de su función social, puesto que “*el pacto de deducible quedó más allá de límites razonables y la parte asegurada sin protección en buena parte de sus bienes*”³¹, razón por la cual la aseguradora abusó de su derecho a determinar autónomamente el pacto de deducible contenido en la póliza.

El Tribunal crea derecho en la medida en que aun cuando la ley no lo diga, le advierte a las aseguradoras el deber de abstenerse de redactar cláusulas de exclusiones de riesgo y de deducible que se desvíen de la función del seguro haciéndolo una figura irrisoria, al tiempo que se lucran con el cobro de una prima que en realidad no está cubriendo riesgo alguno, so pena de incurrir en un abuso del derecho que desembocará en la nulidad de la disposición contractual.

1.3.3. Ejemplo 3: Inexistencia de prescripción extraordinaria en seguros de responsabilidad

El último ejemplo es el de una regla jurisprudencial creada por el Tribunal mediante sentencia del 6 de octubre de 2004, con ponencia del magistrado Antonio Bohórquez, según la cual en materia de seguro de responsabilidad civil no existe la prescripción extraordinaria, conclusión a la que llega tras una interpretación sistemática de los artículos 1081 y 1131 del CCo, relativos a los términos de prescripción en materia de seguros en general y al momento en que empieza a correr la prescripción en la esfera particular de los seguros de responsabilidad, respectivamente³².

²⁹ “(...) *Son deberes de la persona y del ciudadano: 1) Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*” (Constitución Política de Colombia, artículo 95, negrillas son propias).

³⁰ “*El abuso del derecho se nos presenta, pues, en definitiva, a lo menos en su concepto moderno, como una desviación del derecho*” (Louis JOSSERAND, *Relatividad y abuso de los derechos*, en: *Cinco conferencias*, Bogotá, Editorial Cromos, trad. Carlos Valencia Estrada, 1943, p. 77, cursivas son del original).

³¹ Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil, 18 Sep. 2002, M.P. Antonio Bohórquez, p. 9.

³² ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. *La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

La razón es la siguiente: como el 1131 del CCo no establece término de prescripción, éste remite necesariamente al 1081, en donde surge la pregunta: ¿cuál es el término de prescripción en los seguros de responsabilidad? En el caso del asegurado, como el siniestro se entiende ocurrido a partir de la reclamación – judicial o extrajudicial- de la víctima, se tiene que el asegurado “*jamás podrá decir que conoció después el hecho*”³³, razón por la cual el término será el de 2 años (prescripción ordinaria).

En el caso de la víctima el razonamiento es distinto, puesto que existe la siguiente contradicción: “*Si tomamos el término de dos años, contados a partir del día en que conozca el hecho, iremos en contravía de lo dispuesto por el artículo 1131, reformado, que ordena contar el término de prescripción a partir de la fecha en que ocurra el hecho imputable al asegurado. Pero si tomamos el término de cinco años, que es el que se cuenta a partir del hecho, caeríamos en el problema de que estaríamos aplicando el término excepcional a la situación general en la que se halla la víctima*”³⁴.

El Tribunal resuelve la antinomia aplicando la regla hermenéutica de la norma especial (contenida en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887), señalando que se debe aplicar preferentemente el 1131 del CCo puesto que es una norma especial en materia de seguro de responsabilidad, frente al 1081 que es más general. Por esta razón “*el término que ha de contarse es el de dos años, lisa y llanamente a partir de la ocurrencia del hecho, pues es lo que dice la norma, haya tenido o no conocimiento de él la víctima*”³⁵.

Y, como tanto para el asegurado como para la víctima el término es el de dos años y no el de cinco, se tiene que en el seguro de responsabilidad no existe la prescripción extraordinaria (porque el término de ésta es de cinco años, según el 1081 del CCo).

ARTÍCULO 1131. <OCURRENCIA DEL SINIESTRO>. <subr. art. 86, L. 45/90>. *En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.*

³³ Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil, 6 Oct. 2004, M.P. Antonio Bohórquez, p. 8.

³⁴ *Ibidem*, p. 9.

³⁵ *Ídem*.

De esta manera hemos visto tres ejemplos de creación judicial de derecho, y vamos ahora a entrar en la materia que nos ocupará a lo largo del ensayo: la fundamentación de la obligatoriedad del precedente, señalando previamente los desafíos que plantea el trilema de Münchhausen respecto al problema que nos convoca.

1.4. El trilema de Münchhausen

El trilema lo plantea Hans Albert³⁶ (1921), discípulo de Karl Popper (1902-1994), ambos exponentes de la corriente del “racionalismo crítico”. También es llamado “trilema de Agripa”, por el nombre del filósofo escéptico griego a quien se le atribuye la autoría de *“Los cinco caminos de la duda”*, entre los cuales se cuentan algunos de los tres cuernos del trilema de Münchhausen.

El trilema debe su nombre a Karl Friedrich Hieronymus, barón de Münchhausen (1720-1797), un noble alemán que pasó a la historia, no tanto por haber servido al ejército ruso en varias campañas contra los turcos hasta 1750, sino por sus relatos fantásticos a su regreso de la guerra, famosos por su indudable inverosimilitud, recopilados y publicados en alemán por primera vez en 1781 por un autor anónimo, y vertidos en versión inglesa en 1785 por Rudolf Erich Raspe en la obra *The Surprising Adventures of Baron Münchhausen*.

Entre las aventuras del Barón se cuentan que en Ceilán (hoy Sri Lanka) derrotó a un descomunal león cortándole la cabeza luego de que éste se lanzara sobre él y cayera dentro de las fauces de un monstruoso cocodrilo, el cual muere ahogado tras quedar atragantado con el gigantesco bocado³⁷. En otra aventura el Barón cuenta cómo lograron salir él y su caballo del lago de un pantano en el que habían quedado hundidos, tirando de su propio cabello hacia arriba y estrechando al caballo fuertemente entre sus piernas³⁸.

Así como resulta lógicamente inaceptable que el barón haya podido librarse de tal situación, lo mismo le sucede a algunas teorías de nuestro conocimiento que pecan por tirarse a ellas mismas del cabello hacia arriba para salir del lodo, en la medida en que no están debidamente fundamentadas. Para la formulación del

³⁶ Hans ALBERT, *Tratado sobre la razón crítica* (1968), Bs. As., Sur, trad. Rafael Gutiérrez, 1973, p. 27.

³⁷ Rudolf Erich RASPE, *Las aventuras del barón de Münchhausen*, Madrid, Ediciones Gaviota, trad. Luis Álvarez, 2001, cap. VI, p. 74.

³⁸ *Ibídem*, cap. IV, p. 56.

trilema, Albert parte de la pregunta: “¿Por qué x conocimiento es verdadero/válido?”, y agrega:

Si exigimos para todo una fundamentación, debemos exigirla también para aquellos conocimientos a los que hemos reconducido a la proposición que tratábamos de fundamentar. Esto lleva a una situación con tres alternativas, que son igualmente inaceptables; por tanto, a un trilema que, por la analogía entre nuestro problema y el del famoso barón, propongo llamar al trilema de Münchhausen. Pues sólo podemos elegir entre tres alternativas³⁹.

Las tres alternativas o **cuernos del trilema** son:

- i- Una **regresión al infinito** (*regresum ad infinitum*), que ocurre cuando A se fundamenta en B; B se fundamenta en C; C se fundamenta en D, y así sucesivamente; razón por la cual no es posible hallar un fundamento seguro de A.
- ii- Una **circularidad lógica** (*petitio principii*) en la deducción, que surge cuando A se fundamenta en B, B en C y C en A, en donde la fundamentación está dada por un círculo vicioso que es lógicamente incorrecto.
- iii- Una **interrupción** en algún momento **de la fundamentación** (dogmatismo), que es similar al primer cuerno, y ocurre cuando A se fundamenta en B; B se fundamenta en C y C no se fundamenta, lo cual supone una suspensión arbitraria del principio de razón suficiente.

Con base en el trilema, Albert concluye que no es posible fundamentar con absoluta certeza el conocimiento y rechaza la legitimidad de la idea de la fundamentación última.

1.5. Refutación de tres tesis que defienden la obligatoriedad del precedente

A continuación aplicaremos el trilema de Münchhausen a tres tesis que defienden la obligatoriedad del precedente a partir de la teoría del derecho, dos de ellas

³⁹ Citado por: Mariano MORENO VILLA, “Razón y sociedad en la escuela de Frankfurt y en K. Popper”, en: *Filosofía*, Vol. IV, *Historia de la filosofía moderna y contemporánea*, Sevilla, MAD, 2003, p. 508.

desde el positivismo jurídico (i) Kelsen y ii) Hart), y otra desde el positivismo “axiológico”⁴⁰ (iii) Alexy).

1.5.1. Refutación de la tesis de Kelsen

En la obra de Kelsen no es tan popular la tesis de la creación judicial de derecho; ésta se encuentra en su *Teoría General del Derecho y del Estado*, escrita en Estados Unidos después de la primera edición de su *Teoría Pura*, publicada en 1936; según Kelsen, existen casos que no están regulados en la legislación en los que el juez debe integrar dicho vacío; en estos casos el juez sienta precedente, el cual sirve de fundamento para resolver casos análogos futuros:

*La decisión de un juez también puede crear una norma general. La resolución del juez puede tener fuerza obligatoria no sólo para el caso sometido a su conocimiento, sino para otros análogos que los tribunales pueden estar obligados a resolver. Una decisión puede tener el carácter de precedente, es decir, de decisión obligatoria en relación con la solución futura de todos los casos semejantes*⁴¹.

Kelsen, sin embargo, afirma que la creación judicial de derecho -en los casos donde no existe norma sustantiva aplicable- sólo es admisible en caso de que el mismo ordenamiento jurídico faculte al juez a proceder de esta manera⁴². De este modo el juez, si bien está creando derecho sustantivo, lo hace en virtud de una norma adjetiva o procesal que así se lo permite⁴³.

Pero la validez (obligatoriedad) de las normas sustanciales creadas jurisprudencialmente (precedente) está sujeta a la validez de normas (adjetivas) de alcance superior, la cual está dada por su concordancia con las normas de mayor rango, y así sucesivamente, conduciéndonos por poco a una regresión al infinito.

⁴⁰ También llamado “positivismo con apertura a la moral”. Esta clasificación se encuentra en: Carla FARALLI, *La filosofía del derecho contemporánea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, trad. S. Perea, 2007, pp. 27-46.

⁴¹ Hans KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado* (1945), 3ª ed., UNAM, México, trad. E. García Máynes, 1969, p. 177.

⁴² “El derecho preexistente tiene que autorizar al tribunal a ir más allá del derecho sustantivo en vigor. (...) En consecuencia, también en este caso aplicaría un derecho ya existente” (ibídem, p. 180).

⁴³ En el caso colombiano, esta norma adjetiva es el artículo 48 de la Ley 153 de 1887, que establece: “Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia”.

Kelsen remite el criterio último de validez del sistema jurídico al concepto de *grundnorm* o **norma fundamental**⁴⁴, según la cual una norma es válida si fue expedida conforme al procedimiento previsto en aquélla⁴⁵. Sin embargo, al preguntar por el fundamento de la norma fundamental, Kelsen es ambiguo en su respuesta. En un primer momento afirma que éste se encuentra en una norma fundamental más antigua, y ésta a su vez en otra anterior, así,

llegaríamos finalmente a una primera Constitución (sic)⁴⁶ establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado⁴⁷.

Kelsen prefiere evitar explicar el fundamento último del ordenamiento en conceptos como el de “soberanía” o el mismo *volksgeist* de Savigny, en la medida en que ello implica introducir *impurezas* en su teoría. En vez de eso, Kelsen opta por partir del supuesto de que la norma fundamental se presume válida⁴⁸: “*Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, [la norma fundamental] no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es “puesta” sino “supuesta”*”⁴⁹. La argumentación de Kelsen se torna, evidentemente, dogmática, incurriendo en el tercer cuerno del trilema de Münchhausen.

⁴⁴ “Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad” (Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 10ª ed., Bs. As., Eudeba, trad. De la edición francesa de 1953 y ésta a su vez de la alemana de 1934, 1971, p. 135). Hemos utilizado esta edición, que es una traducción indirecta (del alemán al francés y del francés al español), y no la traducción directa del alemán (que por ser directa es más precisa) realizada por R. Vernengo de la Universidad Nacional Autónoma de México, porque aquélla es una traducción de la primera edición de la *Teoría pura*, la cual data de 1934, mientras que la de R. Vernengo es una traducción de la segunda edición de 1960, cuando aún no había sido publicada la primera edición de la *Teoría general del Derecho y del Estado*, en donde se encuentra claramente en Kelsen la tesis de la creación judicial de derecho (ver *supra*, nota 41).

⁴⁵ “Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma” (ibídem, p. 137); así, la validez tiene en Kelsen un carácter eminentemente formal o procedimental.

⁴⁶ Fe de erratas: por “Constitución” entiéndase “norma fundamental”. El error es de la traducción, debido a que la edición citada se trata de una traducción indirecta (véase *supra*, nota al pie 43). Kelsen, sin embargo, nunca asimiló la *grundnorm* a la Constitución, aunque es posible que coincidan, lo cual empero no siempre sucede, como por ejemplo el caso de Alemania: ésta no tiene Constitución sino algo llamado “Ley Fundamental para la República Federal de Alemania” de 1949. Una traducción al castellano más precisa –porque es directa del alemán– la realiza R. Vernengo y es publicada por la UNAM (ver *supra*, nota al pie 44).

⁴⁷ Ibídem, p. 138.

⁴⁸ “La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una **hipótesis básica**. **Partiendo del supuesto de que esta norma es válida...**” (idem, negrillas fuera del original).

⁴⁹ Ibídem, p. 139, negrillas fuera del original.

Tratando de remediar el dogmatismo, Kelsen introduce el concepto de “eficacia”: la obligatoriedad de la norma fundamental –que es el criterio de validez de las demás normas jurídicas- depende de que ésta sea cumplida⁵⁰; esto significa que los organismos competentes para crear normas jurídicas lo hagan siguiendo el procedimiento de la norma fundamental⁵¹. Pero aquí el remedio resulta peor que la enfermedad: Kelsen incurre en el círculo vicioso del segundo cuerno del trilema, porque afirma:

- a) La obligatoriedad de las normas jurídicas depende de la obligatoriedad de la norma fundamental.
- b) La obligatoriedad de la norma fundamental depende de su eficacia.
- c) La eficacia de la norma fundamental depende de la obligatoriedad de las normas jurídicas (según hayan sido expedidas conforme la ley fundamental, etc.).

El último intento de Kelsen por subsanar el carácter hipotético –y, por ende, dogmático- de la norma fundamental está en el principio de primacía del derecho internacional. Para ello Kelsen incorpora la norma fundamental de un derecho nacional al derecho internacional⁵², y

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado⁵³.

Pero Kelsen olvida fundamentar la obligatoriedad del derecho internacional: Kelsen incurre nuevamente en dogmatismo al partir del supuesto o la hipótesis de que éste es obligatorio⁵⁴.

Vemos, pues, cómo la teoría kelseniana incurre en los tres cuernos del trilema: el primero, por llevar la fundamentación cada vez a niveles más altos hasta la obligatoriedad del derecho internacional, pero no explica en qué consiste éste, razón por la cual cada vez puede existir un derecho internacional de mayor rango; incurre en el segundo cuerno al pretender fundamentar la obligatoriedad de la norma fundamental en su eficacia, e incurre igualmente en el tercero, al afirmar el

⁵⁰ *Ibidem*, p. 143.

⁵¹ Nótese acá el carácter igualmente formal o procedimental del concepto de eficacia.

⁵² “*La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional*” (*ibidem*, p. 143).

⁵³ *Ibidem*, p. 144.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 212 y 213.

carácter hipotético de la norma fundamental, el cual no se fundamenta, sino se presupone.

1.5.2. Refutación de la tesis de Hart

La fundamentación de la obligatoriedad del precedente en la teoría de Hart es similar a la de Kelsen; fiel depositario de la corriente analítica, Hart afirma que el lenguaje en general –y, por consiguiente, el lenguaje jurídico- tiene un carácter eminentemente ambiguo, una *textura abierta*⁵⁵, el cual deja unas *zonas de penumbra* o *halos de vaguedad* que hace que las reglas sean demasiado generales para ser subsumidas en determinados casos –llamados *difíciles*-. Por esta razón el intérprete tiene un ámbito de discrecionalidad para elegir la respuesta; dicha elección no es otra cosa que un acto de creación judicial de derecho⁵⁶.

Como se advierte, según Hart, el fundamento de la creación judicial de derecho está en el concepto de “textura abierta” (*open texture*), el cual toma del concepto de “porosidad de los términos” (*porosität der begriffe*) de Friedrich Waismann (1896-1959), austriaco miembro del Círculo de Viena y promotor del positivismo lógico.

Según Waismann, la textura abierta se refiere a la “*posibilidad de vaguedad*” (*possibility of vagueness*) de los enunciados empíricos (*empirical statements*), ligado al concepto de “verificabilidad” (*verifiability*) de los mismos⁵⁷. Sin embargo, según la misma corriente analítica, la posibilidad de vaguedad pertenece a todos los enunciados en la medida en que “*prácticamente todas las palabras del lenguaje pueden ser vagas*”⁵⁸, pero no fundamenta por qué.

Por otro lado, la obligatoriedad de estas reglas creadas jurisprudencialmente siempre está ligada a la obligatoriedad de la regla de reconocimiento hartiana la cual, no obstante, está dada por su común aceptación por parte de los operadores

⁵⁵ H. L. HART, *El concepto de derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, trad. G. Carrió, 1977, pp. 156 y ss.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 252.

⁵⁷ Friedrich WAISMANN, “*Verifiability*”, en: FLEW, Antony (editor). *Essays on Logic and Language*, Oxford, 1951, originalmente publicado en 1945 en *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume XIX*. Para su lectura en la web: <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>.

⁵⁸ Javier Orlando AGUIRRE ROMÁN, Alonso SILVA ROJAS, y Vanessa PÉREZ ROSALES, *Lenguaje y Derecho: Habermas y el debate iusfilosófico*, Bucaramanga (Colombia), Publicaciones UIS, 2007, p. 35.

jurídicos⁵⁹. De modo que Hart, eleva el fundamento de la obligatoriedad del precedente a una norma (regla de reconocimiento) cuya obligatoriedad no deviene de su *fundamentación* sino de su *aceptación*.

Aquí se evidencia un corte arbitrario en la fundamentación de la obligatoriedad del sistema, puesto que ésta está sujeta a un supuesto hipotético que sencillamente se da por hecho. Por esta razón la teoría de Hart incurre, al igual que Kelsen, en el tercer cuerno del trilema de Münchhausen.

1.5.3. Refutación de la tesis de Alexy

Por último, en la teoría de Alexy, la obligatoriedad o “*El fundamento del uso de los precedentes lo constituye el principio de universalidad, la exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual*”⁶⁰. A su vez, el principio de universalidad prestado de Hare se fundamenta en la “*exigencia del reconocimiento del otro como alguien con los mismos derechos*”⁶¹.

La obligatoriedad del precedente se fundamenta, pues, en un ideal de justicia (tratar igual a lo igual) que se comporta, en el plano de la teoría física, como la tercera ley de Newton, según la cual “*A toda acción se opone siempre una reacción igual*”⁶². De manera que no solamente es “justo” tratar igual a lo igual, sino también es explicable a partir de la física newtoniana⁶³.

⁵⁹ Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio* (1977), Barcelona, Ariel, trad. M. Guastavino, 1984, p. 70. Aquí es válida la crítica de Dworkin a la regla de reconocimiento hartiana: incluso las bandas criminales tienen reglas de conducta que son comúnmente aceptadas por sus miembros, pero eso no las hace normas jurídicas.

⁶⁰ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. Cit., p. 262, negrillas fuera del original.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 84.

⁶² “*Cualquiera que tire o presione a otro será tirado o presionado por este otro. Si usted aprieta una piedra con su dedo, el dedo también es presionado por la piedra. Si un caballo tira de una piedra unida a una cuerda, el caballo (si así puede decirse) es igual tirado hacia atrás por la piedra; porque la cuerda disientida, por el mismo esfuerzo a soltarse, tirará del caballo hacia la piedra tanto como la piedra lo haga hacia el caballo e impedirá el progreso del uno tanto como avanza el otro...*” (George GAMOW, *Biografía de la física*, Estella, Salvat, trad. Fernando Vela, 1971, p. 57).

⁶³ Debemos aclarar que cuando nos referimos a que es “explicable físicamente” de ninguna manera pretendemos introducir el principio de causalidad a la ciencia jurídica, puesto que, como nos enseñó Kelsen, el Derecho no se rige por la causalidad sino por el principio de imputación (*Teoría pura del derecho* (1960), México, UNAM, trad. R. Vernengo, 1979, cap. III). Lo que realmente se pretende es establecer una correspondencia entre el fenómeno jurídico y el fenómeno físico (llevado posteriormente a nivel cuántico), con el objetivo de obtener una mejor comprensión de aquél, blindando la fundamentación de vicios lógicos al cimentarla en bases sólidas como la explicación física de la realidad.

Sin embargo, en desarrollos posteriores de la física se ha demostrado que las leyes de Newton –particularmente la tercera- son falibles en la medida en que a nivel atómico y subatómico no es posible predicar que a una acción corresponda siempre una reacción igual⁶⁴; por ejemplo, en la mecánica cuántica –como se verá en la segunda parte del ensayo-, las leyes de Newton pasan de ser juicios apodícticos a ser juicios problemáticos: <<es posible que a una acción corresponda una reacción igual>>. Esto exigiría una reformulación del principio de universalidad, aproximadamente así: <<es posible que un caso igual sea tratado de manera igual, pero no necesariamente>>. Aquí entra, por supuesto, la segunda regla del uso del precedente de Alexy, relativa a la carga de la argumentación por parte de quien quiera apartarse de un precedente⁶⁵.

De manera que la fundamentación de la obligatoriedad del precedente en Alexy, si bien es *correcta* desde un punto de vista *formal*⁶⁶, en la medida en que puede ser asociada a una explicación física de la realidad que va más allá del fenómeno jurídico mismo, no es propiamente correcta, en el sentido de que esta teoría de la física (newtoniana) no corresponde a una comprensión acertada de la realidad.

La tesis de Alexy se salva, en ese orden de ideas, del tercer cuerno del trilema de Münchhausen, pero no es satisfactorio el punto del cual parte, razón por la cual, en la segunda parte del ensayo, proponemos fundamentar la obligatoriedad del precedente en una comprensión de la realidad que sea más exacta que la suministrada por la física newtoniana, a saber: la mecánica cuántica, según la Interpretación de Copenhague.

⁶⁴ Ello se debe principalmente a las relaciones de incertidumbre enunciadas por Heisenberg, que trataremos en el punto 2.4. del presente trabajo.

⁶⁵ Al respecto véase *supra*, nota al pie número 17.

⁶⁶ La *corrección* tiene en Alexy un carácter eminentemente *formal*, en la medida en que ésta es el “*resultado del respeto de las reglas*” (José Antonio SEOANE, “*Un código ideal y procedimental de la razón práctica, La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy*”, en: SERNA, Pedro (editor). *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, 2ª ed., Granada, Comares, 2005, p. 174).

2. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA A LA LUZ DE LA MECÁNICA CUÁNTICA

*Para apreciar la catedral de Notre Dame en su máximo esplendor,
uno no puede pararse justo debajo de la entrada*

Bertolt Brecht

Intentar comprender el fenómeno jurídico a partir del derecho mismo, como se dijo arriba⁶⁷, es como pretender admirar toda la belleza de la catedral de Notre Dame de París posándonos bajo su puerta principal: no es posible. Para ello es menester alejarnos un poco, caminar quizá hasta el *Pont Neuf*, o hasta tomar uno de los tradicionales *Bateau Mouche* (barcos mosca) que navegan por el Sena, en un día despejado y caluroso, que rodee la *Île de la Cité*, y deslumbrarnos tanto con la popular fachada oeste como con las no tan conocidas fachadas sur y este de la maravilla gótica.

Este ensayo pretende precisamente ser una especie de barca que navegue por los ríos que circundan los alrededores del fenómeno jurídico, que nos ayude a conseguir lo que en el teatro épico de Brecht se conoce como el efecto de distanciamiento (*verfremdungseffekt*)⁶⁸, con miras a comprender desde una perspectiva más objetiva y completa de la realidad la obra que estamos presenciando: el precedente y la interpretación jurídica, obras judiciales por excelencia.

Ahora, puesto que el precedente y la interpretación jurídica son fenómenos jurídicos que pertenecen al campo de lo real, y que la realidad -concebida como todo “<<aquello susceptible de recibir patadas>>”⁶⁹- es el objeto de estudio de la

⁶⁷ *Supra*, pp. 4-5.

⁶⁸ El efecto de distanciamiento (*verfremdungseffekt* en alemán, traducido al inglés como *alienation effect*) es un concepto acuñado por el alemán Bertolt Brecht (1898-1956) relativo a una forma de teatro que busca evitar en el público la identificación con los personajes de la obra, de modo que se concentren más en las ideas, asumiendo una postura crítica. Así: “A representation that alienates is one which allows us to recognize its subject, but at the same time makes it seem unfamiliar” (BRECHT, *A Short Organum for the Theatre*, 1948, punto 42; en la web: <http://blogs.evergreen.edu/stagesofdiscovery/files/2011/10/Brecht-2.pdf>).

⁶⁹ Alfred Landé (1888-1976), físico alemán conocido por sus contribuciones a la teoría cuántica, citado por Karl Popper en: *Teoría cuántica y el cisma en Física, Post Scriptum a la lógica de la investigación científica*, Vol. III, 2ª ed., Madrid, Tecnos, trad. Marta Sansigre, 1992, p. 67.

ciencia de la física, podemos afirmar que aquéllos son también fenómenos físicos susceptibles de ser estudiados bajo algunas de sus preceptivas.

La teoría física, y más concretamente la mecánica cuántica, es precisamente la barca que se ha querido proponer en el presente trabajo como el vehículo que nos permitirá alcanzar ese efecto de distanciamiento necesario para obtener una mejor comprensión del fenómeno de la interpretación jurídica. A continuación definiremos qué es la mecánica cuántica y haremos una breve reseña histórica de su surgimiento.

La mecánica cuántica es la parte de la física que estudia los fenómenos a nivel atómico y subatómico y, en la medida en que *“el comportamiento de la materia depende en última instancia de las propiedades de los átomos constituyentes, todo intento de comprensión de los fenómenos físicos a escala macroscópica dependerá frecuentemente de la teoría cuántica”*⁷⁰. Por tanto, la mecánica cuántica da –o pretende dar- cuenta de la realidad, tanto a nivel atómico, como macroscópico.

La mecánica cuántica surge a principios del siglo XX debido a la acumulación de una serie de preguntas para las cuales la física clásica no tenía respuesta; básicamente, ni la mecánica newtoniana era aplicable al estudio del átomo, ni la electrodinámica de Maxwell describía la interacción entre el átomo y el campo de radiación⁷¹.

Por otra parte, se produjo una serie de avances que fomentaron el *cisma en Física*⁷², tales como el descubrimiento de la radiactividad en 1896, por Becquerel; el descubrimiento de los electrones en 1897, por J. J. Thomson; la hipótesis de Plank del cuanto de energía para resolver el problema de la radiación del cuerpo negro, en 1900; la explicación de Einstein, en 1905, del efecto fotoeléctrico con base en los resultados de Plank, donde formula la hipótesis de que la luz está compuesta por paquetes de energía (nombrados *fonones* en 1926), y el descubrimiento del núcleo atómico por Rutherford, en 1911; son algunos de los pasos que posibilitaron el surgimiento de *“la primera teoría cuántica de la*

⁷⁰ A. P. FRENCH y Edwin TAYLOR, *Introducción a la física cuántica, MIT Physics Course*, Barcelona, Reverté, trad. José Aguilar, 2003, p. 1. La mecánica cuántica *“se aplica a todo sistema cuántico, cualquiera que sea su estructura o tamaño (existen sistemas cuánticos macroscópicos, como puede ser un cristal, un superconductor, un láser, etc.)”* (Luis DE LA PEÑA, *Introducción a la mecánica cuántica*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 1).

⁷¹ Ídem.

⁷² Expresión utilizada por Karl Popper en: *Teoría cuántica...*, op. cit.

*estructura de la materia: el modelo de Bohr del átomo de hidrógeno (1913) (...) [la cual] implicaba abandonar la física clásica – manifiestamente incapaz de explicar la estructura atómica – para aceptar una nueva mecánica*⁷³.

Los trabajos de Bohr sirvieron de base para la formulación de una *mecánica cuántica matricial* por Heisenberg, Born y Jordan, en 1925⁷⁴ y, al mismo tiempo, pero de forma independiente, los trabajos de Plank y Einstein sirvieron a Louis De Broglie para plantear en 1924 la tesis de las propiedades ondulatorias de las partículas⁷⁵, a partir de la cual Schrödinger formula su ecuación de ondas en 1926, dando paso a la *mecánica ondulatoria*⁷⁶. Ambas teorías (cuántica matricial y ondulatoria), inicial y aparentemente opuestas, realmente eran “*idénticas, siendo cada una de ellas una transposición matemática de la otra en un lenguaje distinto*”⁷⁷. En efecto, en 1926 Schrödinger demostró que ambas teorías llegaban a los mismos resultados, y originó lo que en un momento se llamó la “nueva mecánica”⁷⁸.

Nadie sabía, sin embargo, en qué consistía esta “nueva mecánica” ni cómo debían interpretarse a su luz los resultados obtenidos en los experimentos, razón por la cual algunos físicos, liderados por Niels Bohr, vieron la necesidad de construir un criterio unificado de interpretación de esta “nueva mecánica” para su mejor comprensión; esto es lo que se conoce como la “*Interpretación de Copenhague*”.

⁷³ *Ibidem*, p. 11.

⁷⁴ Considerada como “*la primera forma que adoptó la mecánica cuántica moderna*” (*Ibidem*, p. 31). Por razones de brevedad propias del presente ensayo hemos omitido algunos (muchos) de los avances que permitieron el desarrollo de la mecánica cuántica moderna, limitándonos a enunciar únicamente los resultados de dichos trabajos que resulten pertinentes para el presente ensayo.

⁷⁵ FRENCH y TAILOR, *Introducción...*, op. Cit., p. 51. La tesis de De Broglie es la siguiente: “*Puesto que la luz se comporta como una onda que integra el espectro electromagnético, pero TAMBIÉN se comporta como esa partícula –el fotón-, que es capaz de golpear a los electrones hasta arrancarlos de sus átomos, ¿no sería posible que sucediera lo contrario..., que las partículas se comportaran TAMBIÉN como ondas?*” (citado por Amílcar FUNES, “*Atreverse con la mecánica cuántica*”, en: *Boletín del Centro Naval*, No. 809, Buenos Aires, Septiembre/diciembre de 2004, p. 377. En la web, véase: <http://www.centronaval.org.ar/boletin/BCN809/809funes.pdf>). Lo anterior se conoce como la tesis de la dualidad onda-partícula.

⁷⁶ DE LA PEÑA, *Introducción...*, op. Cit., p. 32.

⁷⁷ Louis DE BROGLIE, *La física nueva y los cuantos* (1937), 5ª ed., Buenos Aires, Losada, trad. Juan Guixé, 1965, p. 144.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 179. En la construcción de una teoría cuántica general también son importantes los trabajos de Dirac (1925-1926) y von Newmann (1932). Al respecto: DE LA PEÑA, *Introducción...*, op. Cit., p. 32.

2.1. La Escuela de Copenhague⁷⁹

Debe su nombre a la ciudad donde Bohr, director del movimiento, tenía su instituto. La escuela o Interpretación de Copenhague de la mecánica cuántica es conocida en la comunidad científica como la “*ortodoxia de la mecánica cuántica*”⁸⁰; no es su única interpretación, y ha tenido tantos defensores como detractores; para la muestra véase el siguiente cuadro⁸¹:

INTERPRETACIÓN DE COPENHAGUE DE LA MECÁNICA CUÁNTICA		
	Defensores	Detractores
Principales	Niels Bohr (1885-1962)	Albert Einstein (1879-1947)
	Werner Heisenberg (1901-1976)	
Simpatizantes menos activos	Wolfgang Pauli (1900-1958)	Boris Podolsky (1896-1966)
	Max Born (1882-1970)	Nathan Rosen (1909-1995)
	Pascual Jordan (1902-1980)	Fritz Bopp (1909-1987)
	Paul Dirac (1902-1984)	
	John von Neumann (1903-1957)	
Otros (inicialmente simpatizantes y posteriormente disidentes)	Erwin Schrödinger (1887-1961)	
	Louis de Broglie (1892-1987)	
	Alfred Landé (1888-1976)	
	David Bohm (1917-1992)	
	Mario Bunge (1919)	

A pesar de no ser unánime y de las críticas que ha tenido, principalmente por sus pretensiones de completitud, la Interpretación de Copenhague se mantiene vigente y tiene validez en la medida en que es capaz de explicar los fenómenos físicos con “precisión” (se pone entre comillas porque, como se verá en el punto 2.3., a partir del principio de incertidumbre de Heisenberg, no es posible obtener un conocimiento absolutamente preciso de la realidad), o al menos con mayor precisión que la teoría clásica.

Partiendo de los trabajos de Schrödinger, la escuela de Copenhague realiza una *interpretación probabilística*⁸² de la mecánica cuántica, desarrollada a partir del *principio de correspondencia* de Bohr, reformulado por el mismo Schrödinger con

⁷⁹ Distíngase de la Escuela Glosemática de Copenhague, también llamada Círculo Lingüístico de Copenhague, que fue una escuela filosófica basada en los trabajos de lingüística de Saussure.

⁸⁰ Karl POPPER, *Teoría cuántica...*, op. Cit., p. 21.

⁸¹ El cuadro es elaborado a partir de la información que suministra Popper (ibídem, pp. 119 y ss).

⁸² DE BROGLIE, *La física nueva...*, op. Cit., pp. 184 y ss.

ayuda de su *principio de interferencia de los electrones*, la cual dio lugar a las famosas *relaciones de incertidumbre* de Heisenberg y, finalmente, a un *indeterminismo* en la mecánica cuántica.

Por razones de brevedad no es posible explicar cada una de estas ideas y su relación con el tema que nos ocupa; por ello nos limitaremos a trabajar dos temas fundamentales de la Interpretación de Copenhague que paralelamente los aplicaremos a la comprensión del fenómeno interpretativo –concebido como fenómeno físico- de las normas jurídicas a cargo del juez. Dada la naturaleza del ensayo, el autor se excusa de antemano tanto con el lector científico por la no utilización de las fórmulas y ecuaciones que, por regla general, sustentan las proposiciones de la materia, como con la audiencia menos técnica, por el uso de terminología científica, sin la cual no es posible abordar estos temas.

2.2. <<De la interferencia a la probabilidad>>: Schrödinger

Schrödinger se basa en el trabajo de De Broglie sobre las propiedades ondulatorias de las partículas⁸³ que explica fenómenos como la difracción e interferencia de los electrones; la prueba de que los electrones (que son partículas) se comportan como ondas está en su capacidad de producir figuras de interferencia, ocasionada por la difracción de aquéllos. Esto se ilustra mejor con el experimento de Young, también conocido como experimento de la doble rendija o de las dos ranuras, descrito así:

*La disposición del experimento consiste en una fuente de luz (o de electrones); una primera pantalla con una estrecha ranura, para asegurar que nuestra fuente es lo más pequeña posible; una [segunda] pantalla con dos ranuras que dejan pasar la luz y una tercera pantalla (o placa fotográfica) en la que observamos las franjas de interferencia, de acuerdo con la teoría ondulatoria de la luz.*⁸⁴

Si el electrón se comportara únicamente como partícula, el resultado del experimento sería el dispuesto a la izquierda en la Figura 1 (rojo). Sin embargo, tras realizar el experimento con electrones, De Broglie obtiene como resultado la Figura 2, en donde se evidencian franjas de interferencia ocasionadas por la difracción de los electrones, lo cual significa que éstos se comportan también como ondas, tal como está dispuesto en la parte derecha de la Figura 1 (azul).

⁸³ Ver *supra* nota 75.

⁸⁴ K. POPPER, *Teoría cuántica...*, op. Cit., p. 168.

Figura 1⁸⁵

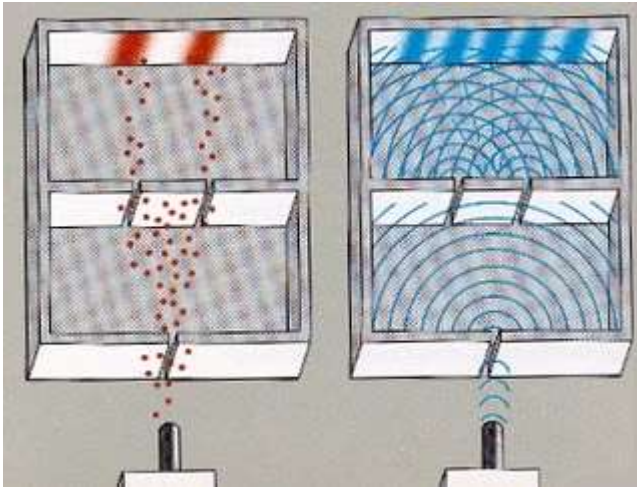
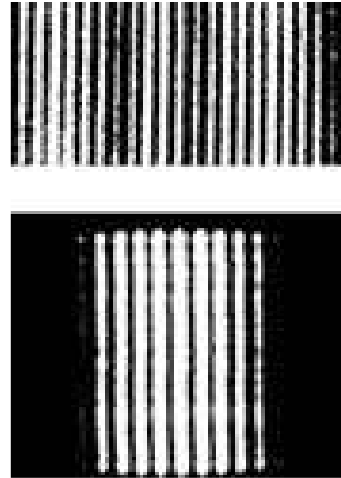


Figura 2⁸⁶



El experimento de la doble rendija plantea adicionalmente otros misterios: cuando se disparan uno por uno los electrones, se sigue obteniendo el resultado de la Figura 2; en cambio, si se cierra una de las ranuras, por ejemplo, la derecha, se dejan de observar las franjas de interferencia y en su lugar se observa una línea en frente de la rendija izquierda, similar a la disposición roja de la Figura 1. Pero si se vuelven abrir ambas rendijas, se vuelve a obtener el resultado de la Figura 2, como si el electrón “supiera” si están abiertas ambas rendijas o sólo una. “¡Hasta se podría pensar que el electrón, cuando están abiertas ambas ranuras, pasa un poco por cada una!”⁸⁷.

Ahora, frente a la hipótesis de que el electrón pasa al mismo tiempo por ambas ranuras, se quiso observar realmente si esto era posible o, si no, por cuál de las rendijas era que pasaba, para lo cual se dispuso un pequeño detector o cámara en cada rendija. Para sorpresa de los científicos, esta vez no aparecieron las franjas de interferencia sino en su lugar se observó el movimiento corpuscular, como el dispuesto a la izquierda de la Figura 1(roja). “En otras palabras, cuando observamos al [electrón], se comporta como partícula y cuando no lo observamos se comporta como onda, causando el fenómeno de interferencia.”⁸⁸. La incidencia

⁸⁵ Tomada de la web: <http://www.diosesdelarealidad.com/2011/01/alguien-ha-visto-un-lindo-gatito.html>.

⁸⁶ Tomado de: A. FUNES, “Atreverse con la mecánica cuántica”, op. Cit., p. 377.

⁸⁷ Ibídem, p. 383. “La forma de explicar el efecto de interferencia es que el fotón pasa por las dos rendijas al mismo tiempo; Feynman, describe esto diciendo que “el electrón (o el fotón en este caso) hace lo que quiere” (J. Rubén MORONES IBARRA, “Los misterios del mundo cuántico”, en: Ingenierías, Revista de la Facultad de Ingeniería Mecánica y Eléctrica, Monterrey, Universidad Autónoma de Nuevo León, Vol. VIII, No. 26, Enero-Marzo de 2005, p. 17).

⁸⁸ Ídem.

del observador sobre el objeto de estudio y la posibilidad de que una partícula esté en dos lugares o estados al mismo tiempo, dará lugar a Schrödinger a formular la paradoja del *gato*, sobre la cual hablaremos al final de esta segunda parte.

A partir de lo observado en el experimento, Schrödinger formula su **principio de las interferencias** que describe el comportamiento ondulatorio de las partículas, y gracias a éste es posible pasar de una interpretación estadística de la mecánica cuántica a una **interpretación probabilística**, toda vez que la experiencia muestra que es posible

*[O]btener interferencias con haces de luz extraordinariamente débiles. En esas experiencias las interferencias se producen, incluso cuando los fotones llegan uno por uno sobre el dispositivo interferencial. Fuerza es, pues, admitir, para explicar en este caso la obtención final de las figuras usuales de interferencia, después de largas poses, que la intensidad de la onda asociada a cada fotón representa en cada punto la **probabilidad** para que el fotón se encuentre en ese punto. **Estamos así conducidos a pasar de un punto de vista estadístico a un punto de vista probabilístico**, y el principio de las interferencias se nos aparece como un principio que regula las probabilidades de localización de los fotones⁸⁹.*

Esta interpretación probabilística aplica no sólo para la mecánica ondulatoria sino también para la de las partículas, así: *“En un instante dado no se puede más que asignar una posición definida al corpúsculo, sino que solamente puede decirse: hay tal o cual probabilidad de encontrarle aquí o allá”⁹⁰.*

Lo anterior significa que en el mundo físico existen fenómenos cuyo comportamiento no se rige por la ley de la causalidad, sino por la probabilidad y, por ende, son imposibles de predecir con certeza absoluta. En el campo de la interpretación jurídica, ello se evidencia en los casos en que el juez se encuentra frente a normas cuyo aparente “sentido natural y obvio”⁹¹ –como, por ejemplo, el texto de la cláusula de deducible contenida en la póliza enunciada en el Ejemplo 2⁹²- bastaría para aplicar la máxima *in claritas non fit interpretatio* –y concluir, por ejemplo, que el asegurado no tenía derecho a indemnización alguna puesto que el daño no alcanzaba a cubrir el deducible-, y, sin embargo, el juez termina basando

⁸⁹ DE BROGLIE, *La física nueva...*, op. Cit., p. 165, negrillas fuera del original.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 166.

⁹¹ Se pone entre comillas porque la tesis de este ensayo consiste en demostrar que ninguna norma tiene *a priori* un significado, razón por la cual ninguna norma tiene *per se* un sentido “natural y obvio”.

⁹² Véase *supra*, punto 1.3.2.

su decisión en una interpretación contraria a la literalidad del texto legal –como ocurrió en el Ejemplo 2 donde, contra todo pronóstico, el Tribunal Superior de Bucaramanga terminó declarando la ilicitud de la cláusula de deducible por ser abusiva-.

Sin embargo, esto no es ninguna novedad en la medida en que el principio de autonomía del juez es tan antiguo como el mismo estado de derecho. Pero lo que se quiere notar es que, así como no es posible determinar por cuál rendija pasa el electrón sino tan sólo establecer la probabilidad de que pase por una u otra, lo mismo sucede en la predicción del resultado de la decisión judicial: no es posible determinarlo sino tan sólo la probabilidad de que la decisión sea *a*, *b* o *c*⁹³.

2.3. <<Vivimos en la incertidumbre>>: Heisenberg

La interpretación probabilística de la mecánica cuántica conlleva a una serie de desigualdades matemáticas que Heisenberg pone en evidencia y que reciben el nombre de **relaciones de incertidumbre**. Según éstas, no es posible conocer simultáneamente y con absoluta precisión la posición y el estado de movimiento de una partícula o corpúsculo en el espacio; ello se debe a que, como se vio en el experimento de la doble rendija, al tratar de determinar por cuál ranura pasa el electrón, no es posible medir un fenómeno sin perturbarlo⁹⁴. Esto aplica también para el mundo macroscópico y se ilustra con el siguiente ejemplo:

Supongamos, por ejemplo, que queremos medir la temperatura del agua caliente de un baño. Metemos un termómetro y medimos la temperatura del agua. Pero el termómetro está frío, y su presencia en el agua la enfría una chispa. Lo que obtenemos sigue siendo una buena aproximación de la temperatura, pero no exactamente hasta la billonésima de grado. El

⁹³ “Todos los métodos interpretativos desarrollados hasta ahora llevan siempre a un **resultado posible**, y nunca a un único resultado correcto” (KELSEN, *Teoría pura del derecho* (1960), México, UNAM, trad. R. Vernengo, 1979, p. 352, negrillas fuera del original).

⁹⁴ “Partiremos de la idea muy banal en apariencia, de que para conocer exactamente el valor de una magnitud física, es preciso medirla. Y para medirla, es necesario siempre cierto dispositivo que impone en cierto modo a esta magnitud, al revelarse con tal o cual valor preciso. En la física clásica, se admitía a priori que se podía siempre, gracias a precauciones apropiadas, efectuar las medidas de manera de no turbar apreciablemente el estado anterior a la medida” (DE BROGLIE, *La nueva física...*, op. Cit., p. 184). “En la escala macroscópica, el postulado implícitamente admitido por la física clásica es exacto. (...). En la escala microscópica, por el contrario, la existencia del cuanto de acción tiene como consecuencia que no se puede disminuir indefinidamente las perturbaciones que intervienen en las operaciones de medida, y, por tanto, **cada medida perturba de un modo importante el fenómeno a estudiar**” (ibídem, p. 185, negrillas fuera del original).

*termómetro ha modificado de manera casi imperceptible la temperatura que estaba midiendo*⁹⁵.

<<Medir es perturbar>>; toda medición de la realidad implica un acercamiento del sujeto al objeto de estudio, pero este acercamiento indefectiblemente conlleva a una alteración del objeto. Esto es lo que se conoce como la **tesis de la inseparabilidad entre objeto y sujeto**.

Llevada al campo de la interpretación jurídica, teniendo como objeto de estudio la norma jurídica, y como sujeto que la interpreta al juez, tenemos que no es posible interpretar las normas jurídicas sin alterar su contenido; el intérprete –el juez– es, desde un punto de vista hermenéutico, un artista⁹⁶ que se acerca a las normas con una serie de prejuicios⁹⁷, los cuales representan la frialdad de la temperatura del termómetro en oposición a la calidez del agua del baño, que vendría a ser el texto de la norma.

Como se advierte del ejemplo, las relaciones de incertidumbre conllevan necesariamente a un **indeterminismo** en física –y, por consiguiente, en la interpretación jurídica. Sin embargo, aunque parezca irónico, el indeterminismo y la incertidumbre están más cerca de la verdad que el mismo determinismo y certidumbre de la teoría clásica, toda vez que *“ninguna medida podrá conducir a conocer la posición y el movimiento de un corpúsculo con más precisión de lo que permiten las relaciones de incertidumbre”*⁹⁸. Aplicando las relaciones de incertidumbre a la interpretación jurídica tenemos lo siguiente:

⁹⁵ Tomado de “¿Qué es el principio de incertidumbre de Heisenberg?”, en: Isaac ASIMOV, *Cien preguntas básicas sobre la ciencia*, Madrid, Alianza Editorial, trad. M. Paredes, 1979, p. 62.

⁹⁶ “Todo hablar y todo texto están pues referidos fundamentalmente al arte de comprender, a la hermenéutica” (H. G. GADAMER, *Verdad y método, Fundamentos de una hermenéutica filosófica* (1960), I, 4ª ed., Salamanca, Sígueme, trad. A. Agud Aparicio y R. de Agapito, 1991, p. 242).

⁹⁷ Estos ‘prejuicios’ se refieren no sólo a la condición individual del intérprete, sino también a una dimensión colectiva, en la medida en que *“cada individualidad es una manifestación del vivir total y (...) por eso <<cada cual lleva en sí un mínimo de cada uno de los demás (...)>>”* (ibídem, p. 243).

⁹⁸ DE BROGLIE, *La nueva física...*, op. Cit., p. 192.

RELACIONES DE INCERTIDUMBRE (Estado de movimiento vs. Posición de la partícula)	INTERPRETACIÓN JURÍDICA (Letra o texto de la norma vs. Significado)
<i>“Una determinación completa del estado de movimiento del corpúsculo entraña, (...) una indeterminación total de su posición en el espacio”⁹⁹.</i>	Una determinación completa de la letra o texto de la norma entraña una indeterminación total de su significado.
<i>“el estado de movimiento de un corpúsculo es tanto más incierto cuanto mejor definida esta su posición. (...) Así, un conocimiento preciso de la posición implica una ignorancia completa del estado de movimiento”¹⁰⁰</i>	Un apego preciso al texto de la norma implica una ignorancia completa de su significado.

La interpretación jurídica nunca es una reproducción literal del texto legal, por dos razones: desde un punto de vista cuántico, porque no es posible conocer el significado de una norma sin perturbarla, sin alterar su contenido; y segundo, porque la interpretación, desde la hermenéutica, es una obra de arte en la que el intérprete, en este caso el juez, es el artista; su materia prima son las normas; el lenguaje, los pinceles; y el lienzo, la sentencia. Como toda obra de arte, la interpretación es un proceso creativo distinto de la mera reproducción¹⁰¹, por más fiel que pretenda ser el artista con la realidad.

Cuánticamente, la razón por la cual no es posible aproximarnos a la realidad sin perturbarla es la misma razón por la cual no podemos saber si el *gato de Schrödinger* está vivo o muerto.

2.4. El gato está vivo y muerto al mismo tiempo

La paradoja del gato es un experimento mental formulado en 1935 por Schrödinger, motivado por los misterios de la Interpretación de Copenhague de la mecánica cuántica.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 190.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 191.

¹⁰¹ “La reproducción es siempre esencialmente distinta de la producción” (H. G. GADAMER, *Verdad y Método...*, op. Cit., p. 246). En ese sentido, interpretar el mundo, comprenderlo, implica transformarlo (Gianni VATTIMO, *Comprender el mundo-transformar el mundo*, en: “*El ser que puede ser comprendido es lenguaje*”, *Homenaje a Hans-Georg Gadamer* (2001), Madrid, Síntesis, trad. Antonio Gómez Ramos, 2003, p. 61).

El experimento consiste en poner dentro de una caja cerrada y cuyo interior no podemos ver, a un gato vivo, un frasco con cianuro, una muestra radiactiva que se desintegra cada cierto tiempo –digamos, una hora- liberando un electrón, y un contador. Cuando el contador registre la liberación de ese electrón, accionará un mecanismo que romperá el frasco con cianuro y el gato morirá envenenado. Ahora, como la desintegración nuclear (de la muestra radiactiva) es de naturaleza aleatoria, no podemos saber con exactitud cuándo ocurrirá la emisión del electrón que activará el mecanismo que romperá el frasco y causará la muerte del gato; ésta puede ocurrir en cualquier minuto de la hora que dura la prueba.

Al cabo de cierto tiempo –digamos, media hora- la probabilidad de que el gato esté vivo será igual a la probabilidad de que esté muerto (50% y 50%), y surge la pregunta: ¿El gato está vivo o muerto? Nunca podremos responder a esa pregunta antes de abrir la caja y observar; sin embargo, según la Interpretación de Copenhague de la mecánica cuántica, mientras no se abra la caja, el gato estará vivo y muerto al mismo tiempo;

La paradoja muestra una característica general de la mecánica cuántica, que indica que mientras no observemos el sistema, todos los estados son posibles y que sólo cuando realizamos una medición, el sistema se colapsa o se realiza en un estado determinado, en este caso vemos al gato vivo o muerto, pero sólo después de que abrimos la caja para realizar la observación. ¡Antes de abrir la caja el gato está vivo y muerto a la vez, o ni uno ni otro!¹⁰²

La explicación científica de que el gato esté vivo y muerto al mismo tiempo antes de abrir la caja se debe a la superposición de funciones de onda de estados estacionarios diferentes¹⁰³ (vivo y muerto); como antes de observar el contenido de la caja y colapsar el sistema de ondas, ambos estados (vivo, muerto) tienen la misma probabilidad, las funciones de onda de cada estado se superponen, ocasionando que la partícula (el gato) se encuentre en dos estados de energía diferente (vivo y muerto). Trayendo la paradoja al plano de la interpretación jurídica, podemos hacer el siguiente paralelo:

¹⁰² J. Rubén MORONES IBARRA, “Los misterios del mundo cuántico”, op. Cit., p. 18.

¹⁰³ FRENCH y TAYLOR, *Introducción...*, op. Cit., p. 290.

No.	Gato de Schrödinger	Interpretación jurídica
*	Gato = Norma jurídica Caja = Texto de la norma Estado del gato (vivo, muerto) = Significado de la norma	
1	¿Cómo saber realmente si el gato está vivo o muerto?	¿Cómo saber realmente el significado de la norma?
2	Hay que abrir la caja y observar.	Hay que interpretar la norma.
3	La pregunta del punto 1 está mal planteada: no hay disyuntiva: Antes de abrir la caja, el gato está vivo y muerto al mismo tiempo.	La pregunta del punto 1 está mal planteada: no hay significado de la norma antes que ésta sea interpretada.
4	Abrir la caja y observar es perturbar, colapsar el sistema.	Interpretar la norma es darle significado, del cual carece antes de ser interpretada.
5	¿Quién decide si el gato vive o muere?	¿Quién decide cuál es el significado de la norma?
6	El observador.	El juez.

El *gato de Schrödinger* muestra algunas de las paradojas de la interpretación del mundo físico a la luz de la mecánica cuántica y nos permite igualmente comprender por qué la norma carece de significado antes de ser interpretada. En efecto, la norma jurídica es una caja en la que sabemos que hay un gato, pero desconocemos su estado (significado). El estado del gato o significado de la norma sólo aparece cuando el intérprete abre la caja e interpreta la norma; antes no.

Interpretar la norma implica colapsar el sistema: ante la indeterminación de contenido, el juez vierte significado al interior de la cáscara vacía de la norma. Por ello es que el gato vive o muere por decisión del observador: porque es el juez quien llena de contenido esa caja vacía, atribuyéndole significado a la norma.

Así, hemos visto cómo la norma jurídica –como fenómeno físico- carece de significado antes de ser “medida” o interpretada; también hemos visto cómo la medición o interpretación del mundo físico supone una perturbación y, por ende, un conocimiento aproximado de su realidad, pero, al mismo tiempo, esa incertidumbre frente a la imposibilidad de conocer absolutamente la realidad –el significado de la norma- es la forma más precisa de aproximarnos a ella.

La interpretación jurídica es, pues, una actividad indeterminada que, no obstante, no es arbitraria: así como el átomo cuántico se rige por las leyes de la probabilidad y la incertidumbre, la interpretación jurídica, como veremos en la tercera parte de este ensayo, está limitada por las condiciones mismas del lenguaje y las pretensiones de validez del discurso (en la medida en que ésta pretenda ser válida).

3. INTERPRETAR ES SIGNIFICAR: CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO

Una de las ideas principales del presente ensayo, ya anunciada en la introducción, es: **interpretar es significar; no hay significado sin interpretación ni interpretación sin significado**. Físicamente ya está demostrado cómo a partir de la mecánica cuántica se explica el indeterminismo judicial y la atribución de significado mediante la interpretación jurídica. Resta, pues, puntualizar qué significa “significar”¹⁰⁴.

Significar o atribuir significado a algo es una actividad lingüística, en la medida en que se realiza mediante el lenguaje. Sin embargo, como actividad lingüística, ello no implica que la atribución de significado –a una norma jurídica, por ejemplo- sea cualquier cosa que pueda expresarse con el lenguaje, puesto que, al igual que éste, está condicionado por su naturaleza *constitutiva* y su *pretensión de corrección*; estos dos elementos corresponden respectivamente a: *i)* la naturaleza constitutiva del lenguaje y *ii)* la naturaleza discursiva de la verdad.

3.1. El mundo es lenguaje

Según el estructuralismo de Ferdinand de Saussure (1857-1913), el lenguaje es condición de existencia de las ideas; ello quiere decir que sin aquél éstas no son posibles. “*Antes del lenguaje no hay nada excepto el caos de lo indistinto*”¹⁰⁵, de manera que el lenguaje y la realidad están en una relación de dependencia: “*el mundo deviene sólo a través del lenguaje y éste no existe fuera del lenguaje*”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Una discusión interesante sobre el “significado de significado” la plantea Diego López en: *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2007, cap. III.

¹⁰⁵ José TRÍAS MONGE, *Duncan Kennedy y los estudios jurídicos críticos*, en: *Teoría de la Adjudicación*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, 2000, p. 331.

¹⁰⁶ Arthur KAUFMANN, *Filosofía del derecho*, op. Cit., p. 224.

Esto es lo que se conoce como el enfoque constitutivo del lenguaje¹⁰⁷, el cual no corresponde a otra cosa sino a las sabias palabras del evangelista: “*En el principio era el Verbo, y el Verbo era con Dios, y el Verbo era Dios. Este era en el principio con Dios. Todas las cosas por él fueron hechas*” (Jn 1:1-3)¹⁰⁸; el verbo es la única clase de palabra capaz de constituir o crear por sí sola una frase con sentido completo¹⁰⁹ (al menos en el idioma castellano).

Según este enfoque constitutivo, que da cuenta de la relación lenguaje-mundo, se tiene que atribuirle significado a algo es lo mismo que constituirlo; significar es la actividad creadora de significado.

Esta creación de significado es igualmente una creación de normas jurídicas, la cual, no obstante, no es un acto arbitrario, sino que responde a la pretensión de corrección del discurso, toda vez que esta creación de significado pretende ser correcta. Aquí surgen dos preguntas: ¿Cómo logramos que esa creación de significado sea correcta?, y aún antes: ¿Cómo opera realmente esa creación de significado?

3.2. La corrección no es una cuestión de correspondencia

El acto de creación, como dice Kaufmann, está en la concesión de nombres. “*El conferir un nombre es lo genuinamente creador, lo generador de la realidad*”¹¹⁰. El poder creativo del hombre a través del lenguaje y, más concretamente, de la concesión de nombres y de significado, es conocido en la cultura occidental desde el mismo mito creacionista de la tradición judeo-cristiana, en donde Adán es delegatario del poder creador de Dios al recibir de Él la facultad de ponerle un nombre cada uno de los animales y aves que había creado para hacerle compañía¹¹¹.

¹⁰⁷ “Una vez creada la palabra tampoco puede hablarse de ella como representativa de objetos, sino como constitutiva de ellos” (TRÍAS MONGE, *Teoría de la adjudicación...*, op. Cit., p. 331). Este enfoque constitutivo se advierte igualmente en la hermenéutica filosófica de Gadamer, concretamente en su máxima <<El ser que puede ser comprendido es lenguaje>>; en efecto, el ser sólo ‘es’ (puede ‘ser’) en la medida que puede ser comprendido en el lenguaje (Gianni VATTIMO, *Comprender el mundo-transformar el mundo*, op. Cit.).

¹⁰⁸ “De ahí se explica que se haya caracterizado al lenguaje precisamente como constituyente de la realidad” (KAUFMANN, *Filosofía del derecho*, op. Cit., p. 227, cursivas son del original).

¹⁰⁹ Cfr. *La fuerza de las palabras*, 2ª ed., México, Selecciones Reader’s Digest, 1978, p. 98.

¹¹⁰ A. KAUFMANN, *Filosofía del derecho*, op. Cit., p. 229.

¹¹¹ “Y Dios el Señor formó de la tierra todos los animales y todas las aves, y se los llevó al hombre para que les pusiera nombre. El hombre les puso nombre a todos los animales domésticos, a todas las aves y a todos los animales salvajes y ese nombre se les quedó.” (Gen. 2:19).

La creación de significado (que implica conceder nombres) mediante el uso del lenguaje se debe a que los nombres (el lenguaje, y por ende la realidad) no obedecen a otra cosa que a acuerdos y convenciones, como lo advierte Hermógenes en el *Cratilo*, basado en el relativismo de Protágoras¹¹².

Esa convencionalidad de las palabras está asociada a una concepción no-correspondentista de la verdad¹¹³, que parte del siguiente cuestionamiento: si la verdad de una proposición estuviera dada por su correspondencia con la realidad, ¿Cómo sabemos exactamente que la realidad es *real*? ¿Cómo comprobamos que lo que decimos que es realmente es¹¹⁴?

Como lo vimos arriba con la mecánica cuántica, la realidad no es algo que podamos determinar con precisión absoluta; en vez de eso impera la incertidumbre, razón por la cual nuestra única alternativa es estar de acuerdo con ella, conscientes de que es la manera más aproximada que tenemos de comprender la realidad¹¹⁵. El indeterminismo de la mecánica cuántica nos conduce a una concepción relativista de la verdad: nuestro conocimiento de la realidad depende de la posibilidad de ponernos de acuerdo, en primer lugar, sobre las relaciones de incertidumbre.

Esta concepción no-correspondentista de la verdad ha sido desarrollada paralelamente en filosofía por Habermas, entre otros, para quien “*La condición para la verdad de las proposiciones es el acuerdo potencial de todos los demás*”¹¹⁶. Aquí el “acuerdo potencial” de que lo que decimos sea verdadero se refiere a la interpretación probabilística de la mecánica cuántica: la verdad no se rige por la ley de la causalidad (como en la física clásica) porque no es posible establecer una correspondencia absoluta entre la realidad y el intelecto, sino que se rige por la ley de la probabilidad.

¹¹² *Cratilo o de la exactitud de las palabras*, 384 c, en: PLATÓN, *Obras Completas*, 2ª ed., Madrid, Aguilar, 1979, p. 509.

¹¹³ La tesis de la verdad como correspondencia la esboza Aristóteles: “<<decir de lo que es, que es, y de lo que no es, que no es, es verdadero>>” (*Metafísica*, 1011 b, citado por ALEX Y, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. Cit., p. 112). En el mismo sentido Tomás la expresa en su fórmula <<veritas est adaequatio rei et intellectus>>.

¹¹⁴ La misma cuestión la desarrolla Platón con su alegoría de la caverna a partir de un idealismo trascendental del cual se aparta el presente trabajo.

¹¹⁵ Ver *supra*, nota 98.

¹¹⁶ Citado por ALEX Y, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. Cit., p. 111, cursivas son del original.

De este modo, una proposición –por ejemplo, el significado atribuido a una norma- no es verdadera por sí misma –no está al arbitrio del juez-, toda vez que no es posible establecer una correspondencia entre la interpretación judicial y el significado intrínseco de la norma, porque no existe tal cosa: la norma no tiene significado antes de ser interpretada¹¹⁷.

Por el contrario, el significado atribuido a la norma será válido siempre y cuando sea sometido al diálogo. Habermas propone una tesis discursiva o dialógica de la verdad¹¹⁸; en ella, cuando se refiere a “todos los demás” alude a lo que Perelman llama *auditorio universal* o *comunidad jurídica*¹¹⁹, reunido en una *situación ideal de diálogo*. Esta comunidad jurídica se puede identificar con aquellos que usan el lenguaje jurídico, o mejor, dado que el derecho es lenguaje, “*como aquellos que “usan” el lenguaje que es el derecho. Sólo que en este caso todo “uso” del lenguaje jurídico supondría ya, de una u otra forma, creación de derecho*”¹²⁰.

La teoría de Habermas no es más sino una confirmación filosófica de los resultados de la mecánica cuántica: la verdad no es una cuestión de correspondencia sino una especie de consenso, de diálogo, que tiene, por ende, cierto grado de relatividad.

Sin embargo, ello no significa negar la validez de todo conocimiento habida cuenta de su relatividad, puesto que la verdad pasa de ser un problema semántico a ser un problema pragmático¹²¹. Tal como lo advirtió Heisenberg, no es posible en la práctica conocer ciertas propiedades de las partículas¹²², pero ello no significa que debamos renunciar a toda pretensión de conocerlas. La verdad, más que una propiedad del discurso, es una pretensión a la que él aspira.

Ahora, el que esta aspiración sea satisfecha –esto es, que el significado atribuido a la norma sea aceptado por la comunidad jurídica- depende, en términos discursivos, del efecto causado en el auditorio según el modo en que se emplee.

¹¹⁷ Ver *supra* p. 35.

¹¹⁸ Véase también: J. HABERMAS, *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, Barcelona-Bs. As.-México, Paidós, 2003, especialmente las páginas 80-81.

¹¹⁹ *Ibíd.*, pp. 160 y ss.

¹²⁰ Javier AGUIRRE ROMÁN et al., *Lenguaje y Derecho*, op. Cit., p. 34, subrayas son del original.

¹²¹ “*El concepto de verdad es, si se quiere, trasladado del nivel de la semántica al nivel de la pragmática*” (ALEXY, op. Cit., p. 113.)

¹²² Ver *supra*, notas 99 y 100.

El “modo de empleo” de la proposición equivale aquí al acto ilocucionario de Austin¹²³.

Así, por ejemplo, cuando el intérprete construya el significado de una norma empleando proposiciones de corte racista, homofóbicas, excluyentes de género o que conlleven cualquier otra discriminación o violación de derechos fundamentales, existe una alta probabilidad de que dicha interpretación no sea aceptada por la comunidad jurídica¹²⁴. Aquí entramos en el plano de los límites de la interpretación jurídica y, por consiguiente, de la creación judicial de derecho.

3.3. Límites de la interpretación y de la creación judicial de derecho

¿Puede la interpretación jurídica contrariar la ley? La respuesta es sí. No solamente es una posibilidad, sino que de hecho sucede: las sentencias de constitucionalidad se basan precisamente en una interpretación de la Constitución para, en algunas ocasiones, sacar del ordenamiento jurídico leyes que son constitucionalmente inadmisibles. En los demás casos, los jueces pueden contrariar la legislación invocando la excepción de inconstitucionalidad como fundamento del fallo, o aún pueden hacerlo sin necesidad de invocar dicha excepción, como se vio en el Ejemplo 1 de los casos de creación judicial de derecho mencionados¹²⁵: allí el juez falló en contra del mismo texto legal del 1096 del Código de Comercio colombiano, cuya literalidad sólo les permitía a las aseguradoras subrogarse “*hasta la concurrencia de su importe*”, sin derecho a reclamar la corrección monetaria de la suma pagada al asegurado.

¹²³ Según Austin, el acto ilocucionario es uno de los tres tipos de actos performativos o realizativos (con los cuales se realizan cosas al hablar). El acto ilocucionario “*corresponde a lo que llevamos a cabo diciendo algo, y exige especificar en qué modo lo decimos; en él radica no el significado sino la fuerza de las expresiones*” (Pedro SERNA, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, op. Cit., p. 117, negrillas fuera del original).

¹²⁴ Aquí insistimos en el carácter probabilístico de la comprensión de la realidad según la mecánica cuántica; el hecho de que una interpretación jurídica viole derechos fundamentales sólo implica la probabilidad de que sea inaceptada, mas no que de hecho lo sea. Para la muestra, véanse algunas de las interpretaciones realizadas por el Procurador General Alejandro Ordóñez, plagadas de intolerancia religiosa, o la interpretación del magistrado de la Corte Constitucional Nilson Pinilla, según la cual la razón por la que las parejas del mismo sexo tienen derecho al acceso a la seguridad social es porque esa es la única forma de curarse de su “enfermedad” (ver declaración consignada en acta de la Corte Constitucional del 17 de abril del 2008, en relación con la ponencia de la sentencia T-295 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas).

¹²⁵ Ver *supra*, punto 1.3.1.

Los límites de la interpretación jurídica en un estado constitucional de derecho se encuentran dados por la misma constitución política: las normas creadas judicialmente deben ser “constitucionalmente admisibles”¹²⁶, en el sentido en que el significado atribuido a las normas no debe violar derechos fundamentales. Ello se debe a que los derechos fundamentales, concebidos como principios¹²⁷, son los cimientos sobre los que se edifica el sistema jurídico¹²⁸.

3.4. Superación hermenéutica del trilema de Münchhausen

A lo largo del ensayo vimos cómo a la luz de la mecánica cuántica los jueces crean derecho mediante la interpretación jurídica (puntos 2.2, 2.3 y 2.4); observamos también que dicha creación judicial de derecho, en la medida en que pretende ser correcta (punto 3.2), no es absoluta sino que tiene, por un lado, unos límites (los cuales fijamos en el punto 3.3), y unos efectos (punto 1.2) que resultan de la consideración del precedente como fuente de derecho obligatoria.

Asimismo, pusimos en evidencia algunas de las principales tesis que defienden la obligatoriedad del precedente por su incapacidad para superar los desafíos que plantea el trilema de Münchhausen, sobre la imposibilidad de fundamentación absoluta del conocimiento en general (punto 1.4.).

Sólo nos resta ahora, en este último punto del ensayo, determinar si la fundamentación cuántica de la obligatoriedad del precedente aquí propuesta logra salir bien librada del susodicho trilema. Para ello hemos de analizar la situación “cuerno” por “cuerno”, empezando por el segundo.

Respecto a la petición de principio debemos decir que nuestra tesis se salva de incurrir en el segundo cuerno del trilema toda vez que la fundamentación del fenómeno de la obligatoriedad del precedente se efectúa a partir de la explicación física de la realidad misma, suministrada por la mecánica cuántica, saliéndose, por

¹²⁶ Esta expresión la tomamos de: Javier AGUIRRE ROMÁN et al., *Lenguaje y Derecho*, op. Cit., tercera parte.

¹²⁷ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1985), Madrid, CEC, trad. E. Garzón Valdés, 1993.

¹²⁸ El derecho se constituye sobre la justicia. “*Un sistema de derecho que pretendiese justificarse por sí mismo <<se movería en el vacío>>*” (ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil* (1992), trad. De M. Gascón, 7ª ed., Madrid: Trotta, 2007, p. 124), y, de contera, incurriría en el segundo cuerno del trilema de Münchhausen expuesto arriba en el punto 1.4.

consiguiente, de la esfera netamente jurídica, llevando la discusión a planos distintos que hacen que se rompa el vicio del círculo lógico.

En segundo lugar, si bien la fundamentación jurídica es llevada cada vez a niveles más altos, ésta no incurre en una regresión al infinito en la medida en que la fundamentación no parte de la nada sino que tiene un punto de inicio: la Interpretación de Copenhague de la mecánica cuántica, razón por la cual tampoco incurre en el primero de los cuernos.

Por último, sin embargo, se puede objetar que este punto de partida (la Interpretación de Copenhague de la mecánica cuántica) supone un corte arbitrario en la fundamentación y, por tanto, implicaría incurrir en dogmatismo (tercer cuerno del trilema). Esta misma objeción fue planteada en el punto 1.5.2., contra la teoría de Hart, quien parte de la analítica, la cual resulta insuficiente para superar este tercer cuerno.

Frente a esta última objeción la solución final nos la brinda la hermenéutica filosófica, cuyo objetivo es *“favorecer el diálogo y evitar el dogmatismo de quienes, por pensar que no tienen ningún presupuesto, no están dispuestos a someter a crítica las previas convicciones”*¹²⁹.

En efecto, desde la hermenéutica se puede formular un ataque al trilema de Münchhausen, particularmente a su tercer cuerno, en el sentido de que no es posible fundamentarlo todo en la medida en que todo conocimiento debe partir de algún presupuesto, como por ejemplo, el lenguaje. Así, el lenguaje posibilita no sólo la producción de conocimiento, sino también la posibilidad de que éste sea sometido a cuestionamientos, como lo hace el trilema. De tal modo que si el trilema es capaz de exigir una fundamentación absoluta de todo conocimiento, es porque existe un lenguaje a través del cual éste es capaz de hacer tales cuestionamientos.

El mismo *cogito ergo sum* de Descartes¹³⁰ es una prueba de que el lenguaje es el fundamento de la duda: en efecto, al dudar de todo, no estamos aceptando nuestra propia existencia sino, por el contrario, estamos admitiendo la existencia

¹²⁹ Antonio GONZÁLEZ, *Estructuras de la praxis, Ensayo de una filosofía primera*, Madrid, Trotta, 1997, p. 27.

¹³⁰ René DESCARTES, *Discurso del método*, 2ª ed., Madrid, Espasa Calpe, trad. Manuel García Morente, 2007, cuarta parte, p. 66.

del lenguaje. Sin el lenguaje no sólo no podríamos dudar, sino tampoco podríamos existir en la medida en que no podríamos predicar nuestra existencia. Puesto que el lenguaje existe es que Descartes puede dudar.

Vemos así cómo el tercer cuerno del trilema se derrumba, como un perro mordiendo la propia cola, al exigir para todo un presupuesto, cuando él mismo parte de uno: el lenguaje, sin el cual no existiría la posibilidad discursiva de cuestionarlo todo. El conocimiento no puede partir de la nada. Los presupuestos son inevitables:

*Gadamer aporta una razón poderosa para sostener la inevitabilidad y productividad de los presupuestos: la constitutiva lingüística de toda comprensión humana. Frente a ella, de poco sirve apelar a los intentos filosóficos de construir lenguajes perfectos, absolutamente libres de prejuicios, tal como sucedió en el contexto del neopositivismo lógico*¹³¹.

Ahora, lo importante según la hermenéutica es la validez de los puntos de partida puesto que no todo presupuesto es válido. Gadamer distingue entre presupuestos legítimos e ilegítimos¹³². El lenguaje pertenece a los primeros. El criterio para determinar si un presupuesto es legítimo o no es el juicio histórico: *“no hay otro modo de discernir entre los presupuestos legítimos e ilegítimos que entregarse a la historia misma de la experiencia hermenéutica. Ella consiste en un círculo en el que la tradición es interpretada desde la tradición misma”*¹³³.

Sometamos, pues, a juicio los dos presupuestos del presente trabajo: la mecánica cuántica según la Interpretación de Copenhague, y el lenguaje y su relación constitutiva con la realidad. El lenguaje, como se indicó en el párrafo anterior, según Gadamer, es un presupuesto legítimo, por lo que restaría solamente evaluar el primer presupuesto: la Interpretación de Copenhague de la mecánica cuántica.

La mecánica cuántica representa, históricamente hablando, un avance en la comprensión de la realidad respecto de su antecesora, la mecánica newtoniana, gracias a su capacidad para explicar los fenómenos cuánticos, que no tienen cabida en la teoría clásica. No obstante, aquella ha tenido múltiples interpretaciones, y nosotros sólo hemos tomado una de ellas (la de Copenhague).

¹³¹ A. GONZÁLEZ, *Estructuras de la praxis*, op. Cit., p. 25, cursivas son del original.

¹³² *Ibidem*, p. 26.

¹³³ *Ibidem*, p. 27.

Sin embargo, no vamos a someter a discusión las demás interpretaciones de la mecánica cuántica, no sólo porque ello excedería los límites propios del presente trabajo, sino fundamentalmente porque no es necesario: en la medida en que no existe unanimidad frente a cuál interpretación de la mecánica cuántica es la más correcta¹³⁴, cualquiera de ellas es válida como punto de partida. Quien considere que la interpretación de Copenhague no es correcta, deberá refutarlo.

En vista de que este segundo presupuesto (la Interpretación de Copenhague de la mecánica cuántica) supera el juicio histórico para determinar si es válido como punto de partida, resulta de esta manera que las conclusiones de la presente investigación son igualmente válidas en la medida en que los presupuestos de los que parte –según el criterio hermenéutico– son legítimos, y porque su fundamentación está libre de los vicios lógicos de los dos primeros cuernos del trilema de Münchhausen, recordando que el tercer cuerno del trilema ha sido refutado hermenéuticamente razón por la cual no hay necesidad de superarlo.

Por consiguiente, tal como lo prometimos al principio, nuestra tesis de la fundamentación cuántica de la obligatoriedad del precedente es capaz de superar los desafíos del trilema de Münchhausen, y da cuenta del proceso de creación de normas jurídicas a partir de la comprensión misma del fenómeno interpretativo llevado a cabo por el juez, visto a la luz de la Interpretación de Copenhague de la mecánica cuántica.

Finalmente, hemos podido derrotar en justa válida al temible *león* sin necesidad de apelar a historias o cuentos fantásticos como los del reconocido Barón y, triunfalmente ilesos, debemos reconocer que esto no hubiera sido posible sin la ayuda de nuestro misterioso *gato*, el cual representa en sí mismo los misterios del estudio del mundo cuántico, que no dejan de maravillar a quienes –así sea tangencialmente– nos acercamos a él.

¹³⁴ Al respecto véase *supra*, punto 2.1.

BIBLIOGRAFÍA

- Javier Orlando AGUIRRE ROMÁN, Alonso SILVA ROJAS, y Vanessa PÉREZ ROSALES, *Lenguaje y Derecho: Habermas y el debate iusfilosófico*, Bucaramanga (Colombia), Publicaciones UIS, 2007.
- Hans ALBERT, *Tratado sobre la razón crítica* (1968), Bs. As., Sur, trad. Rafael Gutiérrez, 1973.
- Robert ALEXANDER, *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), 2ª ed., Madrid, CEPC, trad. M. Atienza e I. Espejo, 2007.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales* (1985), Madrid, CEC, trad. E. Garzón Valdés, 1993.
- Isaac ASIMOV, *Cien preguntas básicas sobre la ciencia*, Madrid, Alianza Editorial, trad. M. Paredes, 1979.
- ARISTÓTELES, *Tratados de lógica (El Organón)*, 11ª ed., México, Porrúa, trad. Patricio de Azcárate, 2004.
- Carlos BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Emilio BETTI, *Teoría general del negocio jurídico* (1943), Madrid, Revista de Derecho Privado, trad. A. Martín Pérez, 1959.
- BLACK'S LAW DICTIONARY, 2ª ed., en la web: <http://blackslawdictionaryonline.com/blacks-law-dictionary-read-online/>, fecha de consulta 2 de marzo de 2011
- Antonio BOHÓRQUEZ ORDUZ, *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*, V. I, 3ª ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2004.
- Bertolt BRECHT, *A Short Organum for the Theatre*, 1948, en la web: <http://blogs.evergreen.edu/stagesofdiscovery/files/2011/10/Brecht-2.pdf>
- Louis DE BROGLIE, *La física nueva y los cuantos* (1937), 5ª ed., Buenos Aires, Losada, trad. Juan Guixé, 1965.
- Luis DE LA PEÑA, *Introducción a la mecánica cuántica*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, UNAM, 2006.
- Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio* (1977), Barcelona, Ariel, trad. M. Guastavino, 1984.
- René DESCARTES, *Discurso del método*, 2ª ed., Madrid, Espasa Calpe, trad. Manuel García Morente, 2007.
- Carla FARALLI, *La filosofía del derecho contemporánea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, trad. S. Perea, 2007.
- A. P. FRENCH y Edwin TAYLOR, *Introducción a la física cuántica, MIT Physics Course*, Barcelona, Reverté, trad. José Aguilar Peris, 2003.

- Amílcar FUNES, “Atreverse con la mecánica cuántica”, en: *Boletín del Centro Naval*, No. 809, Buenos Aires, Septiembre/diciembre de 2004, pp. 373-386.
- H. G. GADAMER, *Verdad y método, Fundamentos de una hermenéutica filosófica* (1960), I, 4ª ed., Salamanca, Sígueme, trad. A. Agud Aparicio y R. de Agapito, 1991.
- George GAMOW, *Biografía de la física*, Estella (Navarra), Salvat, trad. Fernando Vela, 1971.
- Eduardo GARCÍA MÁYNES, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1996.
_____. *Introducción al estudio del derecho*, 45ª ed., México, Porrúa, 1993.
- Laureano GÓMEZ SERRANO, *Epícloos, Apuntes sobre Filosofía de la Ciencia*, Bucaramanga, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 1994.
_____. *Hermenéutica jurídica, La interpretación a la luz de la Constitución*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2008.
- Antonio GONZÁLEZ, *Estructuras de la praxis, Ensayo de una filosofía primera*, Madrid, Trotta, 1997.
- J. HABERMAS, *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, Barcelona-Bs. As.-México, Paidós, 2003.
- Isaac HALPERIN, *El contrato de seguro (seguros terrestres)*, Buenos Aires, TEA, 1946.
- H. L. A. HART, *El concepto de derecho* (1961), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, trad. G. Carrió, 1963.
- Steven HOLZNER, *Physics I For Dummies*, 2ª ed., Indianápolis (Indiana), 2011.
- Louis JOSSERAND, *Cinco conferencias*, Bogotá, Editorial Cromos, trad. Carlos Valencia Estrada, 1943.
- Arthur KAUFMANN, *Filosofía del derecho* (1997), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, trad. L. Villar Borda y A. Montoya, 1999.
- Hans KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado* (1945), 3ª ed., México, UNAM, trad. E. García Máynes, 1969.
_____. *Teoría pura del derecho* (1934), 10ª ed., Bs. As., Eudeba, 1971.
_____. *Teoría pura del derecho* (1960), México, UNAM, trad. R. Vernengo, 1979.
- *La fuerza de las palabras*, 2ª ed., México, Selecciones Reader's Digest, 1978.

- Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho* (1979), 2ª ed., Barcelona, Ariel, trad. M. Rodríguez Molinero, 1994.
- Diego LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2006.
- _____. *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2007.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, México, Oxford University Press México, 1999.
- Mariano MORENO VILLA, *Filosofía*, Vol. IV, *Historia de la filosofía moderna y contemporánea*, Sevilla, MAD, 2003.
- J. Rubén MORONES IBARRA, “Los misterios del mundo cuántico”, en: *Ingenierías, Revista de la Facultad de Ingeniería Mecánica y Eléctrica*, Monterrey, Universidad Autónoma de Nuevo León, Vol. VIII, No. 26, Enero-Marzo de 2005, pp. 12-21.
- Natalio MURATTI, *Elementos económicos, técnicos y jurídicos del seguro*, 2ª ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1955.
- J. Efrén OSSA, *Tratado Elemental de Seguros*, 2ª ed., Bogotá, Lerner, 1963.
- PLATÓN, *Obras Completas*, 2ª ed., Madrid, Aguilar, 1979.
- Karl POPPER, *Teoría cuántica y el cisma en Física, Post Scriptum a la lógica de la investigación científica*, Vol. III, 2ª ed., Madrid, Tecnos, trad. Marta Sansigre, 1992.
- Rudolf Erich RASPE, *Las aventuras del barón de Münchhausen*, Madrid, Ediciones Gaviota, trad. Luis Álvarez, 2001.
- Pedro SERNA (editor), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, 2ª ed., Granada, Comares, 2005.
- José TRÍAS MONGE, *Teoría de la Adjudicación*, San Juan, Universidad de Puerto Rico, 2000.
- Gianni VATTIMO, *Comprender el mundo-transformar el mundo*, en: “*El ser que puede ser comprendido es lenguaje*”, *Homenaje a Hans-Georg Gadamer* (2001), Madrid, Síntesis, trad. Antonio Gómez Ramos, 2003, pp. 59-69.
- Friedrich WAISMANN, “*Verifiability*”, en: FLEW, Antony (editor). *Essays on Logic and Language*, Oxford, 1951, en la web: <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>.
- Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil* (1992), 7ª ed., Madrid, Trotta, trad. De M. Gascón, 2007.

SENTENCIAS

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 May. 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. No. 0832-01.
- Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil, 5 Jul. 1994, M.P. Antonio Bohórquez, rad. 027-1994.
- Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil, 14 Ago. 2001, M.P. Antonio Bohórquez, rad. 193-2001.
- Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil, 18 Sep. 2002, M.P. Antonio Bohórquez, rad. 477-2002.
- Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil, 6 Oct. 2004, M.P. Antonio Bohórquez, rad. 437-2004.