

REVISTA

CRITERIO JURÍDICO



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

Rector

Luis Felipe Gómez Restrepo, S.J.

Vicerrectora Académica

Ingrid Schuler García, Ph.D.

Vicerrector del Medio Universitario

Luis Alfonso Castellanos, S.J.

Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales

Decana Académica

Teresita Sevilla Peñuela

Director del Departamento de Ciencia Jurídica y Política

Carlos Andrés Delvasto, Ph.D.

Directora del Programa Académico de Derecho

Carolina Conde Giraldo

Par Académico Evaluador

Jairo Vladimir Llano, Ph.D. en Derecho

Periodicidad: Anual

Correspondencia, suscripciones y solicitudes de canje:

Calle 18 No. 118-250, Vía Pance

Santiago de Cali, Valle del Cauca

Pontificia Universidad Javeriana

Teléfonos (57-2) 3218200 Ext. 8202, 8180 • Fax 555 2550

criteriojuridico@javerianacali.edu.co

<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico>

Formato 17 x 24 cm

Sello Editorial Javeriano Cali

Coordinadora: Claudia Lorena González G.

©Derechos Reservados

©Sello Editorial Javeriano

Corrección de estilo: Luisa María Vidal

Concepto gráfico: Paola A. Quiñones W.

Impresión: Carvajal S.A.S.



AUTORES

Hans Hagemann Llanos
Juan Carlos Siuffi Campo
Sebastián Gutiérrez

Juan Manuel Ortiz García
Miguel Ángel Rojas Campo
Julián Felipe Real Barona

Juan Camilo Rodríguez
Luciana F. Onori Villalobos
Sofía Mena Zuluaga

ÍNDICE

8

PRÓLOGO

15

RESUMEN

17

**EL LENGUAJE COMO MECANISMO DE
COMUNICACIÓN DISCURSIVA POR EXCELENCIA
PARA LA HUMANIDAD**

**Una perspectiva dinámica sobre la retórica,
la poética y la hermenéutica en el Derecho**

Hans Hagemann Llanos

I. Introducción

II. Objetivo

III. Problema y Pregunta de Investigación

IV. Justificación Metodológica

V. Discusión Teórica

VI. Conclusión

VII. Referencias

40

**CONCEBIR COHERENTEMENTE
APORTES DE ALEKSANDER PECZENIK A LA TEORÍA
DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

Juan Carlos Siuffi Campo

I. Introducción y Contexto

II. Objetivo

III. Problema y Pregunta de Investigación

IV. Justificación Metodológica

V. Discusión Teórica

VI. Conclusiones

VI. Referencias

58

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD JURIDICCIONAL, PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS DIFÍCILES – TEORÍA INTEGRADORA DE NEIL MACCORMICK

Sebastián Gutiérrez Vanegas

- I. Introducción*
- II. Objetivo*
- III. Problema y Pregunta de Investigación*
- IV. Justificación Metodológica*
- V. Discusión Teórica*
- VI. Conclusión*
- VII. Referencias*

74

RONALD DWORKIN Y H.L.A HART SOBRE LA TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO Y LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL.

Juan Manuel Ortiz García

- I. Introducción*
- II. Objetivo*
- III. Problema y Pregunta de Investigación*
- IV. Discusión Teórica*
- V. Conclusión*
- VI. Referencias*

95

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS SOCIALES Y JURÍDICOS

Miguel Ángel Rojas Campo

- I. Introducción*
- II. Objetivo*
- III. Problema y Pregunta de Investigación*
- IV. Justificación Metodológica*
- V. Discusión Teórica*
- VI. Conclusión*
- VII. Referencias*

108

**ROBERT ALEXY – PRINCIPALES ELEMENTOS DE SU
FILOSOFÍA DEL DERECHO**

Julián Felipe Real Barona

- I. Introducción*
- II. Objetivo*
- III. Problema y Pregunta de Investigación*
- IV. Justificación Metodológica*
- V. Discusión Teórica*
- VII. Referencias*

125

**LA INCERTIDUMBRE RACIONAL Y CAUSAL EN LAS
NORMAS DESDE LA PERSPECTIVA REALISTA Y LA
PROPUESTA DE BRIAN LEITER**

Juan Camilo Rodríguez

- I. Introducción*
- II. Objetivo*
- III. Problema y Pregunta de Investigación*
- IV. Discusión Teórica*
- V. Conclusión*
- VI. Referencias*

135

**LA EXISTENCIA DE LAS DISTINTAS TEORÍAS
JURÍDICAS DESDE LA ÓPTICA DE BRIAN BIX**

Luciana F. Onori Villalobos

- I. Introducción*
- II. Objetivo*
- III. Problema y Pregunta de Investigación*
- IV. Justificación Metodológica*
- V. Discusión Teórica*
- VI. Conclusion*
- VII. Referencias*

149

**AULIS AARNIO – ANÁLISIS DE LA JUSTIFICACIÓN EN
LAS DECISIONES JURÍDICAS**

Sofía Mena Zuluaga*

- I. Introducción*
- II. Objetivo.*
- III. Problema y Pregunta de Investigación.*
- IV. Justificación Metodológica.*
- V. Discusión Teórica.*
- VI. Conclusión.*
- V. Referencias.*



RESUMEN

“La revista Criterio Jurídico es la revista jurídica del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana - Cali. Ha sido publicada desde el año 2001, y siempre ha procurado reunir artículos jurídicos de la más alta calidad. La revista no se limita a ningún campo específico dentro del derecho, y tampoco se circunscribe al ámbito del derecho colombiano. A partir del 2021, Criterio Jurídico es una publicación anual y mantiene en alto los estándares académicos que la han caracterizado. En esta ocasión la revista recoge los resultados de investigación del semillero SIGNOS. Este semillero de investigación surgió como una iniciativa estudiantil, en el año 2019, con la idea de estudiar, comprender e interpretar el concepto del Derecho desde las teorías hermenéuticas, argumentativas y epistemológicas contemporáneas. Las oscilaciones de las teorías jurídicas, especialmente, aquellas relacionadas con la ontología del Derecho, conducen a las disímiles aproximaciones a conceptos como la relación entre el Derecho y la Moral, la vinculación del Derecho a la Justicia, la ampliación del Concepto del Derecho a sus principios y más allá.”



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

PRÓLOGO

El semillero SIGNOS surgió como una iniciativa estudiantil, en el año 2019, con la idea de estudiar, comprender e interpretar el concepto del Derecho desde las teorías hermenéuticas, argumentativas y epistemológicas contemporáneas. Las oscilaciones de las teorías jurídicas, especialmente, aquellas relacionadas con la ontología del Derecho, conducen a las disímiles aproximaciones a conceptos como la relación entre el Derecho y la Moral, la vinculación del Derecho a la Justicia, la ampliación del Concepto del Derecho a sus principios y más allá.

Estos vaivenes sugieren críticas continuas bajo estructuras conceptuales que se concretan, en particular, en preguntas sobre la formación crítica y la constante disputa entre teorías rivales. La teoría contemporánea del Derecho asegura que los casos particulares se deben resolver mediante la interpretación, argumentación y concreción del Derecho. Este postulado teóricamente se encuentra al interior de teorías contrapuestas, como el naturalismo jurídico frente al positivismo jurídico y sus derivados. Cada una de estas tendencias teóricas se han dedicado a sugerir al juez métodos y parámetros, sobre cómo debe decidir, en cada caso concreto. Han dedicado sus esfuerzos en presentar innumerables métodos de interpretación y formas argumentativas que generarían en el intérprete (juez) objetividad al momento de presentar una decisión judicial. Sin embargo, algunos jueces, incluso en Altas Cortes, no siguen esas escuelas y terminan generando sentencias con algún tinte de arbitrariedad o subjetividad.

Por ello, es necesario que la Universidad genere evidencias donde los estudiantes tomen conciencia de la importancia teórica de asumir de forma responsable el uso de las principales teorías sobre interpretación, argumentación y epistemología jurídica. El estudio de estas teorías genera seguridad en el intérprete al momento de decidir, y con ello, también se instala en una dimensión razonable, para evitar incertidumbre cognitiva y desigualdad interpretativa.

Según los parámetros propuestos por Gadamer y Brandom (2012) su investigación ha seguido los siguientes pasos: comprender, desocultar y proponer sentido y significado a los textos¹. Como plantea Gadamer

¹ GADAMER, H. (2012) Verdad y Método (M. Olasagasti, Trad.; 5a ed.). Sígueme

(2012) las cosas se nos presentan con una realidad común cuando hablamos de ellas, cuando usamos el lenguaje para interpretar. De esta forma, descubrir o desocultar, según la teoría hermenéutica, significa que el modo de ser de una cosa se nos revela hablando de ella. Por ello, para el análisis de sentencias y para la valoración de las teorías, se usará el método hermenéutico de comprensión. La función de la hermenéutica es acudir a los textos y buscar una buena interpretación de ellos, igualmente permite acudir a la selección de teorías y a la interpretación de estas en un proceso racional de comprensión. De esta forma, el método hermenéutico permite ir al significado de los textos, como parte de una comprensión lingüística. En la escritura de cada uno de los capítulos, los estudiantes abordaron la teoría de un autor concreto, afiliado a las teorías contemporáneas del Derecho relativas a la argumentación, interpretación y epistemología.

El conjunto de artículos se logró construir gracias a la Convocatoria para Semilleros de Investigación realizada por la Oficina de Investigación y Desarrollo de la Pontificia Universidad Javeriana Cali en el año 2020. Así, al interior de la pregunta general que se presentó en la Convocatoria referida, se pretendió expresar la necesidad de averiguar por los principales errores conceptuales, argumentativos e interpretativos a los que se enfrenta el juez al momento de decidir. En ese sentido, se ha planteado la siguiente pregunta particular para la presente investigación, que está alineada a la pregunta general mencionada: ¿cómo explicar los procesos interpretativos y argumentativos, a la luz de las teorías contemporáneas del Derecho y la epistemología jurídica? El Semillero SIGNOS pretende realizar publicaciones periódicas, con el fin de lograr en los estudiantes competencias, contextuales, hermenéuticas y textuales, materializadas en la oportunidad de ejercer como editores, correctores de estilo y escritores.

Se trata de 9 artículos discriminados así:



El primer capítulo se refiere a la investigación de Hans Hagemann Llanos, quien expresa la condición estructural del lenguaje para la ciencia jurídica, en respaldo a la interpretación, comprensión y producción jurídica bajo ejes centrales como la retórica, la poética y la hermenéutica. El lenguaje como condición misma de la existencia humana, es cambiante, y con ello, la

interpretación de todas las acciones humanas, a las que el Derecho consagra su tarea de la comprensión y entendimiento del mundo del deber ser. Ricoeur, Perelman, Viehweg, y Gadamer, otorgan respaldo a la ontología del lenguaje como discurso, como horizonte y como existencia misma.

2

El siguiente capítulo escrito por Juan Carlos Siuffi Campo, denominado *Concebir coherentemente – aportes de Aleksander Peczenik a la teoría de la argumentación jurídica*, subraya la necesidad de pensar en las razones como el primer encadenamiento de la gran cadena de la argumentación jurídica. A partir de este acercamiento, qué justifica una decisión o un acto, como una condición propia de nuestra cultura contemporánea. De acuerdo con Peczenik, el conocimiento se expresa mediante razones que van más allá de aquello que se conoce físicamente. El interés del capítulo se encuentra en comprender las relaciones que se establecen a partir de la teoría de la coherencia de Peczenik, y que se logra desde la pregunta por la existencia de objetos que no son palpables, que no podemos sentir, como los conceptos. La pregunta se expresa en el interrogante ¿CÓMO existen los conceptos jurídicos? en una relación con la metafísica y la epistemología.

3

El tercer capítulo está dedicado a la “*Argumentación jurídica de la actividad jurisdiccional, para la solución de casos difíciles – teoría integradora de Neil MacCormick*”, presentado por Sebastián Gutiérrez Vanegas. Este se dedica a analizar el concepto de argumentación jurídica como uno de los aspectos más importantes en la decisión judicial. La interpretación y argumentación judicial se puede enfrentar a casos difíciles, además, la misma argumentación exige solucionar de alguna manera las paradojas, antinomias y contradicciones. MacCormick ha mencionado que la interpretación debe ser entendida dentro del marco de la explicación de la argumentación práctica. Argumentar desde esta teoría se puede presentar como la actividad de formular argumentos a

favor o en contra de algo, en contextos prácticos, en cuyo caso se pueden usar métodos de heterointegración o de autointegración.

4

El cuarto capítulo está escrito por Juan Manuel Ortiz García, y se denomina: *“Ronald Dworkin y H.L.A Hart sobre la textura abierta del derecho y la discrecionalidad judicial”*, en él se explica la teoría de Dworkin como uno de los teóricos más representativos del concepto principialista. El concepto de Derecho en Dworkin representa el paradigma del concepto de Derecho como integración y supone una verdadera condición para totalizar en él aspectos que antes de la incursión de esta teoría se veían alejados del Derecho, como la política y la moral.

5

El capítulo quinto está dedicado al *“Principio de proporcionalidad como solución a los conflictos sociales y jurídicos”* y está escrito por Miguel Ángel Rojas Campo. Este capítulo detalla el proceso para otorgar peso a los principios y como su uso en casos particulares representa un nuevo concepto del Derecho, desde la participación activa del juez, en la búsqueda de los principios, y en el uso de la racionalidad para decidir, de acuerdo con la afectación de estos en cada caso concreto. Esta teoría busca garantizar la condición del principio como estándar fundamental para la decisión judicial, principalmente en aspectos como la justicia, la equidad y el debido proceso.

6

El sexto capítulo contiene aspectos fundantes de la teoría de Alexy, y se denomina: *“Robert Alexy – principales elementos de su filosofía del derecho”*, este está escrito por Julián Felipe Real Barona, quien analiza la teoría de Alexy en cuanto superación del positivismo. Se plantea que, según Alexy, es necesario pensar en la dimensión ideal del Derecho como un ideal de corrección moral, que resulta ser el elemento más complicado de la doble naturaleza del Derecho. Si se añade esta corrección moral debe por consiguiente producirse un cambio fundamental en la concepción del Derecho. Surgen los

casos difíciles que requieren una interpretación mas profunda con mejores y fundamentadas decisiones. El planteamiento de una pretensión de corrección se compone de: 1) una afirmación de corrección; 2) una aseveración de justificabilidad y 3) Aceptación social.

7

El séptimo capítulo se dedica a la “Incertidumbre racional y causal en las normas desde la perspectiva realista y la propuesta de Brian Leiter”, el autor es Juan Camilo Rodríguez. En este capítulo se aborda la teoría de Brian Leiter, que desde el naturalismo e intentando describir las conductas de los jueces, busca explicar que una interpretación más estricta o amplia no es la solución a la indeterminación racional, en tanto, esas interpretaciones están limitadas a las propias fuentes del derecho y crean normas muy específicas o muy generales. Además, al parecer, las razones jurídicas no son suficientes para justificar una decisión judicial.

8

El capítulo octavo tiene relación con “*La existencia de las distintas teorías jurídicas desde la óptica de Brian Bix*” y es expuesto por Luciana F. Onori Villalobos. En este capítulo se analiza a Brian Bix quién concibe el concepto de “*teoría jurídica*” desde el análisis de las teorías acerca de la naturaleza del Derecho, la naturaleza de los conceptos jurídicos particulares y el razonamiento jurídico. Bix se centra en la teoría analítica del derecho y sus enfoques, como las teorías analíticas de la naturaleza básica del derecho y de los conceptos jurídicos. Estos acercamientos se realizan como descripción de las diferentes teorías epistémicas del Derecho, con el fin de integrarlos al concepto del derecho y la teoría interpretativa.

9

El capítulo noveno, se refiere a la teoría de Aulis Aarnio, y se denomina: “*Aulis Aarnio – análisis de la justificación en las decisiones jurídicas*” escrito por Sofía Mena Zuluaga. Se analiza, como Aulis Aarnio ha desarrollado su teoría de la argumentación jurídica, desde la exigencia doble de racionalidad y razonabilidad, siempre vinculado a un



punto de vista de comunidad racional. Aarnio expone las principales características de un razonamiento jurídico desde tres perspectivas diferentes: la descripción heurística, la explicación causal o intencional y, por último, el aspecto justificatorio.

Los artículos están escritos y dedicados a la constancia e interés académico de los estudiantes de Derecho, que han creído en la posibilidad de contemplar y cruzar caminos bajo múltiples horizontes y condiciones de esperanza, imaginando un mundo participativo, creativo y pensante, en el que se hacen presentes, y en dónde es permitido conocer, comprender y pensar, más allá y más acá.

Liliana Ortiz Bolaños

Directora Semillero SIGNOS



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

**EL LENGUAJE
COMO MECANISMO DE
COMUNICACIÓN DISCURSIVA
POR EXCELENCIA PARA
LA HUMANIDAD**

*Una perspectiva dinámica sobre la
retórica, la poética y la hermenéutica
en el Derecho*

Hans Hagemann Llanos

EL LENGUAJE COMO MECANISMO DE COMUNICACIÓN DISCURSIVA POR EXCELENCIA PARA LA HUMANIDAD

Una perspectiva dinámica sobre la retórica, la poética y la hermenéutica en el Derecho

Hans Hagemann Llanos



SUMARIO:

I. Introducción.

II. Objetivo.

III. Problema y pregunta de investigación.

IV. Justificación metodológica.

V. Discusión teórica.

VI. Conclusión.

VII. Referencias.

Introducción

El lenguaje fue, ha sido y, sin duda alguna, siempre será el instrumento de comunicación magistral para los seres humanos. Desde milenios atrás, la misma humanidad se ha encargado de modificarlo y adaptarlo a los distintos escenarios en los que está inmerso. No obstante, todas las disciplinas del conocimiento han adoptado una diversidad de espectros para aquel medio de expresión y comunicación que siempre ha estado presente en nuestra duración como raza humana.

Ahora bien, es cierto que el lenguaje se manifiesta por medio de muchas dinámicas del ser. Sin embargo, el eje central de esta producción estará enfatizado en la retórica, la poética y la hermenéutica, especialmente en el campo del Derecho, una ciencia jurídica bastante “sencilla” de entender, pero algo compleja para interpretar y aplicar. El lenguaje jurídico es cambiante, y a eso debemos hacer referencia en primer lugar, con el fin de entender cómo las modalidades de

lenguaje mencionadas con antelación, pueden contribuir a la solución de flagelos interpretativos, aplicativos y argumentativos de esta rama del conocimiento tan extensa y tan abstracta.

Cabe resaltar que son las teorías del lenguaje, de la hermenéutica, de la retórica, de la argumentación y demás afines a la temática a tratar, las cuales permitirán un desarrollo integral de este, además de una propuesta de valor que contribuya a la correcta interpretación, adaptación, aplicación y argumentación de la ciencia jurídica. Sin embargo, es de destacar que un marco teórico como el que se va a exponer posteriormente, al ser tan diverso y un poco indeterminado, así como puede contribuir a que se pueda aplicar el lenguaje jurídico para la vida práctica de los profesionales en esta ciencia, también puede ampliar la abstracción que se tiene de este tema en términos de proponer nuevas alternativas que construyan el elemento máspreciado en estos momentos para la humanidad: el conocimiento. Y es que materialmente hablando, todas las teorías, mecanismos lingüísticos y demás herramientas que producen conocimiento, son aquellas que permiten vislumbrar el futuro y aterrizar el presente de nuestro planeta, dado que la producción cognoscitiva posee un valor inalcanzable a la hora de poder ejercer cualquier tipo de actividad en la vida de los seres humanos.

Además, el conocimiento no se puede divulgar propiciamente sin el eje central de esta producción: el lenguaje. Así mismo, el lenguaje es el que permite desarrollar habilidades de persuasión en el ámbito discursivo, poético y retórico; y la comprensión en el ámbito interpretativo y argumentativo. El conocimiento y el lenguaje son recíprocos y correlativos así muchos no lo conciban de esta manera, dado que, sin conocimiento alguno, la expresión lingüística no se puede llevar a cabo, y por otro lado, sin lenguaje, el conocimiento no se puede producir adecuadamente. Estas son las discusiones teóricas y de carácter hermenéutico que a muchos aquejan, pero que, por medio de la explicación y el desarrollo teórico de este texto, podrán convertirse en dilemas resueltos y aplicables en el presente global.

Objetivo

No cabe duda alguna que, como ya se manifestó, el lenguaje y el conocimiento son claves intrínsecas para el pleno desarrollo del potencial cognoscitivo y social del ser humano. Es por esto, que el objetivo principal de esta producción consiste en aplicar las diversas teorías que existen en la actualidad sobre el lenguaje y el conocimiento, para aplicarlas a la discusión acerca de la comunicación discursiva en el Derecho, teniendo en cuenta y tomando como base las perspectivas retóricas, poéticas y hermenéuticas de Paul Ricoeur y otros autores relevantes para la temática a tratar, con el fin de ofrecer una mirada integral hacia la construcción de un mejor lenguaje y un amplio sustento argumentativo para la ciencia del Derecho.

Problema Y Pregunta De Investigación.

El problema de investigación gira en torno al desarrollo del lenguaje como mecanismo intrínseco del ser humano a nivel discursivo, empleando las técnicas de retórica, poética, hermenéutica y argumentación, con el propósito de encontrarle mayor y mejor sentido al Derecho como esfera del conocimiento. Todo esto partiendo de la pregunta: ¿Cómo el lenguaje permite desarrollar a través de sus diversas expresiones el conocimiento en el Derecho como ciencia jurídica?

Justificación Metodológica

Al ser muy ambiciosa la propuesta y diferentes componentes confluyen para poder dar un sentido mayor al lenguaje como método de comunicación discursiva para el ser humano, y en especial para el mundo de la ciencia jurídica, este trabajo se dividirá en dos etapas lo suficientemente integrales, con el fin de dar un desarrollo profundo pero cabal al tema a tratar. Se revisarán textos escritos por destacados juristas y literarios como Gadamer, Perelman, Putnam y en especial, el eje central de esta temática y fiel exponente de la hermenéutica y el discurso: Paul Ricoeur.

Discusión Teórica

¿Qué Es El Lenguaje YCuál Es Su Relación Con El Discurso?

Siguiendo la línea de Paul Ricoeur (1970) en el texto “*Retórica, poética y hermenéutica*”, el lenguaje se lleva a cabo de acuerdo a la fórmula “alguien dice algo a alguien sobre algo” (p.79). Ahora bien, teniendo en cuenta esta fórmula, también es necesario mencionar la que se da de discurso en la misma producción, siendo este: “una unidad semántica de dimensión frástica” (p. 79) que adquiere su carácter discursivo por “una articulación mediante unidades semánticas mayores que la frase” (p. 80).

Sin embargo, a sabiendas de las definiciones de lenguaje y discurso ofrecidas por el francés, es necesario partir del hecho que se mencionaba en la introducción, e incluso en el título de este texto, considerando que el lenguaje es el mecanismo de comunicación discursiva por excelencia de la humanidad. Por esto, no es en vano afirmarlo, dado que, a través de la historia de la raza humana, se han evidenciado una diversidad enorme de tipologías lingüísticas que han permitido la adecuada comunicación entre dos o más seres. Noam Chomsky (1986) es, sin duda, uno de los mayores abanderados de la teoría de discontinuidad, por medio de la cual sostiene que una mutación celular en el cerebro de un ser humano hace aproximadamente 100.000 años, fue la que dio paso a la emergencia de una facultad lingüística de manera “perfecta” o “casi perfecta”. Esto, por supuesto, quiere decir que aquel lenguaje que se originó miles de años atrás, ha evolucionado a través de la escritura, de la oralidad, de la virtualidad y de múltiples otras expresiones de este descubrimiento humano, ha permitido expandir el aspecto cognoscitivo que nos distingue como especie. Así mismo, el lenguaje a través del discurso, ha sido de suma efectividad para la adecuada comunicación entre la humanidad, y más allá de esto, a través del desarrollo de las tecnologías en la actualidad, se evidencia la comunicación como un avance gigantesco desde los orígenes.

De acuerdo con lo planteado y teniendo en cuenta los orígenes brindados por Chomsky, y las tecnicidades y definiciones que brinda Ricoeur, es posible determinar una relación magistral entre el elemento lenguaje y el elemento discurso, los cuales, mezclados,

permiten una comunicación efectiva para la humanidad. Es así, que retomando el aspecto lingüístico de Ricoeur cuando menciona “alguien dice algo a alguien sobre algo” y una “unidad semántica de dimensión frástica”, es válido recalcar que el hecho de decir que el lenguaje se termina convirtiendo en un discurso es totalmente certero, así se vea extremadamente difícil realizar esta conversión, dado que al decir algo a alguien implica comunicarse por medio de palabras, las cuales unidas por frases, crean discurso. El lenguaje de la humanidad se da a través de discursos y es algo que nadie puede evadir, ya que, desde la simpleza de la comunicación y la expresión oral, escrita y demás que existen, el ser humano puede manifestarse. Y es que oral o escrito no implica únicamente a través de palabras o una hoja de papel respectivamente, sino gestualmente, semióticamente y diversas otras maneras que acogen estas modalidades comunicativas.

Por otro lado, la construcción de un discurso es una idea que debe plasmarse en la veracidad y efectividad de este. Ricoeur (1970) expone que es posible realizar la comprobación de cómo se da el proceso de nacimiento y la producción de la interpretación discursiva. Todo esto se da por medio de un proceso muy sencillo donde se da un diálogo, con una construcción conceptual y ampliada en el contenido de un texto. Así mismo, estos elementos dan paso a la relación entre la poética, la hermenéutica, la argumentación, y demás conjuntos lingüísticos que permiten enfocar al lenguaje como mecanismo propicio de comunicación. La poética es concebida por Ricoeur (1970) como la imaginación, como una creación un poco alejada de la realidad. Sin embargo, posterior a ello, aclara el francés que la verdad está ligada a la construcción de una realidad que puede llegar a ser imaginada, interpretada (a través de la hermenéutica), argumentada, etc.

Las Expresiones Del Lenguaje En El Discurso (Retórica, Poética, Hermenéutica Y Argumentación)

Retórica.

Como se dijo anteriormente, son expresiones del lenguaje la retórica, la poética, la hermenéutica, la argumentación y diversas otras. Sin

embargo, centraremos la atención en estas cuatro mencionadas. Ricoeur y Perelman son fieles exponentes de estas disciplinas y sin duda, contribuirán sus teorías a una mejor investigación y exposición del tema.

En primer lugar, Ricoeur (1970), como ya se ha expuesto con antelación, hace referencia a la retórica como “la disciplina más antigua del uso discursivo del lenguaje” (p. 80). Surgió aproximadamente en el siglo VI antes de la presente era, además, tiene rasgos distintivos de otros usos discursivos lingüísticos. En primer lugar, el centro del discurso, dado que es el que debe abarcar el campo completo a nivel lingüístico en cualquier especie discursiva. Así mismo, es Aristóteles quien define las situaciones típicas de un discurso, y esto lo reitera Ricoeur en su obra. Tres géneros componen a la oratoria según el afamado filósofo griego: el deliberativo, el judicial y, por último, el epidíctico o demostrativo. Además, cada uno supone de diversos escenarios y auditorios para su expresión y aplicación. Sin embargo, en cada rama genérica, el discurso considera la toma de una decisión en medio de un conflicto o una controversia.

Ahora bien, subsiguiente al centro del discurso como primer elemento, está el rol argumentativo como

“modo de razonamiento situado a medio camino entre la coacción de lo necesario y lo arbitrario de lo contingente”
(Ricoeur, 1970, p. 80).

Con estas magistrales palabras, el francés Paul Ricoeur posiciona en su obra a la argumentación como medio idóneo para la aplicación adecuada de la retórica en su uso discursivo. Además, se relaciona con la dialéctica aristotélica, conlleva una mixtura perfecta a la hora de emplear un discurso en una situación determinada y a un público determinado de igual forma. La argumentación cobra suprema importancia en la razón práctica y deliberativa del discurso, ya que esta permitirá la persuasión o la disuasión a un auditorio. No hay más para decir sobre este asunto, ya que, en esta fase de la retórica, cobran importancia las palabras, la expresión y la práctica del discurso. De eso depende la buena y la mala argumentación.

Es de recalcar, que para Ricoeur los elementos de la retórica no solamente son el centro y la argumentación. También un rasgo

distintivo de este uso discursivo del lenguaje es la pretensión de orientarse hacia el oyente o la técnica de persuasión que ya se mencionaba con anterioridad. Y es que, si una persona decide emplear la retórica en su discurso, es necesario que lo focalice en un eje central, que lo argumente y exponga a plenitud las razones por medio de las cuales debe el auditorio convencerse o no sobre aquella idea, y más importante aún, el elemento final que supone persuadir. Sin persuasión, el discurso quedaría obsoleto en esta fase de la retórica, y en vano sería argumentar y no convencer.

El cuarto elemento y, sin duda, uno bastante independiente de los demás, es el estilo y la elocución discursiva. Sin embargo, como bien se ha dicho, es el orador quien independientemente realiza el discurso, argumenta y persuade. Así las cosas, esto requiere de un talento innato para construir un estilo autóctono que permita llegar a la mayor parte del auditorio a quien se expone el discurso. Si bien este es el último paso para perfeccionar la retórica en su uso discursivo del lenguaje, no es el menos importante, y es que sellar con un estilo propio, implica en otras palabras “inmortalizar” algo que es autóctono del orador y que pocos o nadie pueden imitarlo o asemejarlo. Claramente, la atracción de una audiencia frente al discurso que está siendo efectivo por medio de un orador, se debe distinguir de los demás, ya que esto también influirá en la persuasión que pueda ocasionar y el impacto que llegue a generar cualquier discurso.

Cabe destacar, además, que estos cuatro elementos por sí solos no pueden llegar a maximizar una retórica como uso del lenguaje. Esto anterior, debido a la convergencia y armonía que debe existir entre los cuatro componentes retóricos. Sin duda alguna, aquellos dan paso el uno al otro y se complementan entre sí, ya que, siguiendo la línea de Ricoeur, no se podría llevar a cabo un buen ejercicio de retórica, y, por ende, el lenguaje como medio de comunicación discursiva, no sería transmitido efectivamente a un público que permanecería en la incertidumbre por un orador que ni siquiera puede llevar a cabo una buena argumentación, un propio estilo, y, por ende, una persuasión efectiva.

Poética.

La poética como medio de expresión del lenguaje no debe ser entendida únicamente como la estructura rítmica y entre versos, ya que resultaría algo complejo la diferenciación entre los diferentes tipos de discursos como mecanismos lingüísticos.

La Real Academia Española (RAE por sus siglas) define la poesía como la: “Manifestación de la belleza o del sentimiento estético por medio de la palabra, en verso o en prosa”.

Por el contrario, para términos del trabajo y de la construcción de una correcta argumentación del texto, poético debe entenderse en el sentido aristotélico (Aristóteles, 1974) como producción y construcción del discurso. Es claro que, tanto la retórica, como la poética se entrecruzan en gran medida hacia lo probable. Sin embargo, ambos tienen fines completamente distintos. El poeta es un artesano que construye un discurso bastante distinguible de los demás, que tiene además de un ritmo establecido, una estructura definida que permite realizar la discrepancia con otros mecanismos lingüísticos de la comunicación discursiva (Ricoeur, 1970). Y es que, es el acto poético aquel que contiene una trama, una fábula y demás características ideológicas. Y he ahí el primer punto de diferencia con la retórica, ya que, como se mencionó, la retórica se trata simple y llanamente de argumentos, de cómo expresarlos y cómo focalizarlos hacia un eje central. La poesía tiene aún más libertad, a pesar de que a simple vista pueda notarse. Esto se da porque este mecanismo comunicativo, está compuesto por fantasías que permiten al autor y a quien lo enuncia a viva voz, imaginarse cuantas ilustraciones y locas ideas se le ocurra.

En cambio, la retórica no. La retórica consiste en definir una columna vertebral que es la idea, y desarrollarla por medio de argumentos sustentados en teorías o demás elementos aplicativos que permitan sostenerla (Ricoeur, 1970), de lo contrario, aquél discurso es inválido. La poesía por eso permite vivir lo no vivido, experimentar lo inexperimentado e imaginar lo que pocos hacen. Esta entonces brinda posiblemente mejores elementos para algunos, así como otros pueden pensar que la retórica es la que permite expresar sustentando

y un conflicto de nunca acabar. No es una discusión de hace dos, tres o diez años; es de más de dos milenios que la humanidad se encuentra en este conflicto, y que los famosos literarios, filósofos, filólogos, historiadores y demás exponentes de las ciencias sociales y humanidades, han tratado de encontrar respuesta, pero la única que han encontrado es la que las distingue y las hace auténticas.

Sin lugar a dudas, existe un fiel aspecto que las une y es donde el conflicto teórico cesa. El hecho es que existe poética en la retórica y eso no se puede contradecir fácilmente. La retórica bien o mal, existe también gracias a la formalidad de la poesía, y es aquella rama que se aleja de lo fantástico y supone de los elementos fácticos bastos, para crear un discurso propicio para persuadir a un auditorio a través de argumentos. Surge la duda de ¿Por qué entonces tanto conflicto para llegar a decir que existe poética en la retórica? Pues bien, en el sentido lógico, es válido afirmar que un argumento no termina siendo un experimento como venían siendo las ideas en la poética, sino una invención autóctona de quien va a sustentar una idea. Si una persona crea un argumento a través de un lenguaje asertivo y fácil de comprender, el efecto será supremamente positivo cuando salga a la luz el discurso sustentado. Por otro lado, si no se llega a dar un buen argumento, y es algo que posteriormente se expondrá a fondo, el discurso no se llevará a cabo óptimamente, y su propósito retórico de argumentar persuadiendo, terminará siendo en vano. Ahora bien, ¿Así como existe poética en la retórica, también existe retórica en la poética? La respuesta es que sí se puede dar. Esto se sustenta en el hecho de que el poeta no permanece en la argumentación, pero aquella laguna que distingue la poesía de la retórica que es el hecho de argumentar, supone un elemento importante al momento de mostrar a un personaje o de una trama o de una fantasía que quiera exponer el poeta. Ese es el preciso aspecto que permite a la retórica entrometerse en la poética.

El afamado profesor Perelman difiere un poco de la posición de Ricoeur en cuanto a la verificación de la creación de poesía a través de la analogía, la metáfora y demás, estableciendo que “el pensamiento filosófico, al no poder verificarse empíricamente, se desarrolla mediante argumentaciones que tienden a hacer que admitamos ciertas analogías y metáforas como elemento central de una visión del mundo” (Perelman, p. 138). Prácticamente Perelman desmiente lo

que Ricoeur soporta en su teoría de la poética y en su argumento de este uso del lenguaje como mecanismo asertivo en la comunicación discursiva.

En definitiva, la poética no debe desligarse de los medios lingüísticos que permiten expresar el discurso y la magnífica cualidad que poseen los seres humanos de poderse comunicar con otros de su misma especie a través del lenguaje y del conocimiento que lo ha producido. Este medio es esencial a la hora de analizar cómo el lenguaje influye e impacta en la vida de la humanidad y como permite la poética vislumbrar aspectos del discurso que en otros medios lingüísticos se puede reflejar, así como sus relaciones y discrepancias con la retórica fundamentada en la argumentación.

Hermenéutica.

La hermenéutica es, sin duda, una de las expresiones del lenguaje mejor empleadas por diversos teóricos y reconocidos autores a nivel global, ya que se resume en una palabra sinónima, la “interpretación”. La interpretación es algo fundamental que se ha dado a lo largo de la historia humana como mecanismo exegético de las diversas expresiones y acepciones lingüísticas existentes, ya que, por medio de ella, se puede construir una idea de lo que el autor de cualquier obra, discurso y demás, trata de decir y expresar a través de su producción.

Sin embargo, es necesario de nuevo hacer referencia a Paul Ricoeur como exponente de la hermenéutica en sus teorías del lenguaje, por medio de las cuales sostiene que esta se puede definir como “el arte de interpretar textos”, que además debe realizarse de manera plurívoca para la adecuada comprensión. El caso es que la hermenéutica permite conocer el sentido y la intención del discurso, lo cual hace que este medio de interpretación lingüística, sea de suma importancia para reconocer general y específicamente qué quiere decir el autor a través de sus palabras. En ese sentido, es aquel mecanismo de comprensión y entendimiento textual que contribuye a la retención de información de discursos fijados por la escritura misma, o por medio de otros monumentos de expresión del ser humano.

Ricoeur (1970) hace un viaje al pasado reconociendo los tres ámbitos que se desgajaron sucesivamente para el avance y la evolución de la hermenéutica. En primer lugar, hace referencia al canon del texto bíblico, el cual permitió identificar exegéticamente los aspectos relevantes del texto sagrado y su relación con la actualidad del entonces. Se realiza así mismo una distinción entre la exégesis y la hermenéutica, donde la primera tiene un marco limitado de interpretación, y la segunda es un discurso de segundo grado “sobre las reglas de la interpretación”. En segundo lugar, establece que la hermenéutica medieval constituyó un paso para identificar los cuatro sentidos de la Escritura, siendo estos el literal o histórico, el tropológico o moral, el alegórico o simbólico y el anagógico o místico. Esto supuso un avance con el texto que, quizás hizo que se desarrollara este mecanismo de expresión e interpretación lingüística en la humanidad. En tercer y último lugar, la hermenéutica bíblica surgió de nuevo con una integración de ciencias filológicas clásicas, permitiendo así que la exégesis alcanzara su nivel hermenéutico, permitiendo otorgar sentido a los textos con situaciones ajenas a las del discurso (p. 85).

Paul Ricoeur le hace abrir los ojos a sus lectores, dado que amplía la concepción de hermenéutica que comúnmente se tiene y que comúnmente se aplica en el mundo. Además, permite identificar cómo la hermenéutica no se queda únicamente estancada en cierto tipo de discursos, determinados y preestablecidos, sino que se comporta como la interpretación de todo el conocimiento que posee el ser humano en el mundo, tomando como base la ciencia y el empirismo para su adecuada aplicación (Ricoeur, 1970, p. 87).

Por otro lado, la hermenéutica del francés se opone teóricamente a la de Gadamer, si se entra a profundizar sobre este aspecto, dado que este último, propone una concepción no crítica, entendiendo la “comprensión” como una especie de ingreso de una tradición, mientras que Ricoeur postula la introducción de una dimensión mucho más crítica en la experiencia de la hermenéutica, siendo una de las preocupaciones de las ciencias humanas. Además, Ricoeur es un poco más flexible en cuanto a la adaptación de modelos de apropiación textual y busca una metodología compacta de las teorías con una propia finalidad hermenéutica (Ricoeur, 1970, p. 84). Claramente, esta postura tan abierta puede traer a colación un conflicto de interpretaciones, que sin duda, debe responder a

todas las controversias teóricas que pueden surgir si no se tiene un conocimiento y un bagaje suficiente para el correcto entendimiento y comprensión que tanto menciona Ricoeur de la hermenéutica. Y cabe resaltar que Gadamer (1960), el padre fundador de la Escuela Hermenéutica, sostuvo a través de su obra “*Verdad y Método*”, que, en otras palabras, el ser humano siempre que se acerca a leer un texto, lo hace a partir de un proyecto o de una idea preestablecida de lo que en realidad existe en él, y que, a través de la lectura, el proyecto o idea preestablecida varían y se reformulan por la diversa comprensión que existe e interpretación que se realiza.

Sumando a lo anteriormente mencionado, Paul Ricoeur es fiel a la concepción de que la hermenéutica contribuye al entendimiento de la existencia del ser humano en su máxima expresión, ya que parte de la simbología como un punto esencial en su análisis hermenéutico, permitiendo vislumbrar que esta es una cualidad para la verdadera interpretación de lo que la humanidad produce a través de su conocimiento. En el ámbito jurídico, la hermenéutica recobra un gran sentido, pues centra su postura en que la hermenéutica jurídica esté “centrada en la temática del debate, requiere una concepción dialéctica de las relaciones entre interpretación y argumentación” (Ricoeur, 1995, p. 162).

En resumidas cuentas, es la hermenéutica una clave precisa para la adecuación del lenguaje en la comunicación discursiva de cualquier estilo. Sin ella, no se pondría a prueba la aptitud del ser humano de poder adquirir conocimiento y entender mediante la interpretación todos los textos y discursos que existen.

Todo, como estableció Ricoeur, atendiendo a una unidad semántica para darle sentido a diversos aspectos del mundo y que “Toda interpretación es una reinterpretación constitutiva de una tradición viva. No hay transferencia, traducción, sin una tradición, es decir, sin una comunidad de interpretación” (Ricoeur, 1970, p. 86). Al final, si se realiza una relación entre la poesía, la retórica y la hermenéutica hasta lo que se ha analizado, es prudente dejar en claro que la hermenéutica es entre las tres, la que permite que las otras dos puedan tener una razón de ser, dado que, sin una adecuada interpretación, la poesía y la retórica no se podrían maximizar y entender. Sencillamente, la hermenéutica es una condición necesaria y atrevidamente se

puede decir que intrínseca, dado que cada ser humano interpreta la diversidad lingüística de manera distinta, y así mismo lo hace con otros campos del conocimiento.

Argumentación.

Es difícil sintetizar tantas teorías que han surgido a través de esta palabra que tanto contribuye al mundo, al profundizar sobre asuntos y a reafirmar suposiciones que llenan al discurso de sabiduría y consistencia. El argumento como eje esencial de este uso discursivo para sostener ideas, es definido por la Real Academia Española como el: “Razonamiento para probar o demostrar una proposición, o para convencer de lo que se afirma o se niega”.

A partir de la definición otorgada anteriormente y sus diversas acepciones a las cuales probablemente muchos deban hacer referencia, se evidencia que por excelencia, el argumento es aquel medio cognoscitivo que permite probar para persuadir. Por esta misma razón se exponía como medio ideal de la retórica discursiva, donde, a través del argumento, el orador persuade a un auditorio sobre su idea central. Sin embargo, es necesario tomar un enfoque distante al del conocimiento en términos genéricos para poder profundizar en el eje central del texto, que es al final la relación entre todos estos usos del lenguaje como medios comunicativos sobresalientes en el ser humano. Es por esto, que se deben tomar como referencia las teorías de la argumentación jurídica para adentrar la temática en esta rama del conocimiento tan maravillosa y compleja.

Ahora bien, a pesar de que son diversas las teorías de la argumentación jurídica que existen, son pocos los autores en la historia de la humanidad, y, sobre todo, en los últimos siglos, que se han dado la verdadera oportunidad de sumergirse en un mundo epistemológico tan incierto, pero a la vez tan prodigioso. La argumentación jurídica puede ser definida, en otras palabras, como el análisis teórico de los procesos de argumentación en el Derecho, de acuerdo a los campos de la descripción, el análisis y demás ramificaciones que se le atribuyen para la correcta aplicación de las normas y fuentes.

Es válido recordar y aclarar que el Derecho como ciencia positivista ha venido teniendo transformaciones enormes durante el último milenio,

dado que las diferencias ideológicas para hacer de esta rama del conocimiento una ciencia, fueron infinitas. Sin embargo, entre aquel flagelo generado entre los que sostenían un derecho iusnaturalista y aquellos que sostenían el iuspositivista, se vio acabado con el establecimiento del Derecho como una ciencia girada en torno a lo fáctico, a la fundamentación, a los conceptos, a los criterios, etc... Y es que aquellos fundamentos, conceptos, criterios y demás elementos que han permitido adaptar al Derecho como ciencia, se sustentan únicamente en la argumentación jurídica, y por eso la relevancia y la importancia de este concepto y de sus teorías. Además, es necesario reconocer que la ciencia jurídica previa a su aplicación, requiere de etapas esenciales como la creación legal, la hermenéutica (que posteriormente se explicará y detallará) y la aplicación de estas a través de la argumentación. Justamente cobran importancia aquellas teorías, dado que vislumbran un poco el panorama al que se enfrenta una persona para aplicar una norma en un caso concreto.

Comenzando con el alemán Theodor Viehweg, uno de los precursores de aquellas teorías argumentativas en la ciencia jurídica; afirmó que la argumentación estaba ligada con la reflexión tópica en función de tres elementos, siendo el primero una técnica de pensamiento problemático, el segundo la idea y el lugar común que este pensamiento problemático debía adquirir; y tercero pero no menos importante, la búsqueda y el análisis de las premisas que terminan tomando mayor relevancia que una conclusión. Y es que, para Viehweg, la argumentación era simplemente una retórica aristotélica y ciceroniana empleada en una época moderna. Y es que, según el alemán, en un proceso argumentativo debe constar, en primer lugar, de un ataque argumentativo entre partes; en segundo lugar, una defensa de la postura a través de la argumentación; y, en tercer lugar, un sostenimiento de la tesis y su debida justificación ante un auditorio.

Por esta misma razón, la argumentación es precisada por este autor con el problema, siendo “toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere de un entendimiento preliminar”. Surge la duda de ¿Con base a qué sustenta su proceso argumentativo? Justamente, lo hace mediante el tópico y el problema como elementos que contribuyen al nacimiento de la argumentación, dado que, a raíz de un conflicto, diversas posturas surgen consigo, y, por medio de la argumentación como medio de sustentación por excelencia, se

pueden resolver. Y esta es la gran importancia de la argumentación, puesto que, sin buenas razones que permitan sostener una idea para contradecir otra, el problema nunca tendrá solución (Viehweg, 1953).

Por otro lado, nuevamente el profesor Chaim Perelman (1966) sorprende de nuevo con su teoría de la argumentación jurídica, donde sostiene algo un poco controversial, pero a la vez innovador, ya que, la lógica formal no debe emplearse en el Derecho como se venía realizando, considerando que los razonamientos de carácter jurídico no deben reducirse a razonamientos únicamente lógico-formales, debido a que así las cosas, no se emplearían óptimamente la hermenéutica y la argumentación como medios de aplicación del Derecho. Asimismo, la lógica es un derivado de la retórica como mecanismo lingüístico de comunicación discursiva y la argumentación de Perelman termina siendo una especie de paradigma de argumentación retórica, por cuanto, a través del discurso y la retórica, la ciencia del Derecho puede reflejarse en un discurso jurídico. Y justamente trae el profesor Perelman a colación, una nueva discusión entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, yéndose por la combinación de ambos y generando un razonamiento jurídico iusnaturalista y positivista al tiempo, con el fin de adherirse a aquel paradigma tópico de razonamiento.

De hecho, dos conceptos fundamentales se desprenden de aquella teoría de Perelman sobre la argumentación jurídica: “auditorio universal” y “auditorio particular” (Perelman, 1966). El primero siendo un auditorio al que va dirigido el convencimiento social a través del discurso argumentativo. Y el segundo por otro lado, siendo un auditorio concreto donde cabe la persuasión como mecanismo idóneo a nivel discursivo-retórico. A pesar de que convencimiento y persuasión muchas veces se empleen como sinónimos, en el caso de estos conceptos, difieren un poco gracias a la calidad de auditorios. El universal al ser un poco más sencillo que el particular, dado que se limita a la cuasi-indeterminación para ser más específico de un auditorio, permite convencer a través de un discurso a quienes sientan afinidad por la argumentación que el orador brinde. Sin embargo, el particular exige una mayor complejidad, en vista de que será determinado y, por regla general, guiado por el eje central del discurso argumentado que ofrece un orador. A este específicamente, se le debe persuadir, teniendo en cuenta que la determinación complica un poco el asunto a tratarse.

Pasando a otra teoría de la argumentación jurídica que supone mayor grado de complejidad, Stephen E. Toulmin (1958) fue su creador y fiel exponente. Y algo bastante curioso de este pensador inglés, es que no se basa ni sostiene un concepto universal de la argumentación, sino que relativiza según el caso, aquel instrumento discursivo. El modelo que planteó constaba de cuatro elementos que, convergiendo, posicionaban a la argumentación como una estrategia de filosofía analítica, y si se aplicaba en el Derecho, pues derrocharía una epistemología suprema en la resolución de casos y conflictos de carácter jurídico. En primer lugar, toma la pretensión como elemento total y de devenir de una argumentación, dado que esta da forma y permite ir más allá de cualquier evento. En segundo lugar, las razones son las vértebras (si se hace la analogía) para la aplicación de este mecanismo discursivo, porque deben estar sustentadas en hechos concretos y ciertos o determinados para validarlos. En tercer lugar, las garantías son tenidas en cuenta como las reglas de autorización para atravesar un tejido enunciativo y arribar a uno más firme. En cuarto lugar, se encuentra el respaldo, este es el que matiza la garantía de acuerdo a la argumentación brindada. Así las cosas, Toulmin es muy concreto y establece las buenas razones como las idóneas para configurar un buen proceso argumentativo en cualquier escenario donde se presente un conflicto y deban darse para solucionarlo.

Sumado a las teorías argumentativas de carácter jurídico, Neil MacCormick (2005) brinda cierto avance y una especie de revolución si se realiza un contraste con los demás planteamientos teóricos de otros estudiosos y afamados autores ya mencionados anteriormente. Sin embargo, el escocés plantea una idea bastante integral en cuanto a la construcción teórica del prototipo argumentativo por medio de su teoría de razonamiento jurídico, estableciendo que debe existir una descripción y normatividad dentro de ella, que permita analizar las diversas variables deductivas que permitan llegar a justificar una situación, construyendo y aportando solidez argumentativa. No es de menos decir que la argumentación para el filósofo y político MacCormick la argumentación cumple una función justificadora, existiendo así una corresponsabilidad entre hechos y supuestos de contenido fáctico, además de la normatividad del Derecho positivo. Esto implica una adecuada estructuración de fundamentos y tejidos de índole racional que permitan actuar y obrar con justicia y acorde a Derecho siempre en la escala argumentativa en que un profesional

se encuentre.

Ahora bien, cabe resaltar que, aparte del escocés, el alemán Jürgen Habermas (1981) de nuevo innovó la ideología argumentativa-jurídica que concebían muchos de basarse en premisas y buenas razones para llegar a una conclusión acertada. De esta manera, planteó una teoría bastante peculiar, pero que puso a pensar a muchos sobre el rumbo que estaba tomando este campo del Derecho. A esta teoría la llamó la “Teoría de la Acción Comunicativa”, por medio de la cual, en breves palabras, partió del estudio de las condiciones y bases estructurales de la argumentación, con el fin de ofrecer una dimensión discursiva de nivel racional para cualquier enunciado. Además, afirmó que, en otras palabras:

“El Derecho sólo cumple racionalmente su función integradora cuando: es fruto del discurso racional, de un proceso participativo”. Y si se realiza una profundización sobre la frase, es genial cómo puede acomodar la visión y objetivos primordiales del Derecho en una solución que es efectiva si se aplica correctamente.

Si el discurso es racional, el Derecho sin lugar a dudas tendrá efectividad, dado que el conocimiento brinda capacidades discursivas, y, por ende, aquella rama del conocimiento, se pondrá a prueba por medio de un buen discurso dirigido a un auditorio concreto que conozca de la temática y pueda justificar lo enunciado en tal discurso. Todo para Habermas consiste en una teoría de carácter social, donde la misma racionalidad esté orientada a sugerir explicaciones y justificaciones de cualquier actuación, y ponga en movimiento al Derecho como instrumento por excelencia de partición de justicia. Sin comunicación asertiva, y de nuevo se enuncia, sin lenguaje efectivo como mecanismo por excelencia del discurso, aquél no será nunca puesto en marcha adecuadamente, si no es por una racionalidad y una justificación que permita argumentar en un discurso. En fin, sin argumentos sólidos, nunca existirá un buen discurso y el lenguaje estará en decadencia porque dejará de cumplir su misión de ser el elemento primordial de comunicación de la humanidad.

En último lugar y como fiel exponente de las teorías de la argumentación jurídica, es necesario destacar a Robert Alexy que si bien no es el

único que ha planteado magistrales teorías para este campo del conocimiento, sí ha aportado grandes contenidos para engrandecer esta ambigua e inexplorada área jurídica. Entre sus obras, la más destacada y relevante para esta investigación es la *“Teoría de la Argumentación Jurídica”* (Alexy, 1978). Este planteamiento teórico surge de una teoría argumentativa práctica, aplicando los conocimientos jurídicos al discurso del Derecho, analizando y describiendo las situaciones problemáticas, y resolviéndolas con argumentos válidos y coherentes. Destaca además a la argumentación jurídica como un caso especial del discurso práctico general, soportando una postura crítica y balanceada en el sentido de que debe existir un enunciado que sea correcto, gracias a un procedimiento, el cual permite argumentar adecuadamente y dejar a un lado los errores que podrían ocasionar un desmejoramiento discursivo.

Estas son las reglas fundamentales de un discurso práctico general. Sin embargo, posteriormente destaca aquellas reglas de la razón, las cuales satisfacen de racionalidad y coherencia al discurso. Además, el tercer tipo de reglas son de carga argumentativa, las cuales podrían bloquear la argumentación por el mal uso de las reglas anteriormente descritas. Sumado a estas, la cuarta especie de reglas son las de la forma argumentativa, la cual se suma a las formas adecuadas de argumentar en un discurso frente a un auditorio. Las quintas son las de la fundamentación, y qué importante rol juegan estas reglas, dado que son las que conducen a una verídica y bien sustentada argumentación discursiva. Finalmente, expone la sexta regla, que es el conjunto de las transiciones, donde por medio de las obstaculizaciones que surgen a través del acto del habla, otra estructuración discursiva se deriva y desemboca en otro medio de expresión lingüístico-argumentativo.

Sumado a estas reglas, Alexy (1978) no solamente propone un procedimiento para el correcto empleo de estas, sino también una metodología de argumentación a través de los principios generales del Derecho. Y ¿Quién iba a pensar que cualquier pensador alguna vez considerara una idea como estas en sus teorías? Pues bien, Robert Alexy sostuvo que aquellos principios permiten construir los enunciados vertebrales de un discurso. Asimismo, propone una dimensión ética, axiológica y antropológica-filosófica para sostener al Derecho en su aplicación y argumentación, ya que aquellos principios conducen a un deber ser que permite determinar un campo de acción

para quienes aplican y sostienen enunciados normativos, y no debe dejarse a un lado finalmente, que Alexy en su obra fue fiel expositor de lo fáctico y de los hechos que deben atribuirse a un caso concreto, los cuales deben ser exactos y no quedarse en un nivel de formalidad que impida su correcta enunciación y argumentación discursiva.

Ahora bien, ya para cerrar esta importante fase de las expresiones del lenguaje en el discurso, es necesario sobresaltar el hecho de que la argumentación y, en especial la jurídica, supone un importante bagaje fáctico y compositivo que permite tener de nuevo en cuenta al lenguaje como mecanismo idóneo de la comunicación discursiva, dado que, sin sustentar una idea y sin tener sapiencia del asunto concreto, el discurso sería en vano y un auditorio no sería persuadido nunca. Por lo contrario, teniendo un conocimiento vasto y extenso sobre la temática central a tratar mediante un discurso, se puede otorgar firmeza en lo que está escrito, pero más allá de eso, en lo que se enuncia y se expresa a través de ello.

Sin argumentación, los conflictos serían un acabose total para la humanidad, y nunca se hubieran podido resolver.

Independientemente de que siempre exista una contradicción en el buen sentido de los argumentos de los sujetos inmersos en un flagelo de cualquier índole, es cierto también que inmiscuirse en la correcta adaptación de una sustentación para un discurso, generará tranquilidad tanto en quien la expone, como en el auditorio que finalmente tomará la decisión de ser o no convencido por lo enunciado.

Conclusión

Para dar un fin apropiado a este gran recorrido que se ha realizado a través de las diversas utilidades del lenguaje para la adecuada comunicación discursiva, es necesario establecer de primera mano, que este campo alberga una inmensa cantidad de temáticas que se quisieran tratar más a fondo, pero que, por concretar y definir los asuntos precisos y sus aportes al eje temático de investigación, fue necesario sintetizarlos. Sin embargo, en conclusión, la poética, la retórica, la hermenéutica y la argumentación, sin duda son los

instrumentos más propicios para un correcto y llevadero alcance de la comunicación discursiva, y, específicamente, en el campo del Derecho, donde la labor principal de un profesional de esta carrera y área del conocimiento humano, debe tener las cualidades de poder interpretar, aplicar, argumentar, sostener, construir y expresar las normas en diferentes contextos y escenarios de su acción. Sin lugar a dudas, estas palabras van acorde a lo que un orador debe realizar a través de un discurso para finalmente, persuadir a un auditorio determinado y lograr un convencimiento no solamente por lo que se dice, sino también por lo que se sostiene a nivel escrito o de otras maneras de aplicación del lenguaje, que bien puede ser verbal, o también corporal.

Todas estas maneras de establecer y llevar a cabo un discurso más allá del ámbito jurídico como área del conocimiento central de esta investigación, fueron, han sido, son y serán por siempre, cualidades intrínsecas del ser humano, que siempre debe estar acostumbrado a transmitir mensajes a través de las palabras y el lenguaje, ya que, devolviéndonos al título, el lenguaje es el mecanismo de comunicación discursiva por excelencia en la humanidad. Sin él, no podría el ser humano evocar las cualidades esenciales que lo distinguen de otras especies, las cuales son pensar y ser un ser social. Y es que, mediante un discurso cualquiera, el orador a través de su pensamiento y conocimiento, transmite un mensaje e interactúa con el auditorio, bien sea para persuadir, para compartir conocimiento, o para infinitos otros asuntos que pueden desprenderse de una cualidad que no todos poseen desarrolladamente, pero que todo ser humano sí está en la capacidad de realizarlo independientemente a su condición, y es crear y aportar lenguaje. El ser humano puede defenderse a través de este, y la comunicación discursiva bien sea a través de la oralidad, los movimientos corporales o un escrito, termina al fin y al cabo siendo lenguaje y es un aporte progresivo para el desarrollo de la especie. Y si el humano se comunica asertivamente, ya existe una verdadera ganancia para todos, dado que estaría forjando un presente mejor para construir un futuro lleno de avances en cuanto a esta rama del conocimiento.

Cada persona se expresa a su manera, posee cualidades discursivas totalmente distintas a las de los demás; pero si algo se ha aprendido a lo largo de la historia, es que el

lenguaje a través de su diversidad, une a la humanidad, y es algo que probablemente en muchos años, nadie le arrebatará.

Referencias

- Alexy, R. (1978). *Teoría de la argumentación jurídica*.
- Aristóteles. (1974). *Poética*. Cedros.
- Chomsky, N. (1986). *El Conocimiento del lenguaje, su naturaleza, origen y uso*.
- Diccionario de la lengua española. Retrieved from <https://dle.rae.es/argumento#JAXulZi>
- Gadamer, H. (1960). *Wahrheit und Methode*. (Verdad y Método).
- Habermas, J. (1981). *Teoría de la acción comunicativa*.
- Maccormick, N. *Retórica y Estado de Derecho*.
- Perelman, C. (1966) *Tratado de la argumentación Perelman y Olbrechts*. https://www.academia.edu/22063583/Tratado_de_la_argumentacio_n_Perelman_y_Olbrechts_Libro_completo
- Perelman, C. (1966) L'empire rhétorique.
- Ricoeur, P., 1970. *Retórica, Poética Y Hermenéutica*. [online] Retórica, poética y hermenéutica. https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/296/22229_Ret%C3%B3rica%20po%C3%A9tica%20y%20hermen%C3%A9utica.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Toulmin, S. (1958) *The uses of argument*. Cambridge, Cambridge University Press. https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/296/22229_Ret%C3%B3rica%20po%C3%A9tica%20y%20hermen%C3%A9utica.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Viehweg, T. (1953). *Topik*.



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

**CONCEBIR
COHERENTEMENTE**

APORTES DE ALEKSANDER
PECZENIK A LA TEORÍA DE LA
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Juan Carlos Siuffi Campo

CONCEBIR COHERENTEMENTE

APORTES DE ALEKSANDER PECZENIK A LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Juan Carlos Siuffi Campo



SUMARIO:

I. Introducción y contexto.

II. Objetivo.

III. Problema y pregunta de investigación.

IV. Justificación metodológica.

V. Discusión teórica.

VI. Conclusión.

VII. Referencias

Introducción Y Contexto

El cambio social al cual nos hemos enfrentado como individuos pertenecientes a ese todo social, al igual que como estudiantes de Derecho, y, en algunos casos, abogados graduados, nos ha llevado a presenciar transformaciones de muchas de las concepciones que se consideraban tan inamovibles en el seno de grandes instituciones, tales como el Derecho, la educación superior, la Democracia y la Política. Se indicó en su momento, que el vuelco hacia un estado democrático ha sido producto de la exigencia por parte de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado, de las famosas “razones”. A partir del momento en el que se exigen razones, empezamos a hablar de democratizar una institución, una relación, una situación de interacción, la autoridad ya no es razón suficiente en la sociedad contemporánea (Atienza, 2013).

Las razones son ese primer eslabón en la gran cadena de la argumentación. Detrás de ese anhelo de conocer lo que justifica una decisión o un acto, encontramos un elemento propio a nuestra cultura contemporánea: el anhelo por la coherencia y por la continuidad en las acciones. Nuestra cultura nos ha planteado un imperativo nuevo: es

necesario que las instituciones, los individuos y los grupos se preocupen por un ideal de justicia, no basta con que el médico cure personas, es necesario que desempeñe esa labor de una forma justa. No basta con que el abogado conozca las disposiciones constitucionales y legales, resulta necesario que este sea capaz de abrir la puerta de atrás de esas disposiciones, que sea capaz de conocer las razones fundadas en la justicia del constituyente y del famoso legislador. Esta idea del “espíritu de la ley” se remonta a Montesquieu, pero su aplicación, en la actualidad, ya no debe corresponder a una deducción, el silogismo ya no nos basta. Tan así, que la idea de argumentación jurídica ha trascendido la argumentación formal, ya no se presenta únicamente a los estudiantes de Derecho la lógica aristotélica, no es suficiente, la sociedad nos exige más como abogados.

Manuel Atienza (1997) plantea esto de una manera muy interesante esta transformación en su texto *“El Giro Argumentativo”*. Cuenta como para los juristas veteranos, el concepto de Derechos Humanos no fue exactamente tocado en su proceso de educación superior, fue un terreno desconocido durante mucho tiempo, donde solo algunos aventureros estaban dispuestos a incursionar. Hablar de Derechos Humanos era como dar un paso hacia atrás, era abandonar la supuesta seguridad jurídica del paradigma positivista, era dejar a un lado los métodos interpretativos de von Savigny, era enfrentarse a un terreno dentro del cual la argumentación jurídica ya no se trataba de la coherencia formal del silogismo, sino de ver si las premisas que lo componían hacían caso a esos principios que fueron introducidos al Derecho, que solía ser un conjunto de normas. Aquí, Atienza introduce un término acuñado por Bobbio que es sumamente útil: el “tiempo de los derechos”. Ya no hablamos de la época del Estado de Derecho, hablamos del tiempo de los derechos.

El Derecho adopta una nueva variación en su significado, ya no se trata únicamente de esas normas que lo componían, también empezamos a interiorizar la existencia de derechos y facultades garantizadas por una norma de normas: la Constitución. Justamente, uno de los primeros en colocar un ladrillo en la construcción de un nuevo mundo del Derecho es Luigi Ferrajoli, cuando funda su corriente de pensamiento: el Garantismo. En todo caso, siguiendo con la línea de Atienza se plantea una teoría “estándar” de la argumentación, donde preponderan Neil MacCormick y Robert Alexy, pero donde también entra el autor que trataremos en este texto: Aleksander Peczenik.

Objetivo

Este texto busca esclarecer algunos elementos de la Teoría de la Argumentación de Peczenik, trataremos en un principio su concepción sobre la epistemología del Derecho, y posteriormente, veremos su Teoría de la Coherencia. Se busca, de una manera más general, dar cuenta de los preceptos ofrecidos por Aleksander Peczenik que permite que Atienza lo considere como un teórico que aportó a la teoría “estándar” de la argumentación.

Problema Y Pregunta De Investigación

El problema al cual se le busca una respuesta, no una solución, es entender la epistemología y ontología del Derecho que propone Aleksander Peczenik y articularla con su Teoría de la Coherencia. ¿Cómo se adquiere conocimiento de lo jurídico según Peczenik? ¿Qué efectos tiene esta cognición en la Teoría de la Coherencia del Derecho?

Justificación Metodológica

Este texto se compone de tres apartados. En un primer momento, se recurrirá a Manuel Atienza para comprender el concepto de teoría “estándar” de la argumentación jurídica. Posteriormente, atañe el problema sobre la teoría ontológica y epistemológica con Peczenik y Jaap Hage. Finalmente, se articulará la relación entre la Teoría de la Coherencia propuesta por Peczenik y la epistemología del Derecho, propuesta por el mismo autor.

Discusión Teórica

¿Teoría Estándar?

Hablar de estándar significaría hablar de un elemento que permita generalizar. Una teoría

estándar significaría que existe un conjunto de reglas, principios, conocimientos habituales, que sirven de patrón sobre el contenido de la argumentación. Sin embargo, es importante recalcar la calidad intrínseca de una teoría: no es absoluta y está abierta a la discusión, al debate. Para ponerlo en términos de Mario Bunge (2014), una teoría al ser una de las formas de expresar conocimiento científico se caracteriza por ser abierta. El elemento más relevante para Atienza (2017) en el cambio del paradigma argumentativo es la percepción de que la lógica formal ya no da abasto. A partir de esto, surge la argumentación como una suerte de continuación de lo que se denomina la lógica, retomando a los juristas veteranos, estos probablemente veían lógica jurídica, y hasta en algunas instituciones universitarias se sigue ofreciendo la materia de Lógica. El avance científico que ha tomado de la mano a la sociedad ha hecho que esta lógica deje de ser suficiente, aquí es donde se empieza a dar paso a la argumentación, y, en nuestro caso, a la argumentación jurídica. No obstante, hemos hecho una generalización bastante burda para poder explicar este fenómeno histórico.

Podríamos reconocer una necesidad bastante generalizada, ajena a los cambios de paradigmas: la necesidad de razonar. Desde una perspectiva filosófica, la razón con la que cuenta el ser humano es la característica que lo ha sacado del mundo animal, la razón es la que nos ha permitido entender el mundo acercándonos a un objeto de estudio. El hombre razona por naturaleza, es decir, el hombre por naturaleza busca relaciones entre ideas y conceptos (Diccionario de Oxford), y justificar sus respuestas u opiniones a través de razones o argumentos (el mismo diccionario). Teniendo en cuenta esto, buscamos afirmar que realmente no estamos hablando de la aparición de una necesidad, solo nos estamos enfrentando a que la forma en que se responde a esa necesidad ya no es suficiente para el nuevo conglomerado humano. La historia de la argumentación no sería más que la historia del humano buscando mejores razones. Justamente en ese camino, nos encontraríamos con el desplazamiento del contenido de la argumentación jurídica. Puesto en palabras de Atienza (2013), para los precursores de la teoría estándar de la argumentación “el razonamiento jurídico no podía verse como un tipo de razonamiento deductivo” (p. 30). En esa oración vemos el reconocimiento de la necesidad y la forma en que se satisfacía. Se quiere justificar las respuestas a las preguntas de orden jurídico, pero para lograr eso, ya

no se recorre únicamente al razonamiento deductivo. Lastimosamente, los autores precursores no son nuestro interés, son los estandaristas –como hemos decidido apodarlos–.

Dentro de los estandaristas encontramos a Wróblewski, Aarnio, Alex, MacCormick, pero especialmente a Peczenik. ¿Qué ideas comparten que permiten declararlos los creadores de una corriente “estándar” en la teoría argumentativa? Principalmente, una perspectiva menos autoritaria sobre la argumentación, puesto que no consideran como polos opuestos al razonamiento jurídico y el razonamiento deductivo, éste último, como bien se dijo previamente “adoptando una posición estandarista” pero no será la única herramienta.

La transformación y evolución de lo que satisfecería la necesidad de justificar, se demostraría por la creación de una justificación interna (principalmente lógico-deductiva donde se busca hacer un paso de premisas a conclusiones) y una justificación externa (que si bien, no excluye la lógica, busca realmente formular esas premisas) de las decisiones judiciales, un campo donde se ve especialmente la relevancia de la argumentación jurídica. Esta teoría de la argumentación jurídica es criticada por “cerrar el dominio” al solo interesarse por la argumentación que desempeñan los jueces. Este interés lo vemos justificado principalmente en el hecho de que, en el Estado contemporáneo, el juez adopta una posición mucho más activa y exigente que antes. Las razones en las que se basaban los “jueces” primitivos eran fundamentalmente autoritativas, poco fiables, y en general, bastante inseguras. El papel que empieza a jugar el poder judicial en un Estado social de derecho, como el colombiano, exige entonces una adecuación con la perspectiva de justicia del constituyente, y a partir de esto, construir una serie de deberes del juez. El simple hecho de que los jueces deban motivar sus sentencias demuestra el disgusto por parte de los ciudadanos hacia las razones autoritativas o no justificadas adecuadamente. No sorprende entonces que los estandaristas se interesen tan profundamente por la motivación de esas sentencias, y en general, por la argumentación judicial, ya que es un campo relativamente nuevo, al cual le urgían herramientas. Los estandaristas, en todo caso, buscaban trascender el espíritu positivista y formalista de los jueces, que dejarán de reconocer en la norma la razón última para tomar una decisión, sino, que encontrarán las razones de la norma para así realmente justificar una decisión jurídica.

Sin embargo, ¿Dónde queda Aleksander Peczenik en todo esto? Sus aportes han sido clasificados en tres líneas por Robert Alexy (2006). La primera línea la podríamos considerar respecto de la epistemología del Derecho, Alexy lo denomina “teoría de los saltos” o “teoría de la transformación”. De acuerdo con Peczenik (citado por Alexy) “el conocimiento, generalmente, viene respaldado por razones que no suponen aquello que se conoce” (p.390). La segunda línea según Alexy sería explicar cómo se justifica el conocimiento adquirido, es decir, si a partir del conocimiento existen las cosas, la justificación de ese conocimiento adquiere un papel sumamente relevante al asegurar que lo que pretende existe. Entonces, de acuerdo con esta idea de “dar saltos”, se daría un salto de una percepción a otra, de no conocer, a conocer, o, en algunos casos, de conocer de una determinada manera, a conocer de otra. Estos saltos adolecen del problema de la justificación, que Peczenik busca subsanar a través de una teoría de la coherencia en el Derecho. Finalmente, Alexy establece un tercer punto principal de la obra de Peczenik: la sistematización reflexiva, que recibirá una explicación más adelante.

Nuestro interés principal de este escrito es entender las relaciones que se constituyen entre la teoría de los saltos y la teoría de la coherencia en el Derecho.

Conceptos Preliminares De La Teoría De Los Saltos

La existencia de los conceptos responde a unas reglas distintas a la de los objetos físicos. Tengamos en cuenta que basta con devolverse al debate entre filósofos racionalistas y empiristas para reconocer la existencia de la duda sobre la existencia misma. A partir de ese momento, dudamos de la existencia de objetos que son palpables, que podemos sentir, pero también, y más profundamente, dudamos de la existencia misma, y finalmente de la existencia de conceptos; la pregunta que Peczenik (1999) busca responder en su epistemología del Derecho es ¿Cómo existen los conceptos jurídicos? La relación entre la metafísica y la epistemología es fundamental, especialmente en el campo jurídico, si reconocemos que antes de poder conocer algo, sería casi que necesario que ese algo exista; y, es más, antes de poder reconocer que algo existe, necesitaríamos saber si el sujeto que adquirirá

conocimiento, existe él mismo. El objetivo de Peczenik, junto con Jaap Hage es específicamente desarrollar una teoría que “explica cómo cosas inmateriales como las reglas y principios pueden existir” (p. 26). Esto, oponiéndose a las ideas del profesor Tore Strömberg que indica que el Derecho válido no se refiere a ninguna cosa existente. Para Strömberg, la existencia del Derecho es puramente convencional, y que consecuentemente, no es posible hablar de un Derecho general que sea válido, lo ejemplifica con la idea de que los suecos no piensan en una norma del Derecho inglés porque no lo reconocen como una norma válida, y por tanto esa norma no existiría para ellos.

La existencia de las normas, desde la perspectiva de Strömberg estaría entonces supeditada a que los destinatarios las reconocieran como válidas. Una serie de afirmaciones bastante audaces, considerando que porque a los suecos no les rija una norma del Derecho inglés no significa que esta no exista. En todo caso, esta línea de pensamiento adopta la perspectiva de Axel Hägerström sobre lo que significa la existencia. En un primer lugar, Hägerström posiciona la existencia como un presupuesto para adquirir conocimiento, para él, todo conocimiento se refiere a algo real (Peczenick y Hage, 2011, p. 9) y en ese orden de ideas, el Derecho, al ser un producto de la imaginación (p. 25) no podría ser objeto de conocimiento. Específicamente, algo existe cuando tiene una posición en el espacio y en el tiempo, así que el Derecho, siendo algo inmaterial, no podría cumplir esos requisitos.

La cuestión es más amplia que únicamente el Derecho, Peczenik establece que la ciencia del Derecho pertenece a un dominio más amplio, el de la ética (en un sentido extenso), donde los diferentes discursos pertenecientes a este dominio cumplen una característica: establecen prescripciones respecto del comportamiento del ser humano. Dentro de este dominio, encontramos el discurso moral, político y legal. Peczenik también las presenta como “Teorías Normativas”, justamente porque producen normas. En “*A Theory of Legal Doctrine*”, se presenta la objeción principal por parte de lo que Peczenik denomina corriente escéptica, dentro de la cual encontramos a Hägerström, para estos, las Teorías Normativas son necesariamente irracionales. Determinar a las Teorías Normativas como tal representa un problema esencial para Peczenik, problema que él mismo busca resolver a lo largo de su obra. Sin embargo, considerarlas como racionales y posteriormente como coherentes, obedece a una etapa de justificación.

La Teoría De Los Saltos

Para entender la teoría de los saltos es necesario conocer que para Peczenik, es fundamental primero dudar de todo, pero no dudar escépticamente, es decir, sin buscar respuesta, sino dudar cartesianamente, es decir, dudar para acercarse más a la verdad a través del uso de raciocinios. Peczenik, como indica Hage en el prefacio de *“On Law and Reason”* se caracterizaba por querer situar todo en un contexto de discusión (2008), esta es la sistematización reflexiva a la que hacía alusión Alexy en la biografía que citamos al principio. La relevancia que adquiere la sistematización reflexiva en Peczenik se explica por la relación que él ve entre ontología y epistemología. Mientras que “naturalmente” se entiende que primero existe la realidad (por tanto, la ontología), y a partir de esa realidad, se crean teorías sobre la misma (es decir se hace epistemología), para Peczenik, en el campo legal, funciona de manera inversa. Primero se tiene una teoría justificada de la Ley y posteriormente tenemos el objeto de esa teoría. No resulta necesario seguir los lineamientos tradicionales de lo que es la ciencia (Bunge, 2014). La Ciencia del Derecho, desde la perspectiva de Peczenik no necesita tener en un primer momento un objeto determinado para a partir de ahí derivar conocimiento. Entonces si la existencia del Derecho realmente es propia a la teoría que se hace sobre el mismo, esa capacidad de discutir la teoría, de ponerla a prueba, de proponer nuevos argumentos es esencial para una correcta existencia del mismo Derecho. La teoría de los saltos justamente aboga por esta concepción.

La existencia del Derecho para Peczenik depende fundamentalmente de una teoría. En *“Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?”* Peczenik se encarga de desarrollar, en conjunto con Jaap Hage, una teoría que se encargan de denominar “convencionalista-institucionalista”, de ahora en adelante CI. Para los autores, esta teoría es solo el primer eslabón en una larga cadena que llevaría a establecer la teoría más coherente del Derecho. Tengamos en cuenta que Peczenik al adherirse a una corriente epistemológica coherentista, como ya hemos dicho previamente, sostiene que el mayor criterio para considerar la validez de una teoría sería la coherencia. La teoría de la coherencia abarca mucho más que el Derecho, pero la existencia de este es fundamental:

“el Derecho existe como una reconstrucción racional, basada, entre otros, en el Derecho de acuerdo con la

teoría CI, y la moral personal del sujeto que conduce la reconstrucción” (Peczenik y Hage, 1999, p. 27), todo esto dentro del marco de una teoría de la coherencia. Pero la teoría CI tiene sus vicisitudes dignas de estudiar por nosotros.

La teoría CI es superviniente, busca incluir en el plano de la existencia, objetos inmateriales que son conceptualizados gracias a la existencia de sujetos y objetos materiales. Esta clase de teoría se opone a la teoría de la eliminación, que puede ser entendida como aquella que solo reconoce como existente aquellas cosas halladas en el plano físico. Entonces para la teoría de la eliminación no existe el Derecho en sí, sino ideas y concepciones sobre el Derecho. Peczenik y Hage (1999) optan por lo que llaman una “ontología rica”. El Derecho, para la teoría CI existe de forma relativa a un esquema conceptual, pero no en virtud de él. Entonces, si bien, su existencia está supeditada a los discursos tanto de juristas como de las personas ordinarias, no dependen únicamente de ellos, el Derecho es superviniente en el sentido de que necesita algo que exista antes que él y en torno al cual transformarse, pero él mismo puede adquirir su forma y sus especificaciones. El problema de la existencia de esos hechos supervinientes es que son volátiles y dependientes, mientras que nuestras creencias respecto de la existencia de elementos físicos, como una montaña, un lago o un planeta, no afecta la existencia propia de esos mismos, si las personas dejan de creer en el Derecho, este sí se verá afectado. Por eso, son tan importantes las razones y la argumentación en la teoría de Peczenik, porque lo que los demás crean sobre el Derecho, podrá instituirse como Derecho, un argumento efectivo podría hacer cambiar una regla jurídica, podría invalidarla o podría validarla también. La colectividad juega un rol fundamental aquí porque no basta con convencer a un sujeto de que una norma jurídica no es válida, hay que lograr que esa idea se constituya como un hecho convencional.

Peczenik hace uso de la tipología de Lagerspetz para explicar las diferentes entidades que pueden existir: hecho convencional y hecho institucional opuesto al hecho natural; creencia mutua; regla regulativa; regla definitoria. Todos estos elementos juegan un papel

importante en la existencia del Derecho. El hecho convencional es una creencia mutua en una comunidad relevante, como el Derecho no pertenece al plano natural, no se puede hablar de hechos naturales. El hecho institucional, realmente, es igual de importante que el hecho convencional, la diferencia es que un hecho institucional es producido por una institución, es decir que con que exista un hecho convencional que le de autoridad a la institución, esta institución podrá producir hechos institucionales que valdrán igual que los hechos convencionales. Un ejemplo puede ayudar a clarificar: Es un hecho convencional que la Constitución colombiana otorga facultades legislativas al Congreso colombiano. La Constitución no existe, en tanto que hecho físico, es gracias a las convenciones que se han efectuado que esta existe. El Congreso, cuando produce leyes, está produciendo hechos institucionales que a su vez son convencionales pues aplican también al colectivo mayor. El Congreso se convierte en una suerte de colectivo menor, basta con que este colectivo crea algo y lo produzca para que se convierta en un hecho, todo porque ya está investido de autoridad por el colectivo mayor. El Congreso es una entidad institucional.

Esta teoría CI para Peczenik es únicamente el comienzo en un largo camino para la creación de una teoría de la coherencia. Incorporarla a esa teoría, es según Peczenik y Hage (1999) responsabilidad de la dogmática jurídica (DJ), quien cumpliría un papel, a saber: desarrollador de jurisprudencia, de doctrinas filosófico-morales, explicativo de posiciones filosóficas, analizador de casos particulares y sistematizador del Derecho bajo principios abstractos proporcionados por doctrinas generales. La DJ se encarga de que todo el conocimiento jurídico sea coherente entre sí, y a su vez, coherente con el resto de los elementos que compone a la teoría de la coherencia. La DJ tiene un papel justificativo de la existencia del Derecho.

¿Dónde están los saltos? Si bien en el texto que estamos tomando como referencia, ni Peczenik ni Hage hablan de saltos, la metáfora no podría ser más adecuada. Para empezar a hablar de coherencia jurídica, los autores hablan de que se necesitaría de dos exigencias: comprehensividad (evaluación de la teoría en su totalidad, no aisladamente) y consistencia. La comprehensividad es lo que le da el tinte transversal e interdiscursivo a la teoría CI. Los autores ofrecen el siguiente ejemplo:

Si creemos que moralmente debemos abstenernos de toda guerra, mientras que al tiempo creemos que jurídicamente tenemos que tomar parte en alguna guerra concreta, nuestro de punta de vista es incoherente, **al menos** [negrilla fuera de texto] si también creemos que tanto la moral como el Derecho determinan lo que debemos hacer, consideradas todas las cosas. (1999, p.35)

Es decir que la coherencia no se reduce a que dentro del ordenamiento jurídico no haya antinomias (entre normas de carácter jurídico), sino que va más allá, las antinomias tampoco deben existir entre los diferentes discursos éticos a los cuales esté relacionado el Derecho.

La moral y el Derecho son interdependientes en la concepción de Peczenik, porque al ser discursos prescriptivos es imposible ignorar la influencia que se tienen el uno sobre el otro, pero, al final del día, lo que busca Peczenik es que las opiniones que se tienen sean adaptadas a un todo coherente, esto, para poner de valor la racionalidad en las decisiones y en las razones. Peczenik y Hage retoman a Smith al citar: “nuestro hacer X en circunstancias C es correcto, si y sólo si, desearíamos hacer X en C, si fuésemos completamente racionales.” (p. 36) Se instituye un imperativo categórico de la razón. Los “saltos” o “transformaciones” son porque se salta o se transforma de una perspectiva o teoría a la otra, pero el impulso que lleva de un lado al otro son las razones, se busca siempre deshacerse de las razones irracionales. “El Derecho debe ser identificado con la mejor teoría disponible de éste, incluso si se admite que la mejor teoría es incorrecta” (p. 39). Pero esos saltos o transformaciones siempre deben hacerse porque se ha encontrado que se adecúan mejor a la teoría de la coherencia.

Para los autores, el Derecho es lo que la teoría del todo más coherente dice que es. Esto significa que para entender el Derecho habría que alcanzar la teoría del todo, y que a su vez, esa teoría del todo resulte ser la más coherente. Al ser una teoría del todo, deberá incluir al Derecho y, por tanto, es la encargada de determinar lo que es el Derecho. Esto representa una dificultad porque como no se conoce, y esta teoría es solo un ideal, algo inalcanzable, no sería posible responder a la pregunta: ¿qué es Derecho? Peczenik y Hage proponen las siguientes

diferentes observaciones para alcanzar una teoría del Derecho que sea coherente:



El Derecho moralmente vinculante (recordemos que para los autores el Derecho y la moral no se pueden separar) está conectado con la afirmación “Este es el Derecho, entonces debo seguirlo” (p. 46). El Derecho es aquello que el ser humano se siente moralmente obligado a seguir, a respetar. La motivación normativa, como lo ponen los autores, es la motivación para actuar de una determinada forma porque las normas indican que así se debe actuar.



El conocimiento del Derecho como institución y la motivación normativa no están relacionados necesariamente. En la teoría CI, las instituciones juegan un papel importante en la realidad legal, pero el conocimiento que se puede formular a partir de ellas no se constituye siempre como una motivación normativa.



El Derecho como institución es convertido en Derecho como una razón normativa para la acción, a través de la deliberación moral racional. El Derecho más coherente debe tener la capacidad de constituirse como razón normativa, debe ofrecer razones racionales que estén dispuestas a convertirse en razones morales para tomar decisiones sobre cómo actuar.

Estas observaciones buscan ofrecer puntos de partida para el desarrollo de la ontología del Derecho. Las conclusiones ontológicas de los autores llevan a lo siguiente:



La existencia de muchos tipos de Derechos: Derecho social moralmente vinculante, Derecho personal moralmente vinculante y Derecho social. Estas diferenciaciones son fundamentales para lograr entender las relaciones entre



el Derecho, la moral y las razones normativas. Como ya vimos previamente, el Derecho al situarse en el campo de la ética y de las teorías normativas, lo más natural en la perspectiva de los autores es que haya una interacción coherente entre los diferentes discursos que se hallan ahí.



“El Derecho social moralmente vinculante resulta superviniente a partir de dos cosas conjuntamente: las instituciones jurídicas y las obligaciones morales” (p.46). El Derecho que en el plano social funciona como motivación normativa se constituye como tal a partir de la formulación de instituciones jurídicas, es decir, de comunidades menores dentro de una comunidad mayor que desarrolla el Derecho, es eminentemente colectivo. Las obligaciones morales, por su lado, son principalmente personales y racionales, pero en este tipo de Derecho, se construyen colectivamente con la ayuda de una argumentación coherente, es lo que socialmente se considera como obligación moral. El Derecho social moralmente vinculante es el que lleva a actuar a los grupos.



“El derecho personal moralmente vinculante resulta superviniente a dos cosas conjuntamente: del conocimiento individual de las instituciones jurídicas y de las obligaciones morales” (p.46). Lo primero lo constituye el individuo a partir de las creencias mutuas que tiene con su comunidad, es su perspectiva sobre las creencias socialmente compartidas sobre instituciones jurídicas. Lo segundo, es lo que de las motivaciones y disposiciones del individuo.

Relación Entre La Teoría De Los Saltos Y La Teoría Del Todo Más Coherente

El Derecho, para Peczenik, se constituye como una realidad racional muy compleja donde, si bien, la teorización es un trabajo importante y fundamental, reconoce que, en el día al día de los juristas,

llevar a cabo estas teorizaciones es más bien poco productivo o muy difícil (Peczenik, 1999). Desde una perspectiva de la argumentación jurídica, Peczenik se ha encargado de darle mucha fuerza a la necesidad del uso de razones, posicionando estas como una suerte de vector creador de Derecho. Nos atrevemos a considerarlas como tal porque en esta teoría las razones son la materia prima de cualquier teoría, ya sea del Derecho, ya sea del Todo. Se adquiere conocimiento de lo jurídico a través de la generación de razones y con la entrada de estas a la Teoría del Derecho, y posteriormente a la Teoría del Todo más coherente.

La importancia de la teoría de los saltos radica en que, al sacar a relucir las razones, la correcta justificación de estas se vuelve relevante e imperativa.

Otra cuestión relevante en la teoría de Peczenik fue desarrollada en conjunto con Robert Alexy: lo referente a la relación entre la teoría de la coherencia y la racionalidad práctica discursiva. Robert Alexy desarrolló una serie de reglas para que un discurso práctico sea racional. Entre más sean seguidas, más racional será el discurso. El objetivo principal de Alexy con esta teoría es justificar las leyes (Feteris, 2017) de una forma racional, esto, para asegurar que las razones detrás de las normas sean únicamente racionales, no emocionales. Como ya hemos visto, el criterio último de racionalidad, en la perspectiva coherentista es la coherencia, significa que las mejores razones se basan en la coherencia, aquí es donde se crea el puente entre la racionalidad discursiva y la teoría de Peczenik. Sin embargo, la coherencia solo sirve para justificar declaraciones, puesto en palabras de Peczenik (1999): “la idea de coherencia no es suficiente para resolver algunos problemas epistemológicos. Para ir más profundo, se necesita de la idea de consenso” (p. 154). La racionalidad depende entonces tanto de la coherencia, como del consenso. El consenso se posiciona como necesario al enfrentarse a la realidad práctica, el consenso se encarga de la relación entre las personas que formulan aquellas declaraciones, la racionalidad discursiva reconoce el plano social del conocimiento, reconoce que las declaraciones salen del individuo hacia otros individuos.

La coherencia por su lado, asegura que la teoría ofrezca información verdadera. Aquí volvemos a ver lo que caracterizaba a Peczenik: el

deseo de la sistematización reflexiva, poner en un contexto social el conocimiento y las teorías, permite que se instaure el consenso. Es una relación interdependiente al poner en debate el conocimiento, se asegura el consenso y la coherencia, entonces, consecuentemente, se asegura la racionalidad. Significa entonces que la Teoría de los saltos, en tanto que formula la necesidad de justificar los pasos de creencias del Derecho a otras creencias, busca dar pie a la racionalidad discursiva, es decir, busca que las razones se justifiquen en la coherencia (para ofrecer información verdadera) y el consenso (para asegurar que la relación entre los interlocutores sea adecuada para la discusión).

Conclusiones

La teoría de Peczenik es densa y compleja, tiene muchos elementos que no pueden ser recogidos en un solo texto, nuestro interés sobre la ontología y la epistemología del Derecho se puede resumir de la siguiente manera. Primero, el conocimiento sobre el Derecho se constituye a través de teorías que, a su vez, están constituidas a partir de razones. Segundo, estas teorías deben alcanzar la coherencia para así asegurar que se esté ofreciendo información verdadera. Tercero, la coherencia se alcanza a través de un discurso práctico racional, que tenga en cuenta tanto la racionalidad lógica como la racionalidad discursiva. Cuarto, el uso del discurso práctico racional hace que las razones se justifiquen en la coherencia y en el consenso.

Referencias

- Alexy, R. (2006). Aleksander Peczenik (1937-2005). *DOXA*, (29), 389-392.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica* (Vol. 1). Trotta. p. 871.
- Atienza, M. (s.f.). *El giro argumentativo en la teoría del Derecho contemporáneo*. Santa Fe: Distinción de la Universidad del Litoral. p. 31.
- Bunge, M. (2014). *La ciencia. Su método y filosofía*. Penguin Random House.
- Feteris, E. (2017). *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification. By Robert Alexy*. (N. MacCormick y R. Adler, Vol. 27, N°4, pp 179-183. (Argumentation and Advocacy 1989).
- Ortega, P., Fonseca, G. y Castaño, C.(2009) *La sistematización como práctica reflexiva*. pp. 1-18.
- Peczenik, A. y Hage, J. (1999). Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?. *DOXA*, 22, 26.
- Peczenik, A. (2001). A Theory of Legal Doctrine. *Ratio Juris*, 14 (1), 75-105.
- Peczenik, A. (2008). *On Law and Reason*. Lund: Springer. Vol. 8. p. 377.
- Peczenik, A. (1994). Law, Morality, Coherence and Truth. *Ratio Juris*, 7(2), 146-176.



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

**LA ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD
JURIDICCIONAL, PARA LA
SOLUCIÓN DE CASOS DIFÍCILES**

TEORÍA INTEGRADORA DE
NEIL MACCORMICK

Sebastián Gutiérrez Vanegas¹

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD JURIDICCIONAL, PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS DIFÍCILES TEORÍA INTEGRADORA DE NEIL MACCORMICK

Sebastián Gutiérrez Vanegas ¹



SUMARIO:

I. Introducción.

II. Objetivo.

III. Problema y pregunta de investigación.

IV. Justificación metodológica.

V. Discusión teórica.

VI. Conclusión.

VII. Referencias.

Introducción

La argumentación jurídica ha de ser uno de los aspectos más importantes en la actividad del operador jurisdiccional, donde la aplicación de la misma es y será un proceso que no se antepone a la interpretación y aplicación del derecho, o en su defecto como señala MacCormick (2011) cuando al definir la interpretación “jurídica en todo caso- aduce que ésta debe ser entendida dentro del marco de la explicación de la argumentación práctica” (p. 66). Puede también comprenderse como la aplicación de un derecho indeterminado a través de la “estructura dinámica” de los sistemas jurídicos de Hans Kelsen (1993, p. 201), que puede ser construido por razones desde la mirada de Atienza, o quizás como un desarrollo histórico y sistemático adaptado en cada espacio del globo.

¹ Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana Cali, Miembro del Semillero de investigación *Signos* adscrito al departamento de Ciencia Jurídica y Política del grupo de investigación IJUD *Instituciones Jurídicas y Desarrollo*.

Así, sin perder de vista la interpretación como medio para llegar a la argumentación, siguiendo la idea de Wroblewski (1990) se evidencian dos sentidos, uno amplio y otro estricto. Aquél es resultado de la asignación de significado a las expresiones del lenguaje jurídico, y el estricto, por su parte, consiste en determinar el sentido de una expresión jurídica dudosa; una expresión jurídica que se materializa eventualmente en la existencia de casos difíciles o indeterminados, donde el espectro discrecional del juez comporta una mayor amplitud. Ya desde Hart “la elección y la discrecionalidad parecen no coincidir (...) la elección no implica nada más que la expresión del capricho personal, el deseo o la preferencia inmediata” (2014, p. 90). Por tanto, cuando no exista margen decisional claro, no podrá ser respuesta, una elección caprichosa de las intenciones humanas del aplicador de la norma. Esta concepción no ajena a la propuesta de MacCormick en la teoría de la integración de la argumentación jurídica, concebida desde la óptica del razonamiento práctico y la lógica que esté promueve, a sabiendas de la existencia de múltiples soluciones, posibles, a tantas cuestiones problemáticas del intérprete de la norma, el juez.

Objetivo

En la búsqueda de una respuesta teórica que, por medio del razonamiento práctico, permita dar una posible solución a los problemas nacientes en la esfera funcional de los jueces, se pretende en el capítulo adoptar la estructura lógica que propone Neil MacCormick desde la teoría integradora de la argumentación jurídica, para así, resolver los casos en conflicto que eventualmente requieran de un estudio a detalle, analizando las particularidades presentes en la teoría, desde la cual se podrán abordar los cuestionamientos propios de la argumentación y, a la postre, las debilidades o dificultades que a mi juicio deben ser objeto de análisis.

Problema Y Pregunta De Investigación

Como se ha hecho mención, es una constante de la actividad judicial la toma de decisiones en virtud de los supuestos fácticos y normativos

que atañen a cada situación en concreto, eventos que comportan tal entidad, pueden llegar a ser contradictorios aún con el ordenamiento positivo, es entonces válido preguntarnos, si la solución de estas constantes dadas desde la lógica clásica, son compatibles con el uso de un razonamiento práctico. En otras palabras, si el imperativo categórico del empleo de un silogismo formal, sigue siendo viable, y en consecuencia retornar con “Aristóteles al surgimiento de la lógica en el mundo” (Restrepo, 2006). Empero, está discusión teórica parece haber sido ya resuelta y puesta a prueba. Las respuestas, no son seguras, se nos antepone un estado de indeterminación, al considerar la práctica de todo razonamiento sobre la base de un silogismo formal, que, desde hace décadas, ha sido objeto de un señalamiento de inutilidad. Un ejemplo de ello, sucede con Perelman (1998) quien expuso simbólicamente el agrietamiento de los juicios de Núremberg al exponer las debilidades y deficiencias frente al distanciamiento de la realidad y la operatividad del derecho; lo anterior desde la práctica jurídica formal puede ejemplificarse así: para un supuesto de hecho, que se ajuste a las condiciones normativas, habrá una consecuencia jurídica por la existencia de un nexo causal, o en su defecto desde la expresión “Todo X es Y” bajo la estructura lógica formal que claramente puede también ser objeto de modificaciones, en la medida que éstas se expresen a partir de las variables enunciativas o expresiones que se estructuran, con base en variables que toman la figura de enunciados una vez sustituidas por expresiones adecuadas (Restrepo, 2006). Desde el esquema de un universal afirmativo, un particular subsumible al caso en concreto y una supuesta conclusión.

Conforme a lo anterior, con la aplicación de la teoría de Neil MacCormick, cabe preguntarse ¿Cómo resolver casos contradictorios, en conflicto o difíciles desde la lógica de la teoría de la integración, es compatible con el razonamiento práctico?

Justificación Metodológica

La siguiente investigación en principio, grosso modo, hará énfasis en un aparte introductorio dando a conocer los aportes dados por el mencionado autor, en relación a la teoría de la argumentación jurídica, analizando las implicaciones de la teoría en la práctica jurídica que

será -en principio- objeto de estudio. Luego, en el mismo tenor, se tratará en un apartado específico las acepciones alrededor de las posibles fuentes, en las cuales se tendrán especial acento dados los problemas que MacCormick evidencia en los mencionados casos difíciles.

Discusión Teórica

La Argumentación Jurídica, Algunos Aportes

¿Qué es la argumentación? En palabras de MacCormick (2011) es la actividad de formular argumentos

a favor o en contra de algo. Esto se puede hacer en contextos especulativos o prácticos. En cuestiones puramente especulativas, se aducen argumentos a favor o en contra de una creencia sobre lo que se considera verdadero. En contextos prácticos, se aducen argumentos que pueden ser, o razones en contra o a favor de hacer algo, o razones para sostener una opinión sobre lo que se debe, podría o puede hacerse (p. 66).

Si el ejercicio y aplicación del derecho se enmarcara dentro de un espectro ideal y no se presentaran más fenómenos de los ya previstos dentro de una determinada legislación, diríamos entonces que, no habría lugar a enfatizar de fondo en las cuestiones jurídicas, particulares y generales que pudieran presentarse, pues todo estaría completamente determinado, sin embargo, el idilio del derecho suele ser más una lejana utopía que una cercana realidad. Lo dicho supone en principio que, donde mejor visualizamos el ejercicio funcional del derecho es en los Tribunales, en función de los jueces -claramente-. Es ahí, donde se materializa la voluntad del legislador, el derecho del asociado y la facultad del intérprete. En dicho evento, cuando se presentan casos con salidas evidentes (fáciles) seguramente, la dificultad del intérprete no será mucha, pero, frente a casos oscuros y poco frecuentes, podrían evidenciarse diversas consecuencias, en primer lugar y desde una mirada poco óptima, podría el juez actuar de manera, arbitraria, injusta y seguramente llegarse a encaminar por vías de hecho para resolver un caso concreto, o, en segundo lugar, hacer uso de los diferentes métodos y mecanismos interpretativos de los cuales se puede valer para fundamentar su decisión, siendo acorde

a la necesidad y proporción de las partes; o como señaló Kelsen al decir que la interpretación es un proceso espiritual que acompaña al proceso de aplicación del Derecho. ²

En el primer supuesto planteado, puede el juez estar frente a un caso difícil cuando no se esté sobre la base fundante de la legislación positiva, ello le llevaría a buscar disposiciones que le permitan ajustar las razones de hecho sobre las disposiciones de derecho. Esta aplicación en la función judicial, se da cuando se evidencian lagunas, las que pueden presentarse por diferentes razones en la realidad fáctica. Sin embargo, cabe destacar que estas no pueden darse en abstracto, pues deben estar referidas a problemas jurídicos en concreto, como ya se mencionaba anteriormente; dentro de las lagunas encontramos clasificaciones en sí mismas, como lo pueden ser, las técnicas, aquellas evidencian diferentes supuestos, por ejemplo: cuando no hay desarrollo de una previsión constitucional o legal, cuando se ha declarado inconstitucional una regulación y cuando una legislación es preconstitucional, etc (Ezquiaga, 2006).

Para resolver éste problema, el juez debe acudir a métodos de heterointegración o de autointegración, el primero consiste en que, para solucionar una laguna, se hace posible a través de un ordenamiento distinto del actualmente en vigor, por ejemplo un ordenamiento jurídico anterior o en ultimas a una fuente distinta de la dominante, es decir -norma del legislador- el segundo, permite solucionar las lagunas sin salir del ordenamiento jurídico original, por medio de distintos métodos, como lo son: la analogía, los principios generales del derecho, la interpretación sistemática y el argumento a fortiori. A lo sumo, podrá diferenciarse en cada argumento, las distintas particularidades y acepciones que presentan, semejanzas que puedan hallarse, y en ultimas, dicotomías que impidan su funcionalidad, discusión que no se tratará en el presente texto.

De lo anterior, es importante, además, que previo al análisis de la argumentación jurídica desde la óptica de Neil MacCormick se efectúe en términos generales, un estudio que desarrolle desde las más amplias perspectivas, la argumentación jurídica como un segmento

² EZQUIAGA Ganuzas, Javier. En "La argumentación en la justicia constitucional española", se encarga de desarrollar cada mecanismo de interpretación y argumento que debería efectuar el juez en su razonamiento cuando éste se encuentra frente a lagunas jurídicas, a saber: el argumento analógico, sistemático, histórico, a fortiori, a contrario, etc.

del derecho, dando contexto y permitiendo una mejor aprehensión de la teoría que se abordará.

La interpretación y la argumentación son fenómenos jurídicos que se desarrollan mayoritariamente en escenarios de actuación judicial, es decir, tarea especial de los jueces, empero, no son figuras ajenas a los distintos ámbitos de todo el ordenamiento jurídico, y que en consecuencia su empleo sea exclusivo del operador judicial, sino que, ésta presente “en todo aquel que utiliza las normas del ordenamiento, pues lleva a cabo una tarea interpretativa e incluso, en ocasiones, aplicativa, dependiendo del órgano o de la persona que lo efectúa” (Peces et al., 2000, p. 230).

En efecto, cuando estamos frente al espectro de la argumentación, como se ha señalado, esta ha de materializarse en distintos escenarios, tal como se adujo con la postura de los mencionados teóricos, sin embargo, la relevancia tiene principal acento en el “juzgar” como una de las actividades del operador jurídico, siendo ésta, como señalaba Pérez Luño “la síntesis de unas actividades de percepción, de argumentación racional y de decisión” (Perez, 2010, p. 102). El juez enfrenta en cada situación de hecho un rango discrecional que encontrará sus límites según sea el caso, desde los cuales serán imperantes los parámetros normativos de determinado ordenamiento, rango en el cual, deberá optar por una decisión para resolver un problema en particular, situación que a juicio comporta una tarea de difícil solución, pues, como se ha señalado anteriormente, pueden existir supuestos oscuros que requieran de un mayor esfuerzo racional y por ende justificatorio por parte del operador jurídico, en la medida que, pueden existir múltiples respuestas, o en el peor de los escenarios, diversas interpretaciones aún dentro de un mismo órgano jurídico. Pese a lo anterior, hay posturas bipolares que señalan que para cada caso en concreto debe existir una única solución, que en últimas, traerá consigo una consecuencia jurídica. De vieja data, está la prolija teoría de Ronald Dworkin, afín al postulado anterior, dado que éste considera al juez como alguien ideal, capaz de tener facultades sobrehumanas en su ejercicio y por tanto convertirse en lo que él denomina “Hércules”.

**La Argumentación Jurídica
Desde La Óptica De Neil
Maccormick**

La argumentación jurídica desde las reflexiones de MacCormick se enmarca dentro del espectro del razonamiento jurídico, partiendo

de principios que aplicará en cuestión desde su planteamiento, a saber: la coherencia, consistencia y la universalidad. Desde esta mirada el autor propone el estudio de la naturaleza misma del ser humano, desde la cual existen situaciones que desde esta condición pueden llevarse o no a cabo, pues es el hombre quien en ejercicio de la razón puede deducir supuestos en concreto sin que exista un cuerpo normativo que expresamente, permita o prohíba una determinada acción.

Pese a que existan eventos en los cuales sea plausible optar por una decisión que se presente como racional y por ende, no requiera de un esfuerzo mayor para entender cuál sea la vía que deba optarse, como en todo razonamiento siempre existen ambivalencias que hacen que deba acudir a algún cuerpo normativo para entender que puede o no hacerse, que sea o no aceptable y por tanto, que deba aplicarse en un determinado supuesto de hecho que, a la luz de la teoría en cuestión, es una regulación aceptable pues está compuesta a su vez por la razón práctica (Starir, 2011).

Desde esta perspectiva, Atienza (2005) señala que MacCormick lo que pretende es armonizar la razón práctica kantiana con el escepticismo humano, donde asume que toda “teoría de la razón práctica” debe equipararse o complementarse con una “teoría de las pasiones”, en otras palabras, trata de conjugar la racionalidad con las pasiones humanas.

Estas concepciones dadas por MacCormick, son desde un punto de vista aplicable a un sistema normativo ajeno a nuestro ordenamiento, pues este, claramente por su tradición teórica, desarrolla su razonamiento aplicado a los sistemas que hacen parte de “*common law*” no siendo esto un limitante para su aplicación en distintos sistemas jurídicos existentes, tal como éste lo señala, y corrobora Atienza al exponer que la teoría de MacCormick consiste en una formulación de hipótesis falsables, debido a que el modelo que se adopta puede aplicarse y extenderse a cualquier sistema jurídico normativo (Atienza, 2015).

La teoría que expone el mencionado autor, conviene desde su aplicación estudiarla a partir de dos vías que permitan entender la estructura que se plantea. La primera de éstas está compuesta por un corte descriptivo y la segunda por uno normativo, que dé a conocer tanto los aspectos deductivos y no deductivos de la argumentación jurídica, así mismo, de los aspectos formales y materiales que puedan ser nacientes en el ejercicio interpretativo y aplicativo del derecho. Para MacCormick la argumentación desde esta óptica cumple con una función justificatoria, es decir que debe existir una correlación entre los hechos, las evidencias fácticas (pruebas) y la base normativa sobre la cual se quiera aplicar el derecho.

Las implicaciones que a juicio puede tener la coexistencia de una estructura de doble vía, es amplia, pues posibilita que, en el escenario decisional del aplicador de norma, se lleve a cabo este componente justificatorio. Afirmar que la decisión *per se* posea un efecto vinculante, sin antes aportar un aspecto racional, sería afirmar que este tipo de decisiones estarían en un campo indeterminado, y a lo sumo correría el riesgo de estar fundado sobre los caprichos humanos de la natural intensión del hombre. Así las cosas, justificar propende por el cumplimiento del derecho positivo, dentro de los tejidos racionales, cumpliendo con la dimensión de lo que es justo o no. MacCormick (como citó Atienza, 2005).

“No trata únicamente de mostrar bajo qué condiciones puede considerarse justificada una decisión jurídica, sino que pretende, además, que las decisiones jurídicas, de hecho, se justifiquen precisamente de acuerdo con dicho modelo”.

Justificar una decisión práctica adoptada por un juez, supone como se ha estudiado a lo largo de este apartado, estar supeditado a referencias normativas, que según MacCormick, ello no es producto de una cadena de razonamiento lógico, que, sin embargo, pueda tomarse en consideración algún razonamiento en favor de los principios normativos que puedan aplicarse a cada caso en concreto.

La Justificación Deductiva.

“Deductive Justification” (MacCormick, 1978) la justificación deductiva para MacCormick, pretende demostrar que el argumento deductivo, lleva a que una determinada premisa y la conclusión del

argumento puede estar implícita en una u otra premisa que se plantee desde otro argumento. Siendo así, el punto de partida de MacCormick, en la medida que, éste aduce, en determinadas situaciones, el operador judicial puede hacer uso del carácter deductivo, siendo posible, evidenciar para un determinado supuesto de hecho, una solución sobre la base fundante del ordenamiento positivo. Pese a la posibilidad del empleo de este componente en la actividad judicial, cabe preguntarnos ¿Es suficiente la justificación deductiva, y por tanto aportar un razonamiento práctico? ¿Hay algún presupuesto de validez para la aplicación de la justificación deductiva? ¿Hay evidencia de algún limitante dentro de estos presupuestos?

Sobre la suficiencia o no, en *stricto sensu*, puede y debe corroborarse la poca certeza, esto es, la existencia de casos donde la adopción de una determinada decisión no tenga una sola respuesta, caso en el cual estaríamos en sede de la existencia de casos difíciles, (situación que se tratará en el punto siguiente). En efecto, el argumento, o la justificación deductiva tiene sus ventajas y desventajas, en principio -y para continuar con el segundo cuestionamiento- prevé MacCormick que debe existir un presupuesto en toda justificación deductiva. Entre estos, primero, el juez debe optar por aplicar las reglas del derecho válido y, en segundo lugar, el juez debe identificar cuáles son las rejas válidas aplicables bajo estructuras de razonamientos subyacentes aplicadas por otros jueces, en últimas optar por el precedente judicial, que, en ocasiones puede resultar más viable.

Los limitantes a la justificación deductiva son nacientes bajo la existencia de los ya mencionados casos difíciles, el juez debe en ese sentido corroborar si su decisión se está adoptando bajo las premisas normativas y la realidad fáctica del mundo exterior, y si en verdad se cumple con los principios que propone el autor, la universalidad, consistencia y coherencia.

Casos Dificiles.

Como se ha dicho, la gran limitante de la justificación deductiva tiene relevancia cuando se está en sede de casos difíciles ¿Cómo resolver estos inconvenientes? Justamente, cuando MacCormick enuncia dichos límites prevé la existencia de casos oscuros, y categoriza en cuatro partes las razones por la cual se originan

los problemas para adoptar una u otra decisión en la actividad jurisdiccional. A saber, problemas de interpretación, relevancia, pruebas y de calificación.

Tabla 1

Problemas

	Premisa normativa	Premisa Fáctica
Interpretación	X	
Relevancia	X	
Pruebas		X
Calificación		X

Nota: MacCormick señala que los problemas mencionados son el inicio de un caso difícil, que afecta ya sea la premisa normativa o la premisa fáctica que se remite a los hechos. Creada por Sebastián Gutiérrez Vanegas.

Los “Problemas de interpretación” hacen referencia a aquellos casos donde no hay duda sobre que norma aplicar sino que existen múltiples formas de aplicación, es decir, que la lectura de la misma supone varias interpretaciones posibles. En los “Problemas de relevancia”, el juez no sabe si hay o no, normas relevantes que deban aplicarse a determinado caso, como se ha señalado, es una cuestión previa a la interpretación, donde exista un modo de aplicar, sino que, pueda haber otra norma relevante ajustable al caso en concreto. En los “Problemas de prueba” hay una dicotomía entre los supuestos de hecho por factores externos, sea porque no se sabe lo que sucedió, o porque el acusado niega los hechos que se le imputan. Probar para Atienza, significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas inferir proposiciones sobre el pasado. Por último, en los “Problemas de calificación” hay duda si los hechos probados se integran o no a supuesto de hecho de la norma, es decir, que esa determinada premisa fáctica pueda o no subsumirse a un determinado supuesto normativo (Atienza, 2005, p. 112).

Cuando no basta la justificación deductiva dadas las implicaciones de cada caso por la presencia de los problemas antes mencionados, debe toda decisión, cumpliendo con la razón práctica, estar acorde al principio de universalidad, que, aunado a este, también tendrán

presencia los principios de consistencia y coherencia. Estos principios se encuentran distribuidos entre la justificación interna y la justificación externa.

Principios. La distribución a la cual se atañen estos principios, se da según el tipo de justificación, sea la interna o la externa. La justificación interna o justificación de primer nivel, como bien manifiesta Wróbleswski (1974) se da cuando no existan problemas con las premisas normativas y las fácticas, es decir, que estamos en sede de un caso fácil, que *a priori* puede ser resuelto bajo la fórmula de un silogismo que, sin más, pretenda dar solución unívoca al referido tipo de casos (Principio de universalidad).

En el caso contrario cuando no se esté en presencia de una solución clara y unívoca, o como señala Atienza (2001) “cuando existen problemas para fijar la premisa normativa, la premisa fáctica o ambas” estando así en un estado de penumbra, lejos de la certeza que se pretenda. El segundo orden o segundo nivel posee igual importancia, la llamada justificación externa, en este nos encontramos frente a los principios de coherencia y consistencia, donde se suele aplicar los argumentos consecuencialistas frente a la justificación de los casos difíciles.

Consistencia y Coherencia.

Los principios referidos hacen alusión a la justificación externa como ya se ha mencionado, el primero de estos supone en su estructura y aplicación que la ley que se aplicó al caso en concreto no sea contraria al ordenamiento positivo, es decir, al sistema de leyes en vigencia. El segundo de estos, depende desde donde se observe, MacCormick señala que hay dos situaciones: a) la coherencia normativa (varios supuestos normativos se pueden subsumir a un mismo supuesto fáctico sin que en estas existan contradicciones) y b) la coherencia narrativa (cuando en la narración de los hechos no se presentas disparidades y por tanto se pueden asumir como coherentes).

Universalidad.

El principio de universalidad, MacCormick (2009) aduce que, para justificar una decisión

normativa está debe tener acento en una premisa o norma general o un principio, las cuales relacionan la causa con el efecto debido, “Hay una posible analogía a trazar entre la concepción del razonamiento práctico y la justificación defendida aquí, y el proceso inductivo del juicio cognoscitivo, o juicio científico, en la medida en que esta trata de causas y efectos. Es una tesis que se puede discutir la de que cada suceso y estado de cosas particular tiene alguna potencia causal intrínseca tal que a través de algún mecanismo explicable genera otros sucesos o estados de cosas” (p. 146). En términos castos y efectuando el razonamiento práctico que aquí se predica, la universalidad pretende que la norma que se quiera aplicar sea igualmente subsumible a cualquier otro supuesto factico, así las cosas, si a un determinado caso X se le da un tratamiento respecto de una solución o consecuencia jurídica y a otro caso X también, será objeto de aplicación de la consecuencia jurídica subsumible a la situación anterior.

Conclusión

A lo largo de este escrito se ha hecho énfasis en una de las funciones más representativas del poder judicial, integrado a ello, desde la teoría de la integración de Neil MacCormick se logró evidenciar cómo pueden coexistir elementos normativos y a su vez descriptivos, y que bajo la existencia de casos complejos pudiese adoptarse una decisión desde la razón práctica y los requisitos expuestos con anterioridad. De esta manera, puede afirmarse que una decisión es razonable cuando esta es lógicamente consistente y coherente, y que por tanto, es justa dependiendo de cuál sea el caso que se presente.

Es cuestionable en MacCormick, la idea de que el juez puede ser imparcial y por tanto razonar de manera adecuada solo por la existencia y empleo de las inferencias deductivas, ello implica que desde esa estructura lógica el operador judicial tenga siempre una respuesta correcta a un supuesto factico que pretenda resolver. Sin embargo, no es del todo cierto pensar de tal forma, pues éste como se ha visto desde el razonamiento práctico que expone y la intervención de un espectador imparcial, puede llegar a ser razonable, pero, aun así, ideal.

Aunado a lo anterior, consideramos que MacCormick pretende solucionar el empleo primario de un razonamiento deductivo cuando éste prevé la existencia de situaciones problemáticas que exigen un ejercicio mayor para resolver un caso en conflicto, así, puede distinguirse del razonamiento que no exija un esfuerzo mayor y se emplee un silogismo cuasi formal al permitir el razonamiento deductivo, así mismo equipara a la decisión, la justificación, que según sea el planteamiento del caso deberá ser interna o externa bajo la aplicación mediata de los principios mencionados en los apartados anteriores.

Referencias

- Atienza, M. (2001). *Cuestiones Judiciales*. Universidad Nacional Autónoma, Biblioteca de ética, Filosofía del derecho.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho*. Universidad Nacional Autónoma.
- Hart, H. (2014). *Discrecionalidad*. Cuadernos de filosofía del derecho.
- Kelsen, H. (1993). *Teoría pura del Derecho (7ª ed.)*. Editorial Porrúa.
- MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford University Clarendon Press.
- MacCormick, N. (2005). *Rhetoric and the rule of law. (trad. Moro, G)*. Oxford University Press.
- MacCormick, N. (2007). La argumentación silogística: una defensa matizada. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 321-334.
- MacCormick, N. (2008). Universales y Particulares. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32, 127-150.
- MacCormick, N.(2011). Argumentación e interpretación en el derecho. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33, 65-78.
- Peces, G., Fernandez, B. y E. De Asis, R. (2000). *Interpretación y aplicación del derecho*. Ediciones jurídicas y sociales. p. 230.
- Perelman, C. (1998). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Editorial Civitas.
- Perez, F. (2010). Nuevos retos del estado constitucional: valores, derechos, garantías. *Cuadernos de la cátedra democracia y derechos humanos*. Editorial Universidad de Alcalá. p. 102.
- Retrepo, J. (2006). Inferencias inductivas y deductivas: Una revisión desde la lógica clásica, la teoría de conjuntos y la cognición humana. *A Parte Rei* (45), p. 2.

Villarraig, J. (2006). *Dos contribuciones a la teoría de la argumentación jurídica: Neil MacCormick y Robert Alexy. Jornades de Foment de la Investigació.*

Wróbleswski, J. (1974). Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision. *Rechtstheorie*, p. 33.



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

**RONALD DWORKIN Y H.L.A
HART SOBRE LA TEXTURA
ABIERTA DEL DERECHO Y LA
DISCRECIONALIDAD JUDICIAL**

Juan Manuel Ortiz García

RONALD DWORKIN Y H.L.A HART SOBRE LA TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO Y LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Juan Manuel Ortiz García



SUMARIO:

I. Introducción.

II. Objetivo.

III. Problema y pregunta de Investigación.

IV. Justificación metodológica.

V. Discusión teórica.

VI. Conclusión.

VII. Referencias.

Introducción

Para el desarrollo de este apartado se abordarán las perspectivas divergentes sobre los autores Ronald Dworkin y H.L.A Hart en relación con la denominada textura abierta del derecho, la cual tiene una estrecha relación con la existencia de los denominados “casos difíciles” en los postulados de Dworkin o “Casos de penumbra” referidos de igual modo en la teoría Hartiana. El propósito del siguiente apartado será desglosar de manera sistemática el pensamiento de ambos autores referente a la indeterminación del derecho y las consecuencias que esta misma atañe al desarrollo y funcionamiento de un sistema jurídico, si bien ambos autores convergen en relación a la existencia de casos problema en un sistema normativo y las consecuencias que estos implican para el funcionamiento de la disciplina judicial; se encontrará un punto de divergencia sobre las postulados de ambos teóricos para dar solución a este problema. H.L.A Hart abordara en su teoría la denominada “Discrecionalidad judicial” como método idóneo para mitigar las consecuencias que la indeterminación de los enunciados normativos implica; así mismo Ronald Dworkin desarrollara dentro de

su doctrina la que él considera una respuesta acertada para los casos problemas, mismas que denomina como “Teoría Principialista” y que resulta ser enérgicamente opuesta a los postulados de Hart sobre la “Discrecionalidad judicial”.

Dentro del desarrollo de este enunciado se abordarán las teorías de ambos autores, previamente ahondado en la discusión teórica referente a lo que bajo el criterio de ambos doctrinantes se considera como “Textura abierta del Derecho” sus particularidades y las consecuencias que implica en el derecho y en la disciplina judicial; siendo esta última sobre la cual se desarrollarán los postulados críticos de ambos autores y las surgentes teorías para dar solución a tan eminente problema.

Objetivo

El propósito es confrontar la veracidad y viabilidad de aplicación de la teoría de la discrecionalidad judicial en el sistema jurídico latinoamericano, permeado por corrientes eminentemente positivistas, haciendo énfasis en el contraste que la practica discrecional presenta en relación con el principio de seguridad jurídica.

Problema Y Pregunta De Investigación

El problema de investigación tiene su centro en la discusión teórica suscitada entre la discrecionalidad judicial propuesta por H.L.A Hart y el razonamiento judicial principialista propuesto por Ronald Dworkin, referente a su aplicación en el sistema judicial latinoamericano, frente a la presencia de vaguedades-ambigüedades del sistema jurídico.

Justificación Metodológica

Este trabajo se divide en seis apartados, primero se examinará la

denominada textura abierta del derecho propuesta por H.L.A Hart, como segundo apartado, se abordará la relevancia de la función judicial para el armonizado funcionamiento del sistema jurídico. Posteriormente, se hará énfasis en el concepto “ambigüedad” y “vaguedad” referente al sistema legislativo abordando los denominados “casos difíciles, a continuación se desarrollará la teoría de H.L.A Hart referente a la discrecionalidad judicial, y finalmente, se desarrollará la solución propuesta por Ronald Dworkin sobre el principalismo como respuesta a las falencias del sistema legislativo.

Discusión Teórica

La Textura Abierta Del Derecho

Para referirse correctamente a la denominada textura abierta del derecho es necesario enfatizar, cuando menos, someramente en el pensamiento crítico de H.L.A Hart. Ahora bien, Hart aborda su teoría refiriéndose a la complejidad que encierra todo sistema jurídico como conjunto de normativas encargadas de regular y encaminar la conducta del hombre en sociedad, si bien, todo sistema jurídico resulta ser el pilar fundamental para la conservación del funcionamiento armónico de toda estructura social, para Hart es también evidente el hecho de que todo sistema jurídico presenta falencias que se hacen notorias en el momento de la aplicación de algunos enunciados normativos, problemas que fácilmente podrían pasar imprevistos cuando se evalúan desde la perspectiva del mundo del deber ser y que una vez llevados al mundo del ser brotan como un inconveniente nunca contemplado en el proceso de creación de toda norma, a estas problemáticas fortuitas o falencias de los enunciados normativos Hart se referirá como ambigüedades y vaguedades del derecho.

Lo anterior, en concordancia con la teoría Hartiana se denominará como la falta de certeza en el derecho, que como se mencionó, compondrá una característica intrínseca de todo ordenamiento jurídico; para clarificar de mejor manera este concepto, Hart procede a realizar una diferenciación entre las normas presentes en todo sistema jurídico, siendo así que las clasifica entre normas primarias y normas secundarias, considerando estas obligaciones e imposiciones sobre el individuo para la comisión u omisión de conductas y aquellas facultades privadas o públicas que derivan del individuo.

Con relación a lo anterior, las normas secundarias serán aquellas de las cuales se desprende con mayor frecuencia la falta de certeza en cuanto que implican una franja de libertades individuales o plurales para el ejercicio cotidiano del individuo en sociedad, estas facultades representan al individuo la capacidad especial que consiste en poder interpretar el alcance del texto normativo de un modo unipersonal, resultando de ello un conjunto de variaciones incontables que someten la interpretación al contexto único de cada persona y las situaciones que lo componen, confrontando en diversos momentos el fin último de la norma y el alcance que la misma tiene cuando se presentan en relación al caso particular situaciones que hacen opaco el direccionamiento de la misma. Así lo podemos interpretar tomando como referencia los aproximamientos a la teoría Hartiana por parte de la Sociedad chilena de filosofía jurídica y social en su anuario del año 1999 “La capacidad de reconocer esas instancias como referentes de esas palabras (conceptos) es la capacidad de entender el significado de la palabra (concepto) en cuestión. Del mismo modo, sin embargo, en muchas instancias la aplicación de esa palabra (concepto) a ciertos eventos del mundo distará de ser obvia y ello generará desacuerdo entre hablantes competentes.”

Las vaguedades y ambigüedades del derecho pueden tener diversos orígenes, sin embargo, uno al que hay que referirse de manera particular es el denominado carácter estático del derecho. El concepto de carácter estático se desprende de un factor netamente temporal que afecta el funcionamiento armónico del sistema legal y que tiene una relación directa con el desarrollo social, el sistema normativo, como ya se enunció, es pensado para regular el orden social, razón por la cual al momento de su concepción se incluyen factores y criterios axiológicos, históricos y sociológicos que reflejan las necesidades que ostenta una sociedad como también el estado de desarrollo que atraviesa, en relación a ello se fundan las normas de un sistema jurídico; sin embargo, el concepto de desarrollo social es un concepto sometido al cambio constante y al dinámico proceso transicional de valores axiológicos, y como consecuencia directa de ello todo sistema jurídico se verá inevitablemente sometido a que con el paso del tiempo surjan ambigüedades y vaguedades sobre uno o varios textos normativos, como también lo enuncia Fernando Atria en la ponencia sobre la teoría Hartiana en el anuario del año 1999 de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social “Éstos

eventos están en lo que Hart llamo la “penumbra” del significado de la palabra (concepto) relevante, donde diferentes opiniones acerca de su aplicabilidad pueden existir entre usuarios competentes del lenguaje en cuestión”. Siendo también causa de ello el constante surgimiento de nuevas problemáticas sociales como factor colateral al avance poblacional, las cuales por su carácter reciente claramente no tendrán regulación alguna y repercuten en el sistema, en cuanto no son adheridas nuevas disposiciones legales en las nuevas problemáticas relevantes para el mundo del derecho, generando cada vez más grande la brecha legal en un sistema y afectando la seguridad jurídica por la cual un estado debe de propender.

Ahora bien, también resulta perentorio referirse textualmente a la siguiente expresión del mismo H.L.A Hart (1994) con relación a la textura abierta del derecho, misma que bien enriquecerá de manera prominente el desarrollo de esta discusión, “La textura abierta es una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho” (p. 159). La falta de certeza del derecho y su carácter estático surgen como resultado de la utilización del lenguaje al momento de establecer un sistema normativo, puesto que, el uso de elementos lingüísticos y gramaticales para su desarrollo implican el sometimiento a la amplitud de este y a la franja de incertidumbre que conlleva la significación de cada término usado para la redacción de una norma, esto será lo que Hart referirá en su teoría como “Textura abierta”. De manera consistente con la teoría de Hart, es imperante referir que dicha “Textura abierta” no es intrínseca del derecho, mucho menos un factor característico de su esencia como disciplina científica, esta pertenece más bien al lenguaje en toda su extensión y siendo esencial a su composición, esto en cuanto el lenguaje adolecerá siempre de que en él exista una falta de certeza, por cuanto se somete a la reinterpretación y resignificación de cada individuo que se cuestione frente a un enunciado, por consiguiente, el derecho padecería también de esta textura abierta, pero no de forma directa, sino como consecuencia colateral de emplear el lenguaje como método de expresión del sistema normativo.

El derecho acaecerá entonces de una textura abierta de manera indirecta en cuanto que el lenguaje es su forma de expresión, este

carácter ha de verse mucho mas cuando se aplica el uso de términos clasificatorios genéricos en los lenguajes naturales como lo enuncia Hart (1994) “Por un lado, la necesidad de reglas dotadas de certeza [...] y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que se lo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presenten en un caso concreto” (p.162). Lo anterior es bien un factor intrínseco para la expresión del poder regulatorio de un sistema legal, puesto que el significado de toda expresión lingüística esta sujeta a su uso y por ende los conceptos que dentro de sí compila el lenguaje carecerán de sentido cuando no están aplicados a circunstancias específicas. De modo, que en cuanto se puedan reconocer estas circunstancias, se podrá de igual manera reconocer el concepto que contiene; sin perjuicio de anterior existen casos en los cuales la aplicación de una palabra a un determinado contexto o circunstancia dista de ser evidente o de fácil relación, generando como consecuencia la creación de controversias entre los receptores del enunciado y del mensaje que en cuestión debía transmitir.

Entonces para referirse a la textura abierta del derecho propuesta por Hart ha de contemplarse como como una consecuencia colateral que implica el uso del lenguaje en un sistema jurídico y que conlleva una franja de indeterminación normativa confrontada por medio de la interpretación unipersonal.

La Función Judicial

El rol jurisdiccional dentro un sistema jurídico es uno de los pilares fundamentales que aseguran su funcionamiento y correcto desarrollo. El fin último del órgano judicial es materializar aquello que en una norma se establece, hacer aplicable en el mundo del ser lo que por medio del legislativo se suscita en el mundo del deber ser, así entonces la practica jurisdiccional custodia el cumplimiento armónico de todo cuanto tenga carácter de ley y vela por que la supuesta en práctica se genere de manera correcta y justa. El deber del funcionario judicial es entonces uno de los que ostenta una de las mayores cargas de responsabilidad con la adecuada preservación del orden estatal.

El juez dentro del sistema jurídico será quien se investirá con la

facultad de dirimir las controversias que surjan entre los individuos que forman una sociedad, deberá bajo el criterio de la ley y su experticia en el conocimiento de ella determinar el modo de proceder frente a una situación que exige una conclusión, propendiendo por que este desenlace ampare tanto las facultades con las que cada individuo cuenta, como los deberes que a su vez cuyo cumplimiento ha de ser impuesto. Así también lo afirmaría Carlos Alberto Agudelo Agudelo (2011) sobre los pensamientos de Dworkin sobre la función judicial:

para Dworkin, la experiencia judicial significará un asunto importante para definir un concepto interpretativo de la justicia, por encima de muchos postulados de los filósofos del derecho, que consideran la justicia y el derecho un tema desligado de las prácticas judiciales. (pp. 129-144)

Esto indica que todo sistema judicial que desee tener cuando menos un poco de éxito necesita indispensablemente de un órgano encargado de juzgar y decidir conforme a leyes preestablecidas el rumbo que se debe adoptar ante el surgimiento de disputas sociales de cualquier índole, con el direccionamiento de preservar el orden y mantener la correcta convivencia de las personas un sistema social fundado en la voluntad de someterse a los direccionamientos que el legislativo decida adoptar, cabe aclarar, que lo anterior, teniendo como base un sistema democrático. En relación con lo mencionado, no es un desacierto detenerse para enfatizar la importancia que tiene el carácter coercitivo dentro de la decisión judicial, dado que precisamente contribuye en otorgar firmeza al órgano jurisdiccional, estableciendo la prevalencia de la ley por sobre los intereses y comportamiento individuales, en últimas facultando al estado para actuar cuando *per se* de la intervención y orden del sistema legal un individuo decide contrariar al estado que el juez representa.

El derecho esta sujeto y supeditado a la existencia de un sistema judicial para que el conjunto de normas y disposiciones legales, que en su complejidad contienen, cumplan su fin último, el de encaminar y redirigir las conductas de los individuos, pues bien sin un sistema judicial compuesto por funcionarios que hagan materiales las disposiciones y que en conformidad a ellas se vean facultados por el poder del estado para imponer las acciones preestablecidas, el derecho

carecería de sentido y sería tan solo un conjunto de enunciados de carácter imperativo que limitarían su existencia a sugerir modelos conductuales y reacciones consecuenciales en el mundo del deber ser. El derecho depende entonces de los jueces para subsistir.

Los Casos Difíciles

La práctica judicial, sin embargo, encuentra en su desarrollo falencias e impedimentos que le apartan del criterio utópico en el que se fundó y que presentan en su ejercicio aspectos problemáticos que exigen una respuesta en medida que surgen por parte del derecho. Lejano del criterio positivista que planteó Kelsen en el cual todo sistema normativo será completo, conteniendo en el mismo las respuestas a toda controversia que en la sociedad pudiera presentarse y sin adolecer de falencia alguna, es menester reconocer que inexorablemente un sistema jurídico no será impune a encontrar en su composición defectos e inconvenientes que sujetos al factor de temporalidad tenderán de manera exponencial a hacerse más numerosos.

Los conceptos de “carácter estático”, “indeterminación” y “textura abierta” del derecho repercuten de manera importante en el mundo jurídico y mas directamente en la práctica judicial, por cuanto afectan el alcance, la interpretación y la aplicación de los textos normativos, siempre que se manifiesten controversias que confronten de manera problemática la aplicación de más disposiciones legales. El efecto incidental que generan estas imperfecciones intrínsecas de todo sistema legal recaerá con mayor peso en la función de los jueces en razón de su deber de aplicar y hacer valer la ley en los casos particulares, se apoya entonces en la función judicial el deber de dar respuesta a las necesidades del particular aun cuando la ley no resulta ser clara sobre el modo de proceder, cuando es espesa la distinción entre dos normativas que se refieren a una cuestión en particular o se exige la ponderación de derechos que legalmente resultan ser igual de válidos, entre otros; de tal modo que la practica judicial encuentra un bache en su ejercicio, en medida que exista la presencia de situaciones no contempladas previamente por el ordenamiento jurídico e impongan al juez un problema para determinar su solución. Como fundamento de lo anterior podríamos tomar la siguiente afirmación de Doctor Carlos Alberto Agudelo (2011) “pues

habrá casos donde la ley no es suficiente, es vaga o genera vacíos, así, el juez tendrá que ponderar diferentes situaciones para buscar la respuesta más razonable”.

Estas situaciones problema cuyo proceder no se encuentra contemplado de ninguna manera por el ordenamiento jurídico serán lo que H.L.A Hart y Ronald Dworkin referirán como “casos difíciles” por cuanto su solución representa para el funcionario judicial un conflicto que se suscita entre su deber de administrar justicia de manera permanente y la carga de legalidad que ata sus acciones a un marco legal previamente establecido y delimitado. Los casos difíciles son para el derecho una transgresión directa a la seguridad jurídica, por hacer notorios ámbitos que carecen de cualquier tipo de regulación o particularidades que ponen en conflicto varias disposiciones legales plenamente válidas y que exigen una solución, situando la decisión judicial en un panorama ampliamente borroso ante la escogencia de un fallo y el proceder para su motivación, que implican el desconocimiento y prevalencia de uno o más derechos entre sí, con el especial cuidado de no transgredir el orden legal o romper el marco de sus funciones.

Los casos difíciles desde la perspectiva de Dworkin serán aquellas situaciones problemáticas que a la luz del derecho no presentan una solución clara, con ello refiriéndose a que no existe una normativa clara o un procedimiento legal previamente estipulado para que el juez proceda a dirimir el conflicto en cuestión; como también aquellas situaciones donde la aplicación de una norma vigente acaezca como resultado “un injusto”, de tal manera que el funcionario judicial en el ejercicio de su labor es contrariado sobre las facultades que ostenta y los deberes que aluden a su labor dentro del sistema.

En sus propios términos Dworkin anunciará que nos encontramos frente a un caso difícil “cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución; el juez -de acuerdo con esta teoría- tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido” (1984, p. 146).

En concordancia con los planteamientos de Dworkin, la existencia de casos difíciles no implican para el derecho ni para el juez la

facultad para inhibirse de pronunciarse sobre el conflicto y sobre los derechos que dentro del mismo versan, pues aunque bien representan un óbice para el funcionamiento armónico del sistema, no implican el desconocimiento de la función estatal de propender por la preservación de las facultades personales de cada individuo, por lo que sin perjuicio de cuan contrariado se puede situar el estado o el juez frente al surgimiento de un caso difícil, deberá por encima de ellos dirimirse la controversia esclareciendo que derecho deben de reconocerse en la solución de la problemática. Ello más bien implicaría para Dworkin una nueva dimensión de la práctica judicial en la cual el juez ha de ampliar su perspectiva más allá del positivismo de la norma, como así también lo afirma el Doctor Carlos Alberto Agudelo (2011):

Para Dworkin hay un concepto más amplio del derecho que vincula la moral para fallar mejor aquellos casos donde los jueces no pueden resolverlos con base en la norma, o cuando las personas tienen dilemas morales bastante fuertes y requieren de una teoría moral. (pp. 129-144)

Estas situaciones problemáticas cumplen para Dworkin un papel fundamental en el desarrollo de la visión que se tiene sobre el derecho, pues son precisamente estas lagunas del sistema legal las que empleará para desvirtuar los planteamiento positivistas que postulaban al sistema jurídico como completo e idóneo, de tal manera que la presencia de casos difíciles dentro de un sistema normativo serían la prueba acertada de la amplia franja de indeterminación que existe dentro del derecho y que da razón de que es errado el planteamiento de Kelsen que alude a que el derecho siempre tendrá una única respuesta para cada caso, como así lo menciona en sus pronunciamientos sobre su propia teoría

Si a la hora de decidir los casos difíciles a los jueces no se les exigiera que tomaran decisiones morales entonces no tendrían desde luego que consultar la teoría moral. Pero si se les presentan problemas morales, entonces decirles que deben resolverlos mediante el uso de la historia, la ciencia económica o cualquier otra técnica no moral supondría un error categoría. (Dworkin, 2007)

El carácter estático del derecho, será entonces, para Dworkin un problema claramente plausible dentro de todo estado social de derecho, dejando en evidencia que el positivismo implica no mas que la aplicación mecánica de enunciados de carácter imperativo que ajenos al desarrollo social resultan en un ordenamiento jurídico incompleto; la función judicial entonces no podrá resumirse únicamente en la aplicación concurrente y monótona de disposiciones sustanciales y procesales, en vista que frente al surgimiento de casos no previstos ni regulados previamente por el aparato legislativo, la doctrina positivista resulta obsoleta por cuanto no le permite al sistema normativo avanzar y adaptarse al desarrollo social convirtiendo al derecho en una disciplina obsoleta incapaz de dirimir las situaciones problema a la par de la sociedad.

El concepto de Hart sobre los casos difíciles o como el los refiere “casos de penumbra” estará estrechamente relacionado con la utilización del lenguaje como forma de expresión del derecho y la aplicación de términos clasificatorios genéricos para la producción de enunciados normativos, puesto que estos inciden en someter al derecho a la infinita franja de interpretación de cada termino lingüístico y conllevan a la contradicción de distintas disposiciones legales o a la duda sobre la procedencia de uno o más textos normativos en situaciones específicas

Por un lado, la necesidad de reglas dotadas de certeza[...]
Y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que se lo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presenten en un caso concreto (Hart, 1994-1963, p. 130- p.162.)

Mismas que tendrán una consecuencia directa y plausible en la práctica judicial, controvirtiendo la manera correcta de proceder del juez y poniéndolo en una penumbra como lo referiría Hart frente a solución de determinadas situaciones, bien porque dos imperativos legales tienden a contradecirse, por que no existe una regulación clara para la controversia surgente o por que las características de la misma permiten múltiples interpretaciones y a su vez la posibilidad de múltiples disposiciones legales.

Estos casos de penumbra para Hart no implican un factor que desvirtúe los planteamientos de la corriente positivista de Kelsen, puesto que bajo su criterio encuentran solución en las reglas que el mismo postula; la regla de reconocimiento, la regla de cambio y la regla de adjudicación, las cuales consecutivamente pretenden dar solución a la falta de certeza, el carácter estático y la ineficacia de la presión social en el derecho. De este modo el planteamiento Hartiano frente a los denominados casos difíciles no pretende comunicar un sistema ineficaz o una legislación estática como lo hace Dworkin, sino más bien aduce a un sistema positivista que, aunque dista de ser perfecto como lo plantea Hart, asienta unos cimientos fehacientes sobre un sistema jurídico cuyas imperfecciones que son intrínsecas del lenguaje y no del positivismo como corriente imperante en los sistemas jurídicos, más bien aquellas ambigüedades y vaguedades de las que todo sistema tiende a padecer resultan ser una consecuencia colateral e ineludible al ser el lenguaje el medio idóneo de expresión y desarrollo del derecho, por ello y sin perjuicio de la efectividad del sistema positivista, Hart alude a soluciones bajo su criterio eficaces para contravenir las fallas del sistema jurídico y permitir su armónico funcionamiento. Así, también, lo enuncia el Doctor Fernando Atria “textura abierta del derecho no es una característica del derecho sino, como Hart dice explícitamente uno de los lenguajes naturales” (Sociedad Chilena de filosofía jurídica y social, 1999, p. 481).

Uno de los planteamientos más reconocidos de Hart y que ha repercutido grandemente en el debate sobre la idónea solución para lo que se denominan “casos difíciles” es la discrecionalidad judicial, que surge como la respuesta idónea a la textura abierta del derecho y a su carácter indeterminado y estático. La discrecionalidad judicial como una facultad extraordinaria para el juez es a la luz de la teoría Hartiana la manera de proceder acertada y definitiva que contribuiría a que todo el sistema jurídico pudiera ser realmente completo y no tuviera que enfrentarse a controversias que expusieran su ineficacia o incapacidad para regular el orden social.

La Discrecionalidad Judicial

Como solución para el continuo surgimiento de casos difíciles, debido al desarrollo permanente de la sociedad,

Hart postulará dentro de su teoría referente a la solución del carácter indeterminado del derecho, lo que él denominó “Discrecionalidad judicial”, la cual bajo los planteamientos Hartianos brinda al sistema jurídico la oportunidad de contrarrestar o erradicar las imperfecciones que le impiden ser completo y orgánico.

La discrecionalidad judicial alude directamente a la textura abierta del derecho, que bien ya habiendo clarificado que dentro de su teoría, Hart refiere la textura abierta al lenguaje, el derecho acaece de ella por cuanto usa el lenguaje en su totalidad para desarrollarse, de este modo toda norma jurídica es objeto de contener en su redacción o aplicación cierto carácter de indeterminación que lleva bajo circunstancias específicas a la creación de confusiones o penumbras sobre su correcta aplicación y procedencia. Es al funcionario judicial a quien legalmente bajo los presupuesto del estado social de derecho a quien correspondería dar una adecuada solución a estos casos de duda o de incierta procedencia, empleando la totalidad del sistema legal y de sus disposiciones normativas para cumplir cabalmente con su función de administrar justicia; más bien este presupuesto se ve opacado cuando en el sistema jurídico se presentan contradicciones entre diversos postulados normativos, cuando las particularidades de un caso no hacen clara la procedencia o aplicación de una norma, ya sea porque no satisfacen la controversia expuesta, porque la aplicación de la norma o conjunto de normas resulta en la materialización de un injusto o porque no existe ninguna regulación sobre la problemática presentada. Resulta entonces también relevante para el desarrollo de esta teoría la mención del rango de acción al que es sujeto el funcionario judicial, el cual nunca podrá exceder de lo ya estipulado con anterioridad por el órgano legislativo, de tal manera que tendrá que apegarse a lo estipulado normativamente para dar solución a las controversias que llegan diariamente a un despacho judicial; pero como ya se mencionó, esta premisa no es posible cuando por la misma naturaleza del sistema jurídico no siempre es factible dar solución de manera sistemática y sencilla a todas la problemáticas que surgen en una sociedad, existen pues casos difíciles, como ya se enunció, en los cuales el juez se encuentra con un panorama obscuro que no le permite encontrar una respuesta idónea dentro del mismo sistema normativo. Así, se podría tomar como fundamento de lo anterior el siguiente enunciado del mismo Hart (1961):

La textura abierta del Derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso.

Lo anterior, también debe contrastarse con el factor de permanencia que es característico de la jurisdicción que ostenta el órgano judicial, mismo que alude a que el estado no podrá en ningún caso dejar de administrar justicia, ahora bien, con relación a lo anteriormente expuesto, lo que se puede encontrar es un claro dilema para el funcionario judicial entre apearse a su función de administrar justicia, de tal modo que se ve imposibilitado para rechazar o resolver insatisfactoriamente las problemáticas que los ciudadanos ponen a disposición del sistema judicial, y la aplicación de un sistema normativo que frente a determinadas problemáticas no le brinda a los jueces un adecuado proceder o le contraria frente a la aplicación de determinadas normas, de tal modo que la procedencia del principio de seguridad jurídica, que rige la subordinación del jurista a los imperativos previamente estipulados, conlleva a una disyuntiva que según Hart resulta en la solución insatisfactoria de las situaciones sociales surgentes.

La discrecionalidad judicial plantea facultar al juez para que en situaciones de casos difíciles, en las cuales la ley no ofrece una respuesta clara sobre cómo proceder o que norma aplicar para dar una solución satisfactoria, este sea capaz de interpretar la particularidad del caso y de las partes, para así mismo en función de su experticia, su conocimiento del sistema legal y su criterio pueda brindar una respuesta a la problemática presente y sobre la cual la ley no resultaba clara. La respuesta discrecional del juez que plantea Hart debe cumplir con ciertos criterios, bien siendo consciente de que su postulado contraviene directamente el principio de seguridad jurídica o cuando menos el criterio que se tenía del mismo en aquel momento; en razón de ello, la respuesta discrecional debe siempre de ir con el ánimo del sistema jurídico y de la legislación existente, no debe bajo ninguna circunstancia ser una respuesta arbitraria y más aún vulnerar o contrariar derechos fundamentales establecidos por el orden constitucional, siendo así que el funcionario judicial que ejerza

la facultad discrecional debe de sustentar su respuesta en la justicia, los derechos fundamentales, la moral y la experticia que le otorga su cargo de jurista. De un modo similar, lo expresa el Doctor Luis Prieto Sanchis (1985):

Para el escritor británico, los jueces no se comportan como legisladores, sino que obtienen de las leyes, de los precedentes, etc., las pautas fundamentales para adoptar sus decisiones. Sin embargo, esas leyes y presidentes no son siempre suficientemente precisas ni pueden contemplar en todas sus dimensiones la complejidad de la vida social; es entonces, bajo esa vinculación, cuando los tribunales despliega en una actividad que bien puede clasificarse como creativa. (p. 365)

La discrecionalidad judicial es bajo la perspectiva de H.L.A Hart una medida necesaria con el fin de subsanar las imperfecciones que todo sistema jurídico contiene, por lo cual las plantea como una medida necesaria para combatir la indeterminación del derecho, siendo este el principal obstáculo para su funcionamiento armónico y completo. Los casos difíciles permiten vislumbrar que el derecho, en relación al desarrollo social, tenderá a llevar la desventaja y se enfrentará con situaciones problemas sobre las cuales aún no se ha regulado o que presentan particulares alteraciones que hacen que la aplicación de una norma no cumpla su fin último, así entonces, la discrecionalidad le brinda al sistema jurídico la capacidad de no incurrir en un sistema legislativo obsoleto proyectado temporalmente, ampliando la capacidad del juez para acudir a su conocimiento de la ley, su criterio y muy especialmente la moral. Con la discrecionalidad judicial, afirma Hart, todo sistema jurídico contaría con las capacidades para orgánicamente acoplarse al factor de temporalidad, contrarrestar la textura abierta que el derecho acaece, nutriéndose orgánicamente de la función judicial. Finalmente es menester para soportar este argumento el criterio del Doctor Joan Mesquida Sampol (2003) sobre el concepto de discrecionalidad:

La discrecionalidad es la facultad que el ordenamiento jurídico otorga a un juez o a un funcionario para que decida según los principios o estándares que considere justificadamente de aplicación ante la indeterminación o el carácter abierto de la norma jurídica a aplicar. (p. 340)

**Dworkin Sobre
La Discrecionalidad Judicial**

El postulado sobre a discrecionalidad judicial de Hart fue bastante controvertido por cuanto contravenía directamente el principio de seguridad jurídica imperante en el estado social de derecho, pues pretendía dar respuesta y solución a las problemáticas que el derecho afronta como disciplina, así mismo desvirtuaba valores que se han establecido como cimientos para la construcción de un sistema jurídico. El principio de seguridad jurídica tiene una estrecha relación con la adecuada administración de su justicia, así como con el principio de imparcialidad judicial, la discrecionalidad judicial como respuesta a la textura abierta del derecho implica la significación de un sinfín de nuevas posibilidades que podrían vulnerar la esencia del derecho como disciplina y como ciencia.

Ronald Dworkin no evita pronunciarse sobre la discrecionalidad judicial que postula Hart, así mismo la desvirtúa partiendo del hecho que facultar a los funcionarios judiciales para interpretar la ley bajo un criterio unipersonal conlleva más consecuencias contraproducentes que beneficios. Vulnerar de manera directa el principio de seguridad jurídica lo único que traería sería debilitar las bases del derecho como disciplina, el juez entonces ya no tendría que apegarse a lo que el órgano legislativo previamente estableció, sino que tendría la facultad para interpretar la ley bajo su esfera personal y su propio concepto, la ley estaría sujeta ya no solo a múltiples interpretaciones por parte de la sociedad, sino también por parte de los funcionarios judiciales, como consecuencia de ello encontraríamos múltiples respuestas dependiendo de cada juez y de las corrientes filosóficas a las que cada uno decida acudir, y cada caso tendría una respuesta distinta dependiendo, no de las particularidades de este, como lo afirma Hart, sino de los criterios que cada juez tenga y como considere que debe resolverse el caso, en tal situación, es más que pertinente preguntarse si realmente se contribuye a la administración de justicia o por el contrario lo que hace es aludirse a dejar la justicia en manos de las subjetividades de cada individuo y la infinidad de factores que pueden influir en ella. Pues bien lo anterior se desarrolla sobre la siguiente afirmación del Doctor Oscar Alexis Agudelo (2014):

Desde la mirada integralista de Dworkin, el fenómeno de la creación judicial del Derecho muestra la presencia de

lagunas y falta de claridad en las reglas; en este punto, Dworkin niega la posibilidad de creación judicial, en tanto el juez no crea reglas, pero sí resuelve casos difíciles a partir de principios. Tal tesis trae consigo la negación de la discrecionalidad. (p. 49)

Del mismo modo, Dworkin alude a un hecho implícito dentro de la teoría discrecional que resulta a la luz de los principios constitucionales bastante ruidoso, facultar a los jueces para que interpreten la ley en casos difíciles en relación a su criterio, implica facultar a los jueces para que estos creen derecho y así mismo generen precedentes judiciales para la solución futura de problemáticas; la función de crear derecho, es decir de generar normas con carácter vinculante y coercitivo, corresponde únicamente al órgano legislativo que es escogido por democracia, por ello si se faculta a los jueces para que creen derecho no se estaría haciendo mas que tornar borrosa la separación de las ramas del poder que ostenta el estado social de derecho y que asegura la imparcialidad de un sistema de gobierno.

La discrecionalidad judicial, a la luz de los preceptos del derecho como ciencia, resulta ser un inconveniente más que una solución según lo plantea Dworkin, pues bien es una solución poco eficiente que no asegura que la textura abierta del derecho se erradique de la disciplina judicial sino que implica la concesión de múltiples soluciones que entre sí podrían también contradecirse y que menguarían la autoridad, coherencia y organicidad de un sistema jurídico, como lo enuncia el Doctor Joan Mesquida Sampol:

Para este autor, la discrecionalidad es una facultad propia de un órgano en un sistema normativo dado. Esta facultad exige que exista una norma que la legitime y la acote. Sin esta norma no tiene sentido hablar de discrecionalidad. Con una gráfica metáfora, dice Dworkin que la discrecionalidad no es otra cosa que el agujero de una rosquilla; éste no es sino el vacío creado por la rosquilla pero que no puede existir sin ésta. Análogamente, la discrecionalidad es un vacío de normas, un espacio abierto entre ellas, sin dejar de ser, sin embargo, una facultad atribuida a un juez o a un funcionario y que presupone la existencia de normas que la acoten. (p. 343)

Los casos difíciles si bien ponen en una encrucijada al derecho, en razón de que exponen su carácter incompleto e imperfecto, no son una razón fehaciente para facultar al funcionario judicial con la función de crear derecho, ahora bien, aun cuando Hart afirma que la discrecionalidad judicial ha de aplicarse únicamente en aquellos casos de penumbra en los cuales la ley no ofrezca una respuesta clara o una adecuada manera de proceder, para Dworkin este argumento pierde su validez en el momento en que la identificación de casos difíciles resulta someterse a la particularidad de cada caso o al surgimiento de problemáticas no contempladas por un ordenamiento, lo cual permite significar que las lagunas y ambigüedades del derecho estarían sometidas a ser resueltas por el juez, implicando con ello una monumental vulneración al principio de seguridad jurídica.

Conclusión

En desacuerdo con la teoría Hartiana, Dworkin postula su propia teoría en conciencia de la existencia de casos difíciles en la práctica judicial y la imperante necesidad del derecho de poder dar solución a los mismos y administrar justicia, sin embargo para Ronald Dworkin la respuesta no se encuentra en facultar a los funcionarios judiciales para que interpreten la norma y creen derecho, como respuesta a las ocasiones en las que la ley no es clara sobre la idónea solución, más bien la respuesta se encuentra en los principios constitucionales que todo ordenamiento jurídico posee y resultan ser la base de todo sistema de justicia, pues bien las normas y postulados legislativos tienen su base en un desarrollo de los principios constitucionales que rigen el ánimo en que un estado es fundado y los valores, que esta a su vez considera mayormente relevantes, adoptándolos como cimientos para el desarrollo de la vida en sociedad.

ver el derecho como concepto interpretativo va a llevar a los jueces a tomar decisiones en casos complejos, no sólo con base en las normas, sino con base en decisiones políticas, pues habrá casos donde la ley no es suficiente, es vaga o genera vacíos, así, el juez tendrá que ponderar diferentes situaciones para buscar la respuesta más razonable. El juez tendrá que hacer uso

de las reglas interpretativas del derecho de concebir la jurisprudencia y la ley como una novela donde cada juez escribe el capítulo siguiente sin perder la coherencia con sus antecedentes judiciales. (Dworkin, 2007, p. 29)

Para la teoría de Dworkin el funcionario judicial frente a los casos difíciles debe siempre acudir a los principios constitucionales que como base de todo sistema normativo podrán guiarlo sobre el ánimo en que fue fundada la ley y así mismo la prevalencia de algunas disposiciones sobre otras, así entonces en los casos de duda lo ideal será siempre regirse por el rumbo que los principios constitucionales indiquen, por cuanto estos a su vez son el desarrollo de los valores de mayor relevancia que ha decidido adoptar una sociedad, sin embargo, rechazando rotundamente la postulada discrecionalidad, siendo que solo aporta inseguridad jurídica.

Referencias

- Agudelo, C. (2011) *“La justicia con toga de Ronald Dworkin: ¿Los jueces son filósofos o son interpretes moderadores?”* (ed. 7). Sophia. pp. 129-144.
- Agudelo, C. (2014). *Dos dilemas judiciales en Ronald Dworkin*. (ed. 2). Novum Jus
- Anuario de filosofía jurídica y social. (1999). *Diálogos con Norberto Bobbio y GH Von Wright*, 17. Sociedad Chilena de filosofía jurídica y social (p. 380).
- Hart, H. (1963). *Mis cursivas*.
- Hart, H. (1961). *El concepto de derecho* (trad. Carrió, G) 2a ed. Editora Nacional.
- Mesquida, J. (2003). *El concepto de discrecionalidad y su control*. Anales de la cátedra Francisco Suárez, 37. pp. 340-343.
- Prieto, L. (1985). Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin. *Revista española de derecho constitucional*, 14, 365.



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

COMO SOLUCIÓN A LOS
CONFLICTOS SOCIALES Y
JURÍDICOS

Miguel Ángel Rojas Campo¹

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS SOCIALES Y JURÍDICOS

Miguel Ángel Rojas Campo⁴



SUMARIO:

I. Introducción.

II. Objetivo.

III. Problema y pregunta de Investigación.

IV. Justificación metodológica.

V. Discusión teórica.

VI. Conclusión.

VII. Referencias.

Introducción

Al momento de mencionar los conflictos o problemas presentes en un grupo social determinado, estos deben ser analizados en el ámbito del “deber ser”, que se materializan por medio de reglas de conductas, principios y valores, que constituyen la brújula que ayuda a encontrar el camino indicado, la ruta ideal, para la sociedad. Dichos principios, valores y reglas se deben encontrar al alcance de cada sociedad, cada ordenamiento jurídico contempla sus propias reglas y principios sobre cómo comportarse, con lo cual, las personas deben “acomodar” sus comportamientos e intereses a cada una de estas reglas y principios. Sin embargo, cuando se presenta un conflicto, surge una duda muy reiterada ¿Debo seguir el principio, la regla, los valores o lo que considero “yo mismo” que debería hacer? El problema al responder esta situación es que probablemente esto depende de la condición humana particular y de manera especial, si se tiene una condición reglada, como ocupar un determinado cargo, Vgr, un magistrado de una de las Altas Cortes. Una primera respuesta, proviene de las teorías, según las cuales, estos problemas deben ser resueltos, por medio del uso de la hermenéutica, la argumentación del Derecho, las reglas, los principios, entre otras fuentes, pero si un

¹ Estudiante Carrera de Derecho Universidad Javeriana Cali

ciudadano se presenta ante una situación tal, quizás opte por lo que más le convenga o lo que según los valores impartidos en su casa determina que estaría bien. Dado lo anterior, se debe mencionar que algunos individuos no tienen el conocimiento de las normas o reglas y por ello, deben realizar un análisis desde su conocimiento cuando se enfrentan a dicho problema, y sin darse cuenta, de que su actuación puede afectar a otros. En este capítulo se desarrollará una explicación breve sobre las razones de dichas actuaciones desde la teoría de la proporcionalidad, como una herramienta racional y razonable para tomar decisiones.

Objetivo

El objetivo del presente capítulo es demostrar cómo el principio de proporcionalidad es una solución a los problemas jurídicos difíciles, controversiales, que se presentan en la realidad jurídica, pero, además, dicho principio, puede ser aplicado desde cierta perspectiva al interior de las decisiones de los grupos sociales, en una extensión de este principio a las actuaciones cotidianas pero que tienen relación con el Derecho.

Problema Y Pregunta De Investigación

¿Cómo el principio de ponderación se puede aplicar a las actuaciones de los integrantes de un grupo social, en las decisiones que ellos toman y que importan al Derecho?

Justificación Metodológica

En la primera parte de este capítulo, se podrá ver la diferencia entre principios, reglas y valores, con el fin de entender cada uno de

estos desde la situación en que se debe aplicar; en segundo lugar, se presentará un análisis del principio de proporcionalidad desde la teoría de Robert Alexy; seguido, se verá la importancia del test de proporcionalidad; y por último, se expondrá la clasificación de la proporcionalidad que existe.

Discusión Teórica

Diferencias Entre Reglas, Principios, Valores, Derechos Fundamentales.

Para desarrollar el Principio de Proporcionalidad, su importancia y su aplicación, debemos entender sus diferencias desde el punto naturalístico, es decir, evaluar la diferencia entre un Principio, Valor, Regla y Derecho Fundamental, como se explicará a continuación.

Alexy (como citó Moreso, 2010) señala que las disposiciones de derecho fundamental estatuyen normas de dos tipos: Primero Reglas y segundo Principios.

Las Reglas establecen determinación del “deber ser ideal”, es decir, establecen el camino para llegar a la realización del principio mismo, permiten reconocer con inmediatez y precisión qué comportamientos están ordenados, prohibidos y permitidos por los derechos fundamentales, dichas reglas se pueden subdividir, como es el caso de las “reglas iusfundamentales” que garantizan la exigencia de seguridad jurídica, de determinación y de claridad en el sistema de los derechos (Pulido, 2014).

Las Reglas Iusfundamentales hacen referencia a las normas que se han estatuido a determinado hecho factico, es decir, corresponde en la materialización del Derecho, a los precedentes judiciales que han formado y construido cada caso concreto. Para comprender este argumento, se puede responder a la pregunta ¿Qué es un precedente judicial? La Corte Constitucional ha mencionado en la sentencia T-360-2014 que el precedente debe ser comprendido como:

Aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en

materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso

Esta referencia, deriva en otra pregunta ¿Qué es la ratio decidendi? Esta se ha definido por la Corte Constitucional así: “Es la forma más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituye la base de la decisión judicial específica” (Lopez, 2001); y todos aquellos razonamientos o elaboraciones que no constituyen ratio decidendi en una sentencia pueden ser considerados obiter dictum. Se considera que el obiter dictum sirve para marcar ciertas consideraciones incidentales que no han congregado la atención explícita de la Corte en la decisión, y que por tanto, no pueden ser tenidas como obligatorias en casos futuros. En pocas palabras, es ratio aquel argumento que consciente y explícitamente le permite a la Corte llegar a la decisión, y el obiter dictum son argumentos incidentales, secundarios, subdesarrollados o, incluso, meramente sugeridos que no se requieren para la conclusión alcanzada (Lopez, 2001).

Lo anterior frente a las reglas, mientras que, los principios son estructuras abiertas, que pretenden un “deber ser ideal” al que las deben aferrarse actuaciones de los jueces y de las personas en comunidad. Esta situación es trascendente, dado que los principios funcionan como guías de conducta, que a diferencia de las reglas, inciden de forma universal en la corrección de las conductas, para decidir, por ejemplo, en el caso de las lagunas normativas, o cuando no exista norma aplicable al caso particular (Alexy, 1993). El ingreso del concepto de principios al concepto del Derecho, por parte de las teorías de Robert Alexy o Ronald Dworkin, sugieren que el Derecho estaría más cerca a la decisión del juez, y a la decisión sobre seguir una conducta o no, por parte de los ciudadanos.

Para definir el siguiente concepto debemos alejar un poco el análisis jurídico y basarnos un poco más en aspectos sociales, es decir, nos referimos a los valores pero también a aquél juicio de valor realizado por la sociedad. Los valores son aquellas cualidades o virtudes que hacen a una persona destacar en cierta comunidad o tan solo ser aceptada (Alexy, 1993). Con ello, se puede agregar que todo individuo

que habita en sociedad está expuesto a un juicio de valor cada día, dado que, todos los días este individuo se va a enfrentar a nuevas circunstancias sociales, v.gr.: Miguel Ángel Rojas es un hombre que vive en la ciudad amarilla, en la cual debe de realizar labores como asesor jurídico, pero al desarrollar dichas funciones debe de conocer a personas nuevas, con nuevos casos a diario, por lo que sus clientes, al acudir a él realizan un juicio de valor para poder aprobar o desaprobar su conducta en sociedad. Estas condiciones sociales se pueden ver si atendemos a un concepto de Derecho, que entiende los Derechos humanos como esa relación de reconocimiento de necesidades de los grupos sociales, y la consagración de garantías para estas necesidades, como la vida, la libertad, la igualdad, la participación, etc (Álvarez y Yanes, 2011, pp. 153-175). Pero, es necesario aún establecer, cómo desde la evidencia las necesidades sociales logran reconocimiento, por ejemplo, a través de grupos sociales como ONGs o grupos sociales de presión. De esta forma, Álvarez y Yanes (2011), citando a Martí, expresa la necesidad de:

desarrollar tres tareas: a) una primera de diagnóstico, que conlleva la explicación de la realidad a través de valores que visualicen los agravios; b) la elaboración de un pronóstico optimista en el caso de que medie una acción colectiva, y c) la motivación a los individuos para la movilización. Pero ciertamente a lo largo de la historia los movimientos sociales han variado su naturaleza de forma paralela a la propia historia social, enfrentándose, en cada caso, al propio escenario social (p.159).

Para cerrar el círculo entre lo jurídico y lo social, es posible ver que un interés valorativo como la vida, que en principio puede ser social, se transforma en una condición jurídica. Así, según una visión iusnaturalista, los Derechos Fundamentales son aquellas normas de carácter inherente a los individuos, varían dependiendo el ordenamiento jurídico en el cual se sitúe, y desde una visión hermenéutica analítica, los derechos humanos son instrumentos ético-jurídicos que responden directamente a un concepto de derecho (Peces-Barba, 1993). En Colombia este concepto se ha materializado, por ejemplo, en el artículo 11 de la Constitución Política 1991 se consagra lo siguiente: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte” (artículo 11), mientras que en otros ordenamientos

jurídicos se ve la disponibilidad del bien jurídico, vida para imponer ciertas sanciones penales.

Una vez hecha explícita la relación entre lo social y lo jurídico, desde las condiciones estructurales de la sociedad, cuya base se encuentra en los principios intra o extrajurídicos, para continuar con la siguiente pregunta es necesario cerrar esta primera reflexión, con la siguiente gráfica para lograr una mayor concreción del tema central de este capítulo.

Categoría	Concepto
Reglas	Establecen el camino para llegar a la realización del principio mismo, permiten reconocer con inmediatez y precisión qué comportamientos están ordenados, prohibidos y permitidos por los derechos fundamentales.
Principios	Son aquéllos que corresponden al mundo del deber ser ideal abierto y que constituyen guías para el comportamiento humano (autoridades y ciudadanos).
Valores	Son aquellas cualidades o virtudes, que hacen a una persona destacar en cierta comunidad.
Derechos Fundamentales	Son aquellas normas de carácter inherente a los individuos, varían dependiendo el ordenamiento jurídico en el cual se sitúe.

Tabla 1

Para la interpretación, materialización y decisión de conductas o de resolución de casos jurídicos particulares, debe optarse por el conocimiento y aplicación de los principios, valores y derechos humanos, con lo cual, es necesario seguir un método racional – argumentativo para la decisión, por ejemplo, como se mencionó la inició, el principio de proporcionalidad.

¿Cuál Es El Principio De Proporcionalidad Según Robert Alexy?

Para Robert Alexy (como citó Moreso, s.f.), la proporcionalidad es aquella técnica que consiste en resolver los conflictos entre principios, que establecen

derechos. Es necesario que, para llegar a comprender, el principio de proporcionalidad, es indispensable, entender que la aplicación del derecho normalmente se ve como una subsunción básica, es decir, aquella implementación de un principio, una norma, un tratado para poder dar solución a ese hecho factico proporcionado.

Pero dicha subsunción básica se complica cuando a determinado caso en particular, primero, no hay norma definida para aplicar, por lo que se recurre a una especifica norma iusfundamental por medio de un principio; segundo, cuando a dicho hecho factico se pueden aplicar dos normas, por lo que, en este caso, es que se vuelve necesario la aplicación del principio de proporcionalidad.

Dicho principio de proporcionalidad comprende a su vez, tres subprincipios:



Primero: El principio de adecuación, que consiste en que el sacrificio empleado para poder preservar determinado bien jurídico, sea adecuado para el bien jurídico constitucional que se protege (Moreso, s.f.). V.gr., Miguel Ángel Rojas Campo entra a determinada casa para poder rescatar a una persona de un incendio, por lo que realmente se ha violado el derecho a la intimidad, pero esto se ha hecho para poder preservar al derecho a la vida.



Segundo: El principio de necesidad, que realmente este sacrificio que toca realizar para preservar que el bien jurídico sea el único o el menos nocivo. V.gr., Miguel Ángel Rojas entra en la casa y ve a la niña Marta, y al rescatarla Miguel Ángel Rojas le da rabia y la maltrata, ocasionándole determinadas lesiones, por lo que se ve que Miguel Ángel Rojas podía haber solo entrado en la casa a rescatarla sin tener que realizar dichas lesiones,

dado eso, se determina que dicho uso de la fuerza no cumple con este principio de necesidad.

3

Y tercero: El principio de proporcionalidad en sentido estricto, para la aplicación de este principio se debe cumplir con la ley del balance, que hace referencia a la satisfacción, o vulneración de determinado principio que en dicha cantidad debe favorecerse otro (Moreso, s.f.). V.gr., la discriminación positiva es aquella discriminación que vulnera el principio de igualdad, para aportar determinados beneficios a una parte de la población, por lo que realmente se ve la afectación de un principio, pero se ve la mejoría de las condiciones del sujeto.

¿Qué Es YCuál Es La Importancia Del Test De Proporcionalidad?

En la jurisprudencia, y en la teoría, han sido reconocidos como elementos fundamentales o esenciales que deben ser

considerados por el juez constitucional a la hora de realizar un test de proporcionalidad: a. La idoneidad o adecuación de la medida, la cual hace relación a que la intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo “suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir” (Sentencia C-093-2001. Corte Constitucional). Finalidad que debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable, y el cual debe evidenciarse como de imperiosa consecución. b. La necesidad hace referencia a que la limitación a un derecho fundamental deba ser indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo y, que, de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que, en forma menos lesiva, injiera en la efectividad del derecho intervenido. c. El test de proporcionalidad en sentido estricto, el cual permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada, resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior. En otras palabras, es a partir de este específico modelo de test que resulta posible poner en la balanza los beneficios

que una medida tiene, la virtualidad de reportar y los costos que su obtención representa, de forma que sea posible evidenciar si ésta se encuentra ajustada al ordenamiento superior al propender por una relación de costo-beneficio que, en general, resulta siendo favorable a los intereses constitucionales en controversia (Sentencia C-144/15. Corte Constitucional).

Para ejemplificar de una mejor manera dicho test de proporcionalidad, permitió realizar un paso a paso:

1. Si la medida a implementar cumple con el fin que se propone.
2. Si dicha medida es la única medida posible para poder realizar dicho fin.
3. Si esa medida es proporcional, es decir, si realmente lo que se empleada para poderla cumplir es suficiente o es equivalente a lo que se obtiene con el cumplimiento de dicha media.

Se debe mencionar que dicho test de proporcionalidad es reconocido por algunos autores como “test de igualdad” (Sentencia C-093-2001. Corte Constitucional).

¿Cómo Se Puede Clasificar La Proporcionalidad?

Proporcionalidad Como Principio.

Aquella proporcionalidad que se expone como principio de proporcionalidad, debe cumplir con determinados subprincipios, se ve desde un aspecto jurídico.

Proporcionalidad Genérica O Propiamente Dicha.

Es aquella proporcionalidad que realizan las personas en un día ordinario, como, por ejemplo, levantarse y pensar si escogen determinada camisa u otra para poder llevar en su día, realizan una proporcionalidad, comparando los factores que aporta determinada prenda y la otra, para que fin la va a usar, la condición climática, entre otros factores, o la proporcionalidad en sí, que se presenta al encontrarse frente a cierta situación.

La idea de seguir un método como la proporcionalidad, para evaluar un comportamiento, o para guiarse en una decisión (incluso cotidiana), es posible, si los integrantes de la sociedad, no se ven como un único sujeto independiente, sino que se ve como un ser entre otros seres racionales, que consiguen integrar comportamientos comunes, y que pueden ser evaluados y evaluar el comportamiento de los otros, siguiendo un método racional argumentativo, como la proporcionalidad. De esta forma éste método ejercerá presión social, sobre los funcionarios judiciales o sobre quienes tienen a cargo la producción normativa.

Conclusión

Para concluir, se debe mencionar, que realmente el fin de este capítulo era demostrar que la proporcionalidad se puede ver desde un aspecto totalmente teórico y un poco difícil, como lo es “la aritmética de la ponderación por Robert Alexy” pero también se puede ver como algo más simplista y monótono, como puede ser la ponderación entre la ropa que puede emplear una persona en una día, o al tomar cierta decisión, pero no se puede confundir las decisiones que toma el hombre por sus valores que por la ponderación.

Lo anterior porque el hombre puede realizar la ponderación para poder saber si realmente se puede aplicar determinado principio a un hecho fáctico en concreto, pero también puede emplear la ponderación para poder realizar una elección más sencilla, o solo puede elegir realizar determinadas acciones para poder encajar en determinada comunidad y poder lograr cumplir con los valores que espera esa comunidad en concreto.

Dicho eso, se puede denotar la importancia de la diferenciación implementada entre las Reglas, Principios, Valores y Derechos fundamentales, además de eso, la importancia de crear una clasificación que distinga las clases de proporcionalidad que existen, para poder que el lector puede entender que la proporcionalidad está intrínseca en la sociedad.

En este capítulo se ha buscado innovar en la forma de escritura del área de la hermenéutica y de la argumentación jurídica, lograr aplicar la hermenéutica, para entender realmente el alcance de la proporcionalidad y realizar una argumentación por medio de ejemplos para poder llegar a ver lo práctico de la teoría, sin dejar realmente el espíritu teórico.

Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón, Trad.). Centro de estudios constitucionales.
- Álvarez, P. y Yanes, C. (2011). Derechos humanos y movimientos sociales: Experiencia participativa en la universidad REXE. *Revista de estudios y experiencias en educación*, 10 (19), 153-175.
- Bernal, C. (2014). *El principio de Proporcionalidad y los derechos Fundamentales* (4a ed.). Universidad Externado de Colombia.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, Artículo 11, Legis, Trigésima Tercera Edición.
- López, D. (2001). *El Derecho de los Jueces* (3a ed.). Legis.
- Moreso, J. (s.f.). *Alexy y la aritmética de la ponderación*. Universidad Pompeu Fabra.
- Peces-Barba, G. (1993). Iusnaturalismo, positivismo y totalitarismo. *ABC*, 04/12/93.
- Sentencia C-093- 2001. (2001, 31 de enero). Corte Constitucional, Sala plena constitucional. (Alejandro Martínez Caballero, M.P.).
- Sentencia C-144/15. (2015, 6 de abril). Corte Constitucional, Sala plena constitucional. (Martha Victoria Sáchica Méndez, M.P.).
- Sentencia T-360-2014. (2014, 10 de junio). Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas. (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M.P.).



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

ROBERT ALEXY

**PRINCIPALES ELEMENTOS DE
SU FILOSOFÍA DEL DERECHO**

Julián Felipe Real Barona

ROBERT ALEXY

PRINCIPALES ELEMENTOS DE SU FILOSOFÍA DEL DERECHO

Julián Felipe Real Barona



SUMARIO:

I. *Introducción.*

II. *Objetivo.*

III. *Problema y pregunta de investigación.*

IV. *Justificación metodológica.*

V. *Discusión teórica.*

VI. *Conclusión.*

VII. *Referencias.*

Introducción

La filosofía del derecho de Robert Alexy tiene diversos elementos, unos principales y otros denominados subsidiarios, que sirven para la correcta comprensión y aplicación del principal. Esta resulta ser una teoría compuesta por una serie de pasos o procedimientos que se utilizan para llegar a una finalidad específica en el estudio del derecho. La teoría propuesta por Alexy está conformada particularmente por tres etapas que poseen elementos principales: la etapa de corrección y discurso, la positividad y la institucionalización de la razón, cada una de estas tiene unas características propias y unos elementos inherentes a ellas.

Se pueden mencionar aspectos generales e importantes de cada una de estas y cómo sirven para llegar a la finalidad propuesta por Alexy, que hace referencia a ese derecho que está conformado por una doble naturaleza. En otras palabras, para el desarrollo de este capítulo, es importante tener en cuenta que cada una de estas fases tienen fundamentos específicos y que al juntarlos le dan cuerpo, o mejor, estructuran toda una filosofía del Derecho (Alexy, 2009). Lo que se

observa es que a partir del estudio de elementos que necesariamente componen o hacen parte del Derecho se busca lograr el denominado derecho ideal o mejor la posible aplicabilidad de este, por medio de la argumentación válida y correcta de cada uno de los elementos, tanto normativos como morales, que le sirven para resolver los diferentes conflictos de intereses que se gestan en la sociedad y que de no tener estas dos dimensiones terminaría resolviendo, como si de una fórmula matemática, se tratará cada caso sin distinguir entre los que se consideran fáciles y los que ante la complejidad de razonabilidad y argumentación que representan son difíciles, requiriendo de un mayor y más profundo estudio del juez.

Para tener una adecuada comprensión de lo que sugiere y propone Alexy, es necesario entender que cada etapa funciona de manera independiente a la otra porque tienen circunstancias concretas, y adicionalmente se dan en diferentes momentos del proceso argumentativo, para llegar a ese derecho ideal. Lo que se debe destacar es que esa independencia que poseen no las hace contradictorias entre sí sino que se ayudan mutuamente, de tal manera que llegan a tener una relación coherente y necesaria, hasta el punto en que se obtiene la posibilidad de servir cada una a la otra para la producción de la finalidad de la doble naturaleza del derecho, generando así una evolución en la racionalidad y razonabilidad en cada una de las fases (Alexy, 2009). Las etapas sirven como fundamento básico para lograr una adecuada interpretación, evaluación, avance, estudio y ejecución del derecho desde los aspectos facticos e ideales que lo componen.

Objetivo

El propósito es llevar a cabo un análisis sobre los principales elementos que componen la filosofía del derecho de Robert Alexy, observando cómo éstos tienen una secuencia o serie de pasos para dar un mejor entendimiento de la teoría de la argumentación de Robert Alexy, y adicionalmente establecer cómo sirven de fundamento para estructurar y en cierta medida materializar la doble naturaleza del Derecho.

Problema Y Pregunta De Investigación

El problema de investigación está basado en el análisis de la filosofía del derecho desde Robert Alexy y sobre cómo esta puede generar unos beneficios o riesgos argumentativos para el estudio y aplicabilidad del Derecho, a partir de la teoría de la doble naturaleza que tiene esta ciencia, abordando la pregunta: ¿Qué soluciones y problemas generan u ofrecen los elementos principales de la filosofía del derecho de Robert Alexy para el estudio y aplicabilidad del Derecho?

Justificación Metodológica

Este trabajo se divide en cuatro apartados. En primer lugar, se explicará la teoría de la doble naturaleza del derecho haciendo una contextualización de lo que ésta implica, posteriormente, se realizará el estudio de los primeros elementos de la filosofía del derecho de Robert Alexy, que tiene que ver con la corrección y discurso, en este punto se profundizará en la pretensión de corrección y la teoría del discurso. Adicionalmente, se mencionará a la positividad como segunda fase de estos elementos hasta llegar a la etapa de la institucionalización de la razón, donde se hará énfasis en el límite último de esta, el denominado constitucionalismo democrático, un aparte relacionado con argumentación jurídica, según Alexy; y finalmente, la teoría de los principios.

Discusión Teórica

La Doble Naturaleza Del Derecho

La filosofía jurídica de Robert Alexy (2009) se fundamenta en una tesis central, en la cual se afirma que el Derecho tiene doble naturaleza, dividida en una dimensión fáctica o real y una dimensión crítica o ideal. Cada una de estas dimensiones cumple con una serie de características propias que les dan una base para el desarrollo de sus instrumentos o fundamentos. De la dimensión fáctica se podría afirmar que comprende todos los elementos definitorios de

la legalidad, es decir que lo fáctico, es el ordenamiento jurídico en el que se desarrollan las normas como instrumentos jurídicos para garantizar la cohesión social en un Estado de derecho, funcionando como un conjunto conceptual en el que hay una convergencia de todos los elementos necesarios para la conformación, implementación y ejecución de dicho ordenamiento jurídico; en esta dimensión también es posible observar la eficacia social como una de sus garantías clave, puesto que, al momento de la implementación de los elementos de legalidad, por medio de la aceptación u obediencia que estos generen sobre la sociedad, podría evaluarse que tan efectiva ha sido su aplicación; otro escenario sería entonces, la probabilidad que representa ese ordenamiento jurídico para brindar soluciones a diversas problemáticas que pueda tener la sociedad en que se encuentra, en consecuencia la eficacia social a la que se hace referencia en la dimensión real, al cumplimiento de las normativas impuestas por el Derecho a fin de lograr vida en sociedad, lo que hasta este punto le da un carácter muy positivista al Derecho.

Para la superación de este positivismo, señala Alexy (2009), es necesaria la segunda dimensión crítica o ideal del Derecho, en otras palabras, el ideal es la corrección moral, y este resulta ser el elemento más complicado de toda la doble naturaleza del Derecho. La complejidad de esta segunda dimensión radica en que al momento de añadir la corrección moral como un tercer elemento necesario, adicional al ordenamiento jurídico y la eficacia social, hay un cambio fundamental en la concepción de lo que es Derecho, pues da lugar a entender que todo el Derecho se ubica en la parte ideal, por el hecho de la existencia de casos fáciles y difíciles, donde se requiere una interpretación más profunda de las normativas vigentes y como su aplicación o no aplicación pueden ayudar a obtener mejores decisiones con respecto a los conflictos que se dan en la sociedad, todo esto por medio de un análisis desde la corrección moral del juez.

De esta manera, surge un concepto no positivista del Derecho, dando lugar a la comprensión de lo que podría ser la característica principal de la teoría de la doble naturaleza del Derecho, la que considera que esta tesis implica el no positivismo. La idea rectora de este sistema no positivista es la no institucionalización de la razón, cuya forma política es el constitucionalismo democrático. Para poder alcanzar esta idea rectora y hacer un uso correcto de la doble naturaleza del

Derecho, se requiere agotar con los pasos propuestos por el mismo Alexy, para la obtención de la correcta aplicación de su teoría. Estas etapas contienen los elementos principales de la filosofía jurídica de este filósofo y se dividen en tres: el primer paso o etapa es la de corrección y discurso, el segundo hace referencia a la positividad del Derecho, y el tercero es la institucionalización de la razón, este es el que se encarga de lograr ese fin último propuesto por Alexy. En estas etapas se visualizan los elementos facticos o reales y los críticos o ideales, que permiten estructurar y dar realidad a la tesis de la doble naturaleza del Derecho.

**Primera Etapa:
Corrección Y Discurso**

Esta primera etapa de la filosofía de Alexy (2009) esta compuesta por dos elementos principales que son la pretensión de corrección y la teoría del discurso. En primer lugar, está la pretensión de corrección, esta se origina cuando se plantean los casos difíciles, la existencia de esta pretensión es necesaria en el Derecho. En sentido estricto, se puede afirmar que estas pretensiones únicamente pueden ser planteadas por sujetos capaces de hablar y actuar en la sociedad, por el hecho de que esta implica justificabilidad, no obstante, el Derecho como tal no puede hablar ni actuar, entonces el hecho de que este pueda plantear una pretensión de corrección solo puede significar que la plantean aquellos que intervienen y actúan en él, es decir, quienes lo crean, lo interpretan, lo aplican y lo hacen cumplir.

El planteamiento de una pretensión de corrección se compone de:

- 1) una afirmación de corrección, es decir, lo que se quiere corregir.
- 2) una aseveración de justificabilidad, entendida como esa afirmación que le da un fundamento a la pretensión de corrección, en otras palabras, se puede entender este componente como el argumento que sustenta dicha pretensión.
- 3) y como último componente, esta la expectativa de aceptación, relacionada con la sociedad, desde el punto

de vista de si esta va a aceptar esa corrección planteada y sustentada por un juez para resolver un caso de extrema dificultad.

De los anteriores componentes es posible realizar unas afirmaciones adicionales que permitirían dar una mejor explicación con respecto a sus características, en tal sentido se afirmaría que los actos institucionales, decisiones legislativas y sentencias judiciales están unidas al acto no institucional de afirmación de que el acto jurídico es procedimental y materialmente correcto. Lo anterior, significa que hay una relación directa entre lo que se pronuncia, expide o decide con los argumentos usados para justificar tales actuaciones, esto con el fin o la expectativa de que todo aquel que se situó en el punto de vista del ordenamiento jurídico y sea razonable aceptará el acto jurídico como correcto, lo que implicaría que a partir de la pretensión de corrección y los componentes que esta tiene se quiere convencer a las personas de que los análisis realizados en las actuaciones jurídicas de los intervinientes del Derecho están dirigidas a generar un beneficio para la sociedad, y un mayor grado de eficacia social. No obstante, para que esto suceda es necesario superar la contradicción y el absurdo, lo que implicaría también la desaparición de la pretensión de corrección como único medio para superar ambas circunstancias, mostrando de esta manera el porqué es necesaria esta.

Lo anterior se fundamenta en que las pretensiones contienen afirmaciones y estas se pueden contradecir entre sí, de llegar a suceder esto habría una clara falta argumentativa, y para cambiar esto se deben buscar los defectos, dado que todo en derecho puede caer en error, desde las teorías hasta las normas, eliminando de la argumentación y fundamentación de la pretensión de corrección todo lo que se considere moralmente incorrecto. Por su parte, el absurdo se puede explicar desde la misma contradicción de la siguiente manera, una vez que se efectúa una pretensión de corrección significa que se afirma implícitamente que un fallo es correcto, y esa afirmación implícita contradice la afirmación explícita y pública del fallo, esa contradicción entre lo implícito y lo explícito es lo que explica el absurdo. En este punto, es claro porque es necesaria la pretensión de corrección dado que funciona como una relación práctica definida esencialmente por la distinción entre lo correcto y lo erróneo. En otras palabras, el elemento de la pretensión de corrección permite realizar

el estudio de lo que es moralmente correcto y lo que no, en este sentido se observa como elemento principal de la corrección moral de la dimensión ideal. Con todo lo mencionado hasta el momento, se hace evidente que la pretensión de corrección esta caracterizada por dos rasgos en todos los contextos. El primero, es que incluye siempre una pretensión de justificabilidad, es decir, que debe estar bien argumentada y fundamentada, y el segundo es la corrección moral, esto es lo que le permite determinar lo que es correcto y lo que no (Alexy, 2009).

La teoría del discurso, por su parte, recae sobre los juicios de lo que esta moralmente ordenado, prohibido o permitido, lo que es bueno y malo, justo e injusto, haciendo una objeción del irracionalismo en el Derecho, requiriendo por tanto que se demuestre la confiabilidad o fiabilidad de justificaciones o argumentos realizados y presentados en este tipo de juicios (Alexy, 2009). En este punto, lo más importante para Alexy es exponer porque se debe hacer o es necesario un buen discurso. Algo que se debe destacar es la exigencia que le hace la teoría del discurso al juez, puesto que este debe tener ética, moral, justicia y sabiduría para decidir en una sentencia, de no cumplir con estas características su discurso no sería adecuado y podría esta viciado de faltas argumentativas graves. Se puede afirmar que la teoría del discurso es una teoría procedimental de la corrección o verdad práctica, teniendo como propiedad esencial que este procedimiento no sea uno de decisión o de negociación sino que el discurso es un procedimiento argumentativo que posee un sistema de reglas discursivas que expresan las condiciones de la argumentación, entre ellas esta la no contradicción, la universalidad, la claridad lingüística y conceptual, la verdad empírica, la consideración de las consecuencias, la ponderación (decidir entre dos cuestiones), el intercambio de roles y el análisis del origen de las convicciones morales.

En este punto, se observa el objetivo de la teoría del discurso, la imparcialidad del discurso, y se logra alcanzar asegurando la libertad e igualdad de la argumentación. Se considera también que para el discurso ningún consenso reemplaza la justificación, lo que realmente se quiere es que hayan razones argumentativas validas en la comunicación para hacer un adecuado uso del discurso y así cumplir con su objetivo. Además, Alexy hace énfasis en que todo aquel que tiene la capacidad de hablar puede llegar a hacer parte del discurso y

por tanto hay cuatro afirmaciones que ayudan a la libertad e igualdad discursiva:

“1) todos pueden problematizar cualquier asección o afirmación. 2) todos pueden incluir cualquier asección en el discurso, estas afirmaciones deben estar acompañadas de buenas razones para que sirvan adecuadamente al discurso. 3) todos pueden expresar sus deseos, opiniones y necesidades, haciendo el uso adecuado de la relación discursiva, es decir, usando razones válidas en su argumentación sobre estos temas. 4) a ningún hablante puede impedírsele sus derechos, mediante la coerción interna o eterna del discurso” (Alexy, 2009, p. 73).

La aprobación que se da en el discurso va a depender de los argumentos presentados por las personas en este, puesto que existe una relación necesaria entre la aprobación universal (regla de la universalidad) bajo condiciones ideales y los conceptos de corrección, y por lo tanto de validez moral.

Sin embargo, la teoría del discurso no es perfecta, puesto que tiene diversos problemas que le generan algunas limitaciones, como lo establece Alexy (2009), hay tres problemas de vital importancia que se deben mencionar, el primero es el denominado problema del estatus, este se refiere a la cuestión de si efectivamente existe una relación necesaria entre los discursos y la corrección práctica. El segundo problema se da con respecto a la fundamentación de las reglas del discurso, este se puede resolver si se logra demostrar que quienes participan en la práctica de afirmar, preguntar y argumentar conocen esas reglas, y por otra parte, si se comprueba que la participación en el discurso es necesaria para cualquier persona. El tercer problema es el de la aplicabilidad de la teoría del discurso, esta presenta la principal debilidad de esta teoría relacionada con su sistema de reglas y que estas no establecen un procedimiento que permita llegar a un único resultado en un número finito de operaciones, en otras palabras, las reglas no fijan todos los pasos de la correcta argumentación. En este punto se puede tratar el discurso práctico ideal definido bajo condiciones de tiempo ilimitado, participación ilimitada y total ausencia de coerción, mediante el cual se busca la respuesta a una cuestión práctica, no obstante, nadie ha participado de un discurso

ideal y no hay posibilidad de que alguien lo logre, por esto resulta que los resultados de los discursos ideales son solo suposiciones. Así mismo hay discursos prácticos reales que buscan la respuesta a una cuestión práctica bajo condiciones de tiempo limitado, participación limitada y una limitada ausencia de coerción y con una claridad lingüístico-conceptual limitada; igualmente un intercambio de roles y ausencia de prejuicios limitados. Por lo anterior, es válido precisar que el discurso real está vinculado al ideal y esto solo hace capaz de eliminar la indefinición del resultado de manera muy limitada.

Por último, como lo afirma el mismo Alexy (2009) “la teoría del discurso tropieza con un límite que ella misma se impone y por tanto no puede cruzar, a esto se le puede denominar el problema del conocimiento” (p.75) que en el ser humano es muy limitado. No obstante, el fin último de la teoría del discurso es la superación de la subjetividad en la argumentación por medio de la universalidad, como lo que puede y debe ser aceptado por todos.

**Segunda Etapa:
Positividad**

En esta segunda fase, se realiza una efectiva continuación de lo manifestado con anterioridad y tiene su origen en ese problema del conocimiento, que para efectos de poder avanzar en esta teoría, y en el estudio del Derecho en general, obliga a abandonar el primer nivel de corrección y discurso, y a pasar a un segundo nivel, en el que los procedimientos regulados por el Derecho, que para esta etapa va a ser completamente positivo, garantizan la toma de decisiones basada en la positividad definida por la legalidad. Es en este punto, en el que esta fase sugiere que para lograr el cumplimiento de las normativas vigentes y la eficacia social, es necesario un Derecho más estricto que de alguna manera obligue a las personas en sociedad a cumplir lo establecido en la constitución, la ley y las normas de conducta de manera coercitiva y así poder garantizar el cumplimiento más literal y exigente de estas disposiciones legales. A este Derecho positivo puro, se le suman dos problemas nuevos que no se habían manifestado antes, estos son el problema de imposición o ejecución y el de la organización. El problema de ejecución surge por el hecho de que la conciencia de corrección de una norma no garantiza la obediencia, emitiendo la posibilidad de que algunos puedan vulnerar

la norma sin ningún riesgo, y una vez eso sucede, no se le podrá exigir a los demás el cumplimiento de tal disposición, haciendo necesaria la relación entre Derecho y coerción, entendido como ese reprimir moral o físico a las personas como elemento esencial de la eficacia social. El problema de la organización se origina por la existencia de numerosas exigencias morales y objetivos deseables que no tienen esa posibilidad de cumplir o alcanzarse solo con acciones individuales y cooperación espontánea de los asociados (Alexy, 2009). De lo anterior, se puede inferir que se requiere de una total aceptación de las disposiciones normativas, para que así el ordenamiento jurídico y la eficacia social cumplan con su objetivo de coerción.

De esta etapa se concluye que la tesis de la doble naturaleza del Derecho, propuesta por Robert Alexy, orienta primero hasta la idealidad en forma de corrección desde lo moral y discurso como procedimiento argumentativo hasta la facticidad o realidad, con características de legalidad, lo que está establecido en el ordenamiento jurídico, y eficacia social, como esa coerción que se ejerce sobre la sociedad para garantizar el cumplimiento de las normas de carácter constitucional y legal vigentes.

Tercera Etapa: Institucionalización De La Razón

Es posible considerar que con el paso desde el discurso a la facticidad de la legalidad y

la eficacia, sucede al mismo tiempo el tránsito hacia el positivismo jurídico, no obstante, esto sería comprender erróneamente la teoría de la doble naturaleza. En el Derecho es completamente necesaria tanto una dimensión fáctica o real como una dimensión ideal o crítica, esta necesidad radica en dos principios contrapuestos que son: el de seguridad jurídica y el de la justicia, a pesar de esa contrariedad que pueden llegar a tener, en términos del mismo Alexy (2009) “ambos están conectados necesariamente al Derecho” (p. 76). Lo anterior, encuentra fundamento en el hecho de que el principio de seguridad jurídica exige acomodarse a aquello que ha sido establecido en el ordenamiento jurídico y que en cierta manera es eficaz socialmente; por otro lado, el principio de justicia requiere de la corrección moral de la decisión que es tomada por el juez al momento de analizar el caso en concreto, por tal razón resulta evidente que ninguno de

estos principios puede desplazar por completo al otro, dado que en la tesis de la doble naturaleza es imprescindible combinar ambos en la proporción correcta. Es en este punto, donde es posible indicar la posibilidad de una “corrección de segundo nivel” (p. 76) que solo podrá ser alcanzada por medio del tercer y último paso en el que se plantea la institucionalización de la razón.

En lo referido a la institucionalización de la razón, esta constituye un límite último del Derecho, particularmente en la situación que desde este límite se evidencia una relación o conexión entre Derecho y moral sin exigir ningún tipo de casualidad entre ambos, dando lugar al hecho de que será válido el Derecho positivo hasta cierto punto de injusticia, pero una vez que supere ese umbral de lo que se considera como extremadamente injusto perderá su carácter y validez jurídicos. Es aquí, donde se observa el límite máximo que impone la institucionalización de la razón, al usar una corrección para determinar a partir de qué punto la injusticia en la dimensión fáctica o real del Derecho va a ser soportada y bajo que situaciones concretas se podría llegar a justificar esa arbitrariedad.

En el Derecho es viable tener en cuenta dos perspectivas, una es la del observador y otra es la del participante, la diferencia entre ambas consiste principalmente según Alexy (2009) “en que el observador va a cuestionar como se decide de hecho en un determinado sistema jurídico, mientras que el participante pregunta sobre cuál es la respuesta correcta a un asunto jurídico dentro de un determinado sistema jurídico” (p. 78). Por lo que a partir de tales cuestionamientos es evidente que para el observador, el Derecho se compone únicamente de aquello que ha sido promulgado en el ordenamiento y que socialmente es eficaz, y en la perspectiva del participante la respuesta a una cuestión será válida como derecho, dependiendo de lo que se pueda afirmar sobre que es Derecho; en consecuencia, la corrección de una afirmación sobre lo que sea el Derecho no obedece solo a unos hechos sociales, sino también a argumentos morales, y estos son los que forman parte de las condiciones de corrección de las afirmaciones jurídicas.

Para lograr la institucionalización de la razón no basta solo con solucionar confrontación entre positivismo y corrección en ese límite último, como vinculo exterior de esta, también es necesario

establecer su vinculación interior, lo que solo se puede a través de la forma política del constitucionalismo democrático. En este punto, es importante retomar lo dicho anteriormente con respecto a la teoría del discurso, dado que esta plantea dos exigencias esenciales relacionadas con el contenido y la estructura del sistema jurídico: los derechos fundamentales y la democracia, que a su vez concluyen con la teoría del discurso, puesto que cumplen con todos los parámetros expuestos en esta y sirven para hacer un discurso moral.

Los derechos fundamentales han sido recogidos con el propósito de positivizar los derechos que son inherentes al ser humano, derechos morales de índole universal, y al intentar positivizar estos, los derechos fundamentales sirven para exponer la doble naturaleza del derecho (Alexy, 2009, pp. 78-79).

En cuanto a la democracia, el principio del discurso exige una democracia deliberativa, esta es más que un simple procedimiento para establecer un equilibrio de intereses, para evitar el umbral superior del injusto. En la democracia deliberativa, al plano del interés y del poder, se superpone un plano argumentativo, en el cual, todos los implicados en el discurso debaten sobre la solución que resulta ser políticamente correcta. A partir de la democracia deliberativa y su institucionalización puede realizarse la idea de discurso, como aquella situación argumentativa adecuada, y, por lo tanto, en este punto, se deberá decidir por conocimiento y no por mayorías como en la democracia tradicional. De lo anterior, se podría indicar que existe una necesidad de apertura en el derecho, esto se da a partir de la argumentación jurídica, entendida como esa facultad que tiene el juez para decidir por medio de criterios extrajurídicos, apartándose del positivismo, por lo que la pretensión de corrección llevaría a una interpretación no positivista del derecho, esto ha sido denominado por Alexy (2009) como la “tesis del caso especial” (p. 81). En esa tesis, hay un énfasis en que el discurso jurídico recae sobre un caso particular de un discurso práctico general, dando a entender que la argumentación jurídica se encarga de lo que esta ordenado, prohibido o permitido, es decir, de las cuestiones prácticas del Derecho. Lo especial, o mejor, la particularidad que posee el discurso jurídico es generada por el hecho de que este hace referencia a lo que es correcto dentro del marco normativo de un sistema jurídico determinado, esto

sucede cuando en la ley preexistente no se fija una respuesta a una cuestión jurídica, haciendo de esta un caso difícil, se debe realizar una serie de valoraciones adicionales justificadas por medio del discurso jurídico y su especialidad, que intrínsecamente esta conformada por la pretensión de corrección. Sin embargo, el discurso jurídico no debe entenderse como una situación particular del discurso moral, sino que es un caso especial del discurso práctico general, este último, se entiende como aquel en el que las cuestiones prácticas se responden a través de la combinación de razones morales, éticas y pragmáticas, manifestándose asá una unidad substancial de la razón práctica. Por lo tanto, la tesis del caso especial da lugar a una conexión necesaria entre Derecho y moral, esto es posible dado que el discurso jurídico se encuentra incluido en el discurso práctico general y este, a su vez, en el discurso moral.

Por último, esta la teoría de los principios, que se entienden como unos mandatos de optimización de contenido difícil en cuanto a lo que es o no principio, podría afirmarse que principio es aquel que conlleva una exigencia de que algo se realice en la mayor medida posible en los límites de las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios, dada su naturaleza, pueden llegar a chocar entre sí, lo que implica que su forma de aplicación sea la ponderación; esta se lleva a cabo desde el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, esto hace que la teoría de los principios tenga cierto grado de importancia en los derechos fundamentales puesto que estos tienen carácter de principio, y por tal razón se puede aplicar la ponderación sobre estos.

Con respecto a los subprincipios mencionados, estos cumplen con unas funciones específicas para llegar a una correcta ponderación entre principios o derechos fundamentales; en lo relacionado a la idoneidad y la necesidad, estos realizan una optimización de las posibilidades fácticas, por lo que se encargan de evitar que exista una injerencia entre los principios ponderados y que así no haya un detrimento entre los principios del ordenamiento jurídico. En el caso de la proporcionalidad, en sentido estricto, en esta se optimizan las posibilidades jurídicas, es en este punto donde existe oposición entre principios y hay una ponderación, de esta manera es posible hablar de una ponderación de principios opuestos. Para que sea posible esta situación es necesaria la ley de ponderación, que permite

realizar la ponderación de los principios para buscar un equilibrio en el ordenamiento, en este aspecto es importante la figura del juez, puesto que le da el peso respectivo al principio y justifica el por qué ese principio está en tal posición, en otros términos el juez es el que se encarga de la ponderación en cada caso.

Cabe resaltar que la teoría de los principios termina realizando una unidad necesaria junto con la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de la argumentación jurídica, pertenecientes a la institucionalización de la razón.

Conclusión

La filosofía del derecho de Robert Alexy está compuesta por diversos elementos que tienen una conexión entre sí, dado que es necesario que todos y cada uno de ellos estén presentes en la aplicación del derecho para que ésta sea adecuada, y cumpla con los parámetros y principios vigentes en los ordenamientos jurídicos. Esta es una teoría que sigue evolucionando o avanzando, puesto que, si bien otorga soluciones a problemáticas o vacíos jurídicos previos, también contempla la naturaleza que tiene el derecho sobre los continuos cambios producidos por las especiales circunstancias que se presentan en la sociedad, por lo que Alexy en su filosofía del derecho prevé estas situaciones permitiendo que lo dicho por él se aplique con respecto al avance social que se esté dando en un determinado momento. Lo anterior, se genera a partir de la pretensión de corrección, que es ese elemento fundamental o principal de la teoría, en otras palabras, no sería posible aplicar la filosofía del derecho de Alexy sino está presente la pretensión de corrección, de esta manera se entiende porque cada uno de los elementos teóricos están dirigidos o ligados a dicha pretensión, lo que busca Alexy es que se entienda la doble naturaleza del derecho desde cada uno de los pasos presentados (corrección y discurso, positivismo e institucionalización de la razón) junto con sus teorías específicas (teoría del discurso, teoría de los principios, etc.). De esta manera, es posible, por medio de la argumentación jurídica y los diversos discursos, la mejor aplicabilidad del ordenamiento jurídico en todos los casos que se presenten; sean difíciles, que poseen una

complejidad natural y cuyas respuestas no estarán directamente en el ordenamiento sino que requieren de la aplicación de la pretensión de corrección para una solución lo suficientemente buena o justa, desde un discurso jurídico justificado; o fáciles, que no presentan mayor complejidad pero que a partir de una buena argumentación jurídica, es decir, una buena aplicación de esta filosofía del derecho, podrán adquirir mayor importancia o relevancia en el ordenamiento.

Referencias

- Alexy, R. (2009). *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*. (D. Oliver-Lalana, Trad.). Universidad de La Rioja.
- Biblioteca jurídica de investigaciones jurídicas de la UNAM, Capítulo tercero, La teoría del discurso de Robert Alexy. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cabra, J. (2005). *La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy*. Universidad de Málaga.
- De Fazio, F. (2016). *Sobre la teoría del Derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica de Jan-R. Sieckmann*. Universidad de Buenos Aires.
- Roig, F. (2018). *Institucionalización de la razón y representación argumentativa: la crítica del constitucionalismo garantista*. Universidad Carlos III de Madrid.



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

**LA INCERTIDUMBRE
RACIONAL Y CAUSAL EN
LAS NORMAS DESDE LA
PERSPECTIVA REALISTA**

Y LA PROPUESTA DE
BRIAN LEITER

Juan Camilo Rodríguez

LA INCERTIDUMBRE RACIONAL Y CAUSAL EN LAS NORMAS DESDE LA PERSPECTIVA REALISTA Y LA PROPUESTA DE BRIAN LEITER

Juan Camilo Rodríguez



SUMARIO:

I. Introducción y contexto.

II. Objetivo.

III. Problema y pregunta de investigación.

IV. Justificación metodológica.

V. Discusión teórica.

VI. Conclusión.

VII. Referencias

Introducción

La tendencia teórica de las escuelas de derecho suele orientarse a aclarar qué es la norma o a las herramientas para llenar las lagunas, si es que existen, o a la distinción entre casos claros y un poco de penumbra. De cualquier forma, difícilmente se han puesto en duda los métodos que se usan para adquirir conocimiento, o si las razones jurídicas, la moral y las políticas, son suficientes para poder justificar las decisiones y el conocimiento jurídico. Con este panorama, durante el siglo XX ha existido una tendencia a defender una idea paralela que parte del hecho de que una buena parte de las normas jurídicas se encuentran indeterminadas y que no contamos con las herramientas suficientes dentro de las razones jurídicas como para afrontar esta realidad, Brian Leiter parte de este problema y busca la solución que se ajuste más a la realidad y no a construcciones subjetivas o indeterminadas.

Objetivo

El fin de este escrito es desarrollar el pensamiento de los diferentes realistas según la óptica de Brian Leiter y presentar la propuesta que aporta desde el naturalismo, y su teoría de la adjudicación a la teoría del derecho.

Problema Y Pregunta De Investigación

El problema para los realistas se encuentra en la incertidumbre de las normas jurídicas que no bastan para explicar los fenómenos en el ordenamiento jurídico, por ello, la pregunta de investigación, abordará desde el realismo ¿Cuál es la importancia que dan los jueces a la norma y a los hechos al tomar una decisión? Pero para Leiter hay un problema adicional y es ¿Cuál es el método epistemológico que permita una predictibilidad más exacta de las decisiones judiciales?.

Discusión Teórica

Parte 1. **La Indeterminación**

Según Brian Leiter, el problema que los realistas pretenden solucionar existe a causa de que las razones jurídicas no permiten conocer con total certeza el resultado que dará un juez, para explicar la afirmación anterior parte por indicar que hay una indeterminación racional, porque dado que la norma N1 puede llevar a que el juez tome la decisión A o la decisión B, decisiones que se verían justificadas por la norma y que se identifican porque en la mayoría de los casos esa indeterminación resulta en apelación, posteriormente Brian Leiter sigue a Llewellyn para concluir que buscar la interpretación, más estricta o amplia, no es la solución a la indeterminación racional, incluso si se trata dos interpretaciones legítimas realizadas por las cortes, en tanto esas interpretaciones están limitadas a las propias fuentes del derecho y crean normas o muy específicas o muy generales¹. Además, surge otro inconveniente para Leiter y los realistas, y es que las razones jurídicas no son

suficientes para justificar una decisión judicial, y por tanto, no sería posible explicar la decisión judicial si no es usando razones ajenas a las razones jurídicas.

Frente a estas afirmaciones, surge una solución por parte de R. Dworkin quien propone que se debe tener en consideración todas las fuentes legítimas del derecho para interpretar una norma y de esa manera la indeterminación desaparece.²

Parte 2. **Afirmación Central Del** **Realismo Estadounidense**

Presentado el problema, sigue explorar lo que para Brian Leiter es “la afirmación central del realismo jurídico estadounidense” que toma de las bases del conductismo psicológico con el fin de ver a las decisiones judiciales como la respuesta a estímulos de los hechos del caso y no como la respuesta a las normas y razones jurídicas.³ Indica Brian Leiter que todos los realistas, de una u otra forma, llegaban a esa afirmación y cita varios ejemplos como Joseph Hutchenson que en su obra “The judgment intuitive” afirma que “el impulso motivante principal para la decisión es el sentido intuitivo de lo que es correcto o incorrecto en el caso”. La posición central de los realistas da un papel fundamental y protagónico a los hechos, haciendo que dejen de ser entidades que se adscriben a la norma que es usada por el juez para fallar y lleguen a ser fundamentales porque los hechos son los estímulos a los que los jueces responden independientemente de si son o no jurídicamente relevantes y con los cuales toman una

¹ Lo que cita Leiter de Llewellyn es el ejemplo de la interpretación estricta en los precedentes judiciales, que, de ser cierta, una norma “sólo aplicaría sólo para pelirrojos de apellido Walpole que anden en carros Buick magenta pálido.” Llewellyn, Karl, *The Bramble Bush*. New York, Oceana, 1930.

² Como fuentes legítimas R Dworkin reconoce los principios morales y políticos que Brian Leiter no termina de integrar a su modelo porque no llegan a ser objetivos, que es un requisito necesario en su modelo de teoría del derecho que se dedica a predecir las decisiones judiciales. * En naturalismo y teoría del derecho capítulo VII Brian Leiter desarrolla su pensamiento con respecto a los hechos morales y si estos entran en la mejor interpretación propuesta por Dworkin.

³ En el ensayo de Álvaro Núñez Vaquero “el realismo jurídico de Brian Leiter” para dirittoquestionipubblche.org se contextualiza esta situación e incluso la ridiculización que se hizo por parte de un sector ajeno a los realistas que interpretaban la respuesta a los estímulos únicamente como “jurisprudencia digestiva” (el juez puede decidir según lo que ha comido) y que se le responsabiliza de cierta forma a Jerome Frank, aunque este dio más de 10 criterios que determinan la decisión de un juez.

decisión que después respaldan con las normas jurídicas.

Esta situación de protagonismo fáctico y de escepticismo ante la regla llevó a que realistas como Oliphant (s.f.) propusieran que: no se debían crear reglas jurídicas abstractas, las cuales no tienen ningún valor, porque los jueces deciden según los estímulos de los casos concretos; sino que se debían considerar fallos anteriores para que regulen los casos parecidos y posteriores, a fin de tener una limitación real y eficaz de las reacciones de los jueces ante los estímulos fácticos y no reglas irrelevantes.

Parte 3.
La Dos “Alas”
En El Realismo
Estadounidense

Para seguir con el estudio, Brian Leiter analiza los comportamientos de los realistas de inicios del siglo XX, y los divide en las alas, la sociológica y la idiosincrática para indicar la justificación por qué los jueces fallaban de la

forma en la que lo hacían. En ambas alas se encuentran los que para Leiter se adscriben al pensamiento de que las decisiones judiciales no tienen patrones predecibles sí el único criterio para identificar el patrón son las normas jurídicas, pero en el ala sociológica se indica que la predictibilidad de la decisión se encuentra en las fuerzas sociales que operan sobre el juez y determinan un patrón de comportamiento. El ala idiosincrática indica que lo que determina la decisión son la personalidad y psicología dentro del juez que fallará⁴. En definitiva, la posición de los realistas se mantiene al margen de quienes afirman que la decisión depende de como los hechos se adscriben a la norma y prefiere la postura de que, un juez suele decidir por los estímulos que le afectan y por las fuerzas sociales o su propia personalidad⁵.

Para el ala sociológica, lo relevante es que los jueces procuran respetar, mantener y aplicar las normas que mantengan y beneficien el orden socio-económico. Para Llewellyn las cortes son sensibles al comercio y a la decencia, por ello Moore (1929) propone que lo

⁴ De esta ala sale la proposición de que la personalidad de un juez es determinante para conocer la decisión que se tomará, pero como indica Leiter, nunca se cita o se considera lo que el juez ha almorzado.

⁵ Brian Leiter deja claro que Jerome Frank era un seguidor claro del Psicoanálisis freudiano y que para él, no sólo era una cuestión de cómo se reacciona ante los estímulos, sino incluso del rol que tiene el inconsciente frente a esa reacción.

importante es reconocer “la conducta institucional” (pp. 703-709), que es la idea de que para identificar la decisión que tomará la corte, se tiene en cuenta la posición actual de la misma con respecto a un conjunto de hechos (Cultura comercial por ejemplo), y después se agrega la variable de “que tanto se debe desviar” una institución con respecto a la expectativa que tiene el juez para que falle en su contra (Moore, 1929). El ejemplo de Moore es “¿Qué tanto se debe desviar la conducta de un banco (la institución) de la práctica normal del cambio de cheques antes de que se falle en su contra?”. A lo que quiere llegar Moore, al igual que el resto del ala, es que de hacerse un perfil psico-social de los jueces teniendo en cuenta sus tendencias a fallar para mantener un orden socioeconómico, sería posible reducir la indeterminación racional y causal, por lo tanto, identificar los patrones que siguen los jueces para fallar.

Esta proposición del ala sociológica no debe confundirse con la idea de que los jueces fallan según como se sienten con respecto a las partes o sus abogados, sino con lo que ellos consideran debe ser el orden socioeconómico adecuado.

En conclusión, el ala sociológica del realismo busca la predictibilidad de los fallos de los jueces, usando criterios externos a las normas jurídicas, debido a que son los únicos que identifican y describen adecuadamente las decisiones judiciales con propuestas como el stare decisis de Oliphant o la conducta institucional de Moore.

Parte 4.
Cómo Deberían Fallar
Los Jueces Según Los Realistas

La propuesta de los realistas: ¿cómo deberían fallar los jueces?

Para Brian Leiter la indeterminación causal es un problema serio, las decisiones jurídicas no son capaces de ser justificadas por normas jurídicas, y si eso pasa, entonces tampoco podemos buscar explicaciones de la decisión únicamente en las normas jurídicas, y por tanto fracasan como proyecto epistemológico.

Para resolver este problema, Brian Leiter explora diferentes propuestas realistas dadas a lo largo del tiempo. La primera manera es que los jueces tengan una función legislativa, de esa forma no deberían de justificar cómo sus decisiones caben dentro del ordenamiento jurídico porque cada una de ellas (Cohen, 1935). Una segunda propuesta indica que existe una justicia de *cadí*, es decir, que nunca se ha dejado de fallar usando los criterios personales, y plantea el problema de si aquello sería posible que llega a ser absurda en tanto termina siendo la búsqueda por revertir la identidad o cualquier acto humano dentro de la decisión (Frank, 1931). Otros realistas como Llewellyn proponen el quietismo normativo, que indica que si los jueces ya fallan usando la cultural comercial, por ejemplo, que admitan que lo hacen y que la sigan aplicando estrictamente.

La propuesta de Leiter (2011) es que los jueces deberían fallar usando un método naturalista y criterios pragmáticos. Leiter indica que los métodos que se han usado para llegar al conocimiento hasta ahora no permiten explicar las decisiones de los jueces, y por ello no crean conocimiento, enseguida compara el método usado con el de las ciencias naturales para concluir que el mejor método es el que sea más exitoso para dar conocimiento, para Leiter prueba de ello es que el conocimiento científico nos ha permitido volar aviones o realizar trasplantes⁶. Los beneficios anteriores hicieron que Leiter decidiera que el camino que debía llevar el método en el derecho es el de la naturalización y da dos argumentos para justificar esta idea.

El primer argumento es que usar un método científico empírico en el derecho acabaría con la indeterminación racional debido a que un *input* tendría como resultado un *output*, situación que no ocurre con los métodos actuales en el derecho que pueden privilegiar dos teorías contrarias de la misma norma, con ello se consigue que al observar los hechos también se observe lo que falla el juez y no lo que debería ser de su fallo.

⁶ Siguiendo la crítica de Álvaro Núñez Vaquero, esta comparación es absurda, no sólo porque ignora la técnica empleada por ingenieros y aviadores o médicos que aplican la ciencia, sino porque no existe una garantía de que el método que nos permita volar aviones también nos permita entender, justificar o explicar las decisiones de los jueces.

⁷ Este pensamiento de Leiter se ve respaldado por su pensamiento de que la teoría sólo será conocimiento en tanto no sea un estudio de verdades inaccesibles e impracticables y lo que busca es afirmar que tanto el conocimiento formal como el científico buscan generar predicciones.

El nuevo método para Leiter debe tener un efecto en la realidad, es decir, para Leiter primero la teoría o la filosofía debe tener consigo un cambio en la práctica⁷, y además presupone que el conocimiento que adquirimos por inferencia a través del método empírico es el mejor del que se pueda disponer, en tanto no existe un punto externo desde el cual pueda ser evaluado, y así mismo, erradica la indeterminación y permite la predictibilidad de las decisiones judiciales.

Conclusión

Cuestionar el papel de las normas y las razones jurídicas en el derecho parece un acto por lo menos arriesgado, pero el ejercicio que plantean los realistas da muestra de que la realidad jurídica que percibimos en muchas ocasiones no permite que se justifique y explique por sí misma. Desde el punto de vista de los realistas, el derecho está lleno de incertidumbre irracional e incausal, que son dos características que no permiten tener seguridad en el conocimiento que nos ofrecen las razones jurídicas. La propuesta estudiada plantea la búsqueda de la seguridad en el conocimiento del derecho a través de métodos empíricos que buscan una verificación de la información para dar un resultado certero, que en la práctica debe de significar un sistema jurídico predecible y eficiente.

Referencias

- Cohen, F. (1935). Transcendental nonsense and the functional approach. *Columbia Law Review*, 35, 809-849. <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/cohen-transcendental.pdf>.
- Fabra, J. y Núñez, Á. (2015). Realismo jurídico estadounidense. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, 1, 241-276. ISBN: 978-607-02-6675-1. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>.
- Frank, J. (1931). "Are judges humans? Part 1: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings. *Universidad de Pensilvania law review*, 17, 26-29. https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol80/iss1/3/.
- Leiter, B. (2011). Naturalized jurisprudence and american legal realism revisited. *Law and Philosophy*, 30(4), 499-516. <https://www.jstor.org/stable/41486996>.
- Leiter, B. (2012). *Naturalismo y teoría del Derecho* (G. Battista, Trad.). Marcial Pons.
- Leiter, B. (2020). What Is a Realist Theory of Law?. *Periódica Del Colegio de Jurisprudencia*, 25. ISSN: 2528-7834. <https://doi.org/10.18272/iu.v25i25.1631>.
- Marzocco, V. (2018). El realismo jurídico americano. Perspectivas de reconstrucción y nuevas trayectorias interpretativas. *Derechos y libertades: Revista del instituto Bartolomé de las casas*, 39, 157-176. ISSN: 1133-0937. <https://doi.org/10.14679/1085>.
- Moore, T. (1929). An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking. *Yale law journal*, 38, 703-709. ISSN: 0044-0094. <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol38/iss6/1/>.
- Núñez, Á. (2010). *El realismo jurídico de Brian Leiter*. http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2010_n10/3-09_studi_A_Nunez_Vaquero.pdf.



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

**LA EXISTENCIA DE
LAS DISTINTAS TEORÍAS
JURÍDICAS DESDE
LA ÓPTICA DE BRIAN BIX**

Luciana F. Onori Villalobos¹

LA EXISTENCIA DE LAS DISTINTAS TEORÍAS JURÍDICAS DESDE LA ÓPTICA DE BRIAN BIX

Luciana F. Onori Villalobos¹



SUMARIO:

I. Introducción.

II. Objetivo.

III. Problema y pregunta de investigación.

IV. Justificación metodológica.

V. Discusión teórica.

VI. Conclusión.

VII. Referencias.

Introducción

El derecho, si bien es tratado como una ciencia, es también un punto indiscutible de controversias y problemas, que giran principalmente en las afirmaciones o verdades que se claman sobre este, y sobre la naturaleza del derecho. Las teorías del derecho o teorías jurídicas han entrado a formar parte de esta discusión, adquiriendo una gran trascendencia incluso hasta el punto de llegarse a afirmar por muchos teóricos, que el derecho son las teorías jurídicas que lo componen.

Brian Bix (2003) concibe, por lo general, el concepto de “teoría jurídica” de una manera limitada, y se refiere con ella, a “las elaboraciones teóricas abstractas acerca de la naturaleza del derecho, la naturaleza de los conceptos jurídicos particulares, el razonamiento jurídico, etc. No se refiere a las teorías intermedias usadas para defender y reconstruir áreas de doctrinas en sistemas jurídicos particulares”. Teniendo esto en cuenta, Bix se enfoca bastante en la teoría analítica del derecho y sus enfoques, como las teorías analíticas de la naturaleza básica del derecho y de los conceptos jurídicos en contraste con la motivación bajo las discusiones sobre cuestiones jurídicas predominantes donde

¹ Estudiante de la carrera de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana Cali

se analiza al derecho como un foro para la discusión de cuestiones morales acerca de cómo deben actuar los individuos.

La discusión entonces, se concentra sobre las cuestiones metodológicas básicas que son presupuestas en las afirmaciones de las diferentes teorías analíticas acerca de la naturaleza del derecho y las posibles críticas o choques que estas posiciones generen.

Objetivo

El objetivo principal de la siguiente investigación consiste en desarrollar el concepto de teoría jurídica, presentar la clasificación a la que estas están sometidas, la variedad de propósitos de las teorías, y por último, tratar las diferentes problemáticas que surgen de las teorías de la naturaleza del derecho, cual es el manejo de estas problemáticas, la percepción de Brian Bix, y finalmente, cuál es el tratamiento que este propone para superar esta discusión teórica o problemática.

Problema Y Pregunta De Investigación

Volviendo a las problemáticas y discusiones que surgen tras las afirmaciones acerca de la naturaleza de la verdad jurídica, se genera la siguiente cuestión: ¿Qué se espera sobre las teorías de la naturaleza del derecho, y cómo se distinguen las malas teorías de las buenas?

Justificación Metodológica

La investigación a continuación, girará en torno a la producción textual del autor Brian Bix y los diferentes aportes que contribuyeron a la ciencia del derecho. El método a llevar a cabo para el desarrollo de la siguiente investigación y su efectiva conclusión al problema planteado, será un método cualitativo, al ser el derecho una ciencia

jurídica, donde se analizará a fondo los textos del autor, los problemas que a lo largo de estos plantea, y la manera en la que los aborda y resuelve. Este trabajo intentará ofrecer un repaso de las distintas clases de teorías para Brian Bix sobre el derecho, las temáticas que estas abordan, los propósitos que estas quieren cumplir, y en general, que es lo que hace a las teorías ser un pilar fundamental de la ciencia del derecho, enfocándose evidentemente en aquellas teorías sobre la naturaleza del derecho.

Discusión Teórica

Algunos aspectos de relevancia para mencionar en este desarrollo investigativo, es que el teórico a estudiar, Brian Bix, parte del hecho de que las teorías de la naturaleza del derecho no intentan ser meramente teorías empíricas sino más bien pretensiones conceptuales, pretensiones de que es lo esencial para el concepto de derecho. Una buena teoría acerca de la naturaleza del derecho realmente debe explicar, decir algo significativo, dice algo interesante acerca de la categoría del fenómeno del derecho. Una teoría ofrece decir algo, necesita reflejar, en una proporción sustancial, entre lo que se percibe y practica el derecho. Debe ofrecer algo más que un ajuste descriptivo general, debe también decirnos algo acerca de la práctica.

El hecho de hablar de teorías acerca de la naturaleza de derecho implica que se asume que tiene sentido hablar de una teoría general del derecho. Sin embargo, no es un presupuesto obvio o indisputable.

Tipos De Teoría Del Derecho Y De La Naturaleza Del Derecho

Brian Bix parte de que hay distintos tipos de teorías del derecho, propuestos desde distintas proporciones de cómo y cuan amplio buscan definir el derecho como tal o su naturaleza. Bix (2005) considera que

en general, se puede dividir de cierto modo las teorías sobre las prácticas sociales en tres principales categorías:

Teorías Descriptivas.

Las teorías puramente descriptivas, implican muchas variantes. Son en pocas palabras, aquellas que pretenden determinar cuál es el caso, ofreciendo un relevamiento de las prácticas o concepciones (Brix, 2006).

En términos generales, una teoría es “descriptiva” cuando se limita a, como lo indica su nombre, describir el caso a tratar antes de los juicios sobre el valor moral o cualquier otro juicio de valor de la situación, o de ofrecer argumentos acerca de cómo debería ser tratado el caso. Muchas teorías sobre el derecho, estrictamente hablando, son claramente descriptivas, pero se desbordan un poco, hasta el punto de ya no ser consideradas teorías jurídicas, por cómo se mencionaba anteriormente, estas debe aportar conceptos significativos a la ciencia del derecho y no limitarse a describir el caso. Dentro de estas teorías meramente descriptivas se pueden encontrar las teorías sociológicas, antropológicas y psicológicas, cuyo trabajo se limite a explicar el modo en que las sociedades dirigen su comportamiento en situaciones jurídicas (Brix, 2006). Existen también tipos interesantes de teorías que no parecen ser descriptivas ni prescriptivas pero están, en ciertos casos, a mitad de camino entre ambas.

Teorías Analíticas O Conceptuales.

Las teorías analíticas son aquellas teorías que aportan proposiciones acerca de la naturaleza necesaria o intrínseca de alguna práctica o institución. Estas teorías jurídicas pretenden ofrecer conceptos verdaderos sobre el derecho en términos generales. Los conceptos, como lo indica el nombre de la teoría, son analíticos o conceptuales sobre el “derecho”, en contraste a aquellos conceptos que se aplican únicamente a un sistema jurídico particular, en un momento temporal específico. Las teorías del derecho son frecuentemente llamadas “analíticas” o “conceptuales”, sin embargo, por lo general son descriptivas, en el sentido de que pretenden describir las cosas, son antes que criticar o prescribir (siguiente clasificación). Igualmente, no son meramente descriptivas ya que el trabajo por los teóricos excede el simple reporte de datos o caracterizaciones (Brix, 2006). Las teorías

conceptuales usualmente involucran la mirada, filosóficamente hablando, de qué es lo esencial del concepto o práctica, relación que es asociada o atribuida a la metafísica platónica. Evidenciado esto con Raz, que defiende la comprensión de la teoría del derecho como análisis conceptual, y al hacerlo argumenta que tales teorías intentan explicar “nuestro concepto de derecho”, no algún concepto universal o intemporal (platonista) del derecho (Raz, 1996).

Se ha cuestionado numerosas veces el valor o la posibilidad de sostener teorías puramente descriptivas o descriptivo-conceptuales en teoría jurídica, donde por ejemplo, desde la teoría del derecho natural, Finnis sostiene que los objetivos morales y los ideales morales son inherentes a la naturaleza del derecho, y por lo tanto centrales para su comprensión. John Finnis ha postulado además otro cuestionamiento: si la teoría descriptiva/conceptual del positivismo jurídico es entendida como determinante de la naturaleza del “derecho” (Bix, 2006), en donde el derecho es entendido como separado de la cuestión normativa de cómo los jueces deben decidir los casos o de cómo los ciudadanos deben actuar ante los decretos del gobierno, entonces es una investigación de poco valor y poco interesante. También sostiene este autor que una teoría del derecho sin elementos normativos no sería otra cosa que “una conjunción de lexicografía con historia local” (Bix, 2005).

El cuestionamiento general viene del naturalismo² y ha sido sostenido en filosofía del derecho principalmente por Brian Leiter (2002). Leiter, apoyándose en el conocido trabajo filosófico de W.V.O. Quine (1951) sostiene que no existen verdades conceptuales a descubrir, y que los teóricos del derecho (o del razonamiento judicial u otros fenómenos legales) deben confinarse a investigaciones empíricas de las prácticas reales. La otra crítica al análisis conceptual descriptivo que asevera que el análisis de un concepto como “derecho” (o “democracia” o “justicia”) es inevitablemente cuestionable y valorativo, ha sido sostenida principalmente por Ronald Dworkin y Stephen Perry. El punto de vista de Dworkin es que las teorías (sobre la naturaleza) del derecho intentan mostrar el valor de la legalidad como parte de una red mayor de valores morales y políticos.

² Naturalismo entendido como el acercamiento más empírico o científico a los temas, previamente encarados de una manera conceptual o a priori

La discusión principal sobre este tipo de teorías radica en lo que algunos teóricos exponen como la duda sobre la viabilidad de aportar teorías con este nivel de generalidad, sin adecuarse a un plano más específico del derecho. Una crítica que parte de la duda del análisis conceptual general, que no aterrice en áreas conceptuales, puede caer en el error de no desarrollarse en su totalidad sino de abarcar superficialmente los temas que forman la generalidad.

Teorías Prescriptivas, Normativas O Críticas.

Son las teorías que argumentan acerca de cómo las prácticas u opiniones deben ser reformadas. Brian Bix resalta que existe un espacio conflictivo entre lo descriptivo y lo prescriptivo, donde cabe resaltar:

Teorías Semánticas. Como bien se conoce, Ronald Dworkin caracterizó célebremente la teoría del positivismo jurídico de Hart como la mejor comprensible en el sentido de una teoría semántica, que lo que hace es exponer el significado de la palabra “derecho” (Bix, 2006).

Variaciones en Teoría Descriptiva. Las mismas teorías descriptivas parecen muchas veces desviarse de la pura descripción. La construcción de una teoría sobre una institución social o práctica requiere una selección:

- a) para prevenir que la teoría se concentre en una reformulación caótica de una realidad compleja
- b) para permitir a la teoría extraer alguna intuición básica sobre la institución
- c) para permitir a la teoría enfocarse en la “mayor” instanciación de la institución o práctica, más que en lo común (Bix, 2006).

Reconstrucción racional. Dentro de la doctrina jurídica de muchos países, es usual que se intente reformular una decisión de los tribunales mediante la reformulación de la justificación ofrecida por los tribunales (Bix, 2006).

**Análisis Conceptual
Y Teoría Del Derecho**

Una discusión de teoría general del derecho acerca de la naturaleza del mismo, no es un análisis de aquello que es lógicamente necesario, es un análisis conceptual. Por su parte el análisis filosófico de conceptos es poco novedoso, al igual que el análisis del derecho, que ya ha sido abordado por autores como H.L.A Hart con “El concepto de derecho”. Bix (2006) considera que lo apropiado es que el análisis conceptual sea lo prioritario, es decir, se debe estudiar primero el concepto en lugar de estudiar la cosa misma, ya que afirma que no podemos estudiar derecho a menos que conozcamos que significamos por “derecho”.

Se podría considerar que la forma correcta de analizar el derecho es mediante una teoría social, al tratarse este de una institución social, que incluye prácticas sociales, pero como ya afirmó, no se puede verdaderamente tener una teoría social del derecho sin antes tener la noción de qué es y qué no es el derecho.

En este sentido, el trabajo conceptual es prioritario sobre el trabajo empírico, aunque hay un sentido en que los teóricos hacen análisis conceptual difiriendo a la realidad, sobre todo en aquellos casos donde ya existe un concepto. La cuestión de la prioridad aplicaría principalmente para aquellos casos donde no exista o no se haya introducido un concepto.

Brian resalta de Ronald Dworkin que se ofrece, de manera implícita antes que explícita, una crítica diferente, un enfoque interpretativo al derecho y la teoría jurídica, dentro del cual afirma que el trabajo interesante será al nivel de las interpretaciones de sistemas jurídicos particulares, antes que al nivel de las teorías generales del derecho. La posición de Dworkin no es que las teorías generales del derecho sean imposibles o incoherentes, sino más bien que ellas no son productivas.

Aborda también el clásico debate entre el positivismo jurídico vs el naturalismo, que según Bix (2006) se encuentra fundado en las diferentes interpretaciones que surgen del derecho y su concepto. Los positivistas se distinguen por concentrar al derecho como un sistema social, una institución social con un aspecto normativo.

Mientras que los teóricos del derecho natural, se concentran en el derecho como una práctica que suministra razones, consistente en estándares morales superiores. Se vuelve inevitable entonces, que el análisis del derecho como una actividad que suministra razones, un análisis de cuándo se crean nuevas razones morales para la acción, conduce a una dirección diferente al de un estudio del derecho como una clase particular de institución social. Se podría pensar en la doble naturaleza del derecho como institución social y como práctica que suministra razones, sin excluirse entre sí, haga imposible capturar la verdadera y única naturaleza del derecho, y se pierda el enfoque, que Bix por su lado considera, es más neutral cuando hablamos del derecho como institución, es decir el positivismo jurídico, o es más evaluativo cuando nos referimos a las razones que confiere, es decir el naturalismo.

Además, resultan las cuestiones metodológicas en la teoría analítica del derecho, derivadas de las mismas cuestiones que producen discusiones acerca de la verdad de las proposiciones jurídicas y de teoría general del derecho. Esto es particularmente relacionado con la doble naturaleza del derecho, abordada anteriormente, y que en diferentes términos, podría tratarse del derecho como “voluntad” o como “razón” (Bix, 2005). De hecho, distinción del derecho con respecto a la moral es una cuestión práctica y no el resultado de una necesidad conceptual, es decir, una mezcla de “voluntad” y “razón”.

Y es precisamente este cruce de razón y voluntad, de sistema normativo y razonamiento práctico, lo que hace tan problemáticas las afirmaciones acerca de la naturaleza de la verdad jurídica, y las teorías acerca de la naturaleza del derecho.

Brian Bix (2006) afirma, que cualquier teoría acerca de la “verdad” en el derecho o acerca de la naturaleza del derecho en términos general, debe ser capaz de enfrentarse a dos aspectos de la práctica jurídica que son frecuentes en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos: Primero, que por lo general, las decisiones de los funcionarios tienen autoridad, por lo menos hasta que sean explícitamente revocadas, aún cuando estos hayan actuado con una errónea interpretación de los textos jurídicos relevantes o de la ley aplicada al caso concreto. También en esta situación encaja cuando

los funcionarios se extralimitan, es decir, cuando hayan actuado más allá del alcance de su autoridad. Y segundo, que se aplican textos jurídicos que a menudo tienen el deber o la facultad de realizar lo que ellos consideran que es la mejor decisión desde el punto de vista moral, teniendo en cuenta las diferentes fuentes jurídicas, pero también, que no necesariamente se deben limitar a ellas.

La mayoría de las teorías contemporáneas más importantes acerca de la naturaleza del derecho tienden a asumir que es posible y valioso hacer teoría general del derecho, y que el análisis conceptual es el enfoque apropiado. Sin embargo, estas posiciones metodológicas básicas han sido desafiadas y requieren justificación. El análisis conceptual en teoría del derecho necesita defenderse contra las críticas naturalistas y de aquellos que justificarían la teoría general sobre bases diferentes al improbable Platonismo, acerca del derecho necesitan clarificar si la elección entre teorías rivales puede hacerse únicamente sobre la base de fundamentos puramente conceptuales y meta-teóricos, o si la evaluación moral es una parte inevitable del proceso.

El Propósito De Las Teorías Jurídicas

Inicialmente cabe aclarar que el tema de los propósitos de la teoría del derecho está estrechamente relacionado y conectado con el tema de la naturaleza de la teoría del derecho. Realmente existe una amplia variedad de propósitos que son satisfechos por las teorías sobre el derecho o las teorías jurídicas. Algunas de ellas, específicamente las que pretenden ser analíticas o descriptivas, pueden encontrar su justificación en la tarea de la búsqueda de la verdad y el conocimiento. Este conocimiento podría ser considerado como la recolección de hechos que puede derivar de una simple descripción del caso, o de un acercamiento más profundo de intuición o comprensión, posiblemente dentro del modelo cuasi-descriptivo.

Dicho conocimiento, una vez es obtenido, puede también jugar un papel en una teoría evaluativa o prescriptiva, como bien expone Jeremy Betham (1789) y Hart. Además, la “reconstrucción racional” de la que se hablaba en las teorías prescriptivas o normativas, usualmente juega un papel trascendental en la enseñanza del derecho

y el entrenamiento de los que ejercen la abogacía. Se debe recalcar en este punto que cuando se refiere a la “reconstrucción racional” en el contexto de la enseñanza puede diferenciarse poco, pero significativamente, comparada con la ofertada para fines puramente académicos. Un abogado debe saber reconocer no sólo la mejor reconstrucción de un área doctrinal que se encuentre confusa, sino también debe reconocer la pertinente reconstrucción que parecerá mejor a los jueces con los cuales este abogado debe enfrentarse en la vida práctica. Siendo así, Brian expone, que indiscutiblemente si la reconstrucción de los casos que se propone es la mejor, justificada correctamente, pero los miembros de las altas cortes se muestran remisos a reconocer ese derecho, el abogado debe ser entrenado para una reconstrucción que excluya ese derecho, hasta que logre la convicción de los magistrados o hasta que estos sean sustituidos por otros (Bix, 2006).

Las teorías críticas del derecho logran considerablemente más, en relación con el tema de la reforma de las leyes y prácticas actuales, que con el simple aumento de conocimiento o conciencia de las mismas leyes y práctica. Muchas de las teorías influyentes de los siglos XX y XXI que parten desde el realismo americano hasta Law and Economics, incluyendo el Critical Legal Studies, la teoría crítica de la raza y la teoría del derecho feminista, generan quizás un mayor impacto ya que son mejor comprendidas como esencialmente críticas de las (en su momento) actuales aproximaciones a la regulación jurídica y a la manera de toma judicial de decisiones, combinadas con sugerencias acerca de cómo el sistema y el ordenamiento jurídico podían mejorar.

El Problema Sobre El Reconocimiento De Las Distintas Teorías

Evidentemente se debería propender por un mayor diálogo y entendimiento de las diferentes teorías jurídicas, para el entrelazamiento entre ellas, pero se

dificulta debido a la clara falta de reconocimiento de la variedad de formas y propósitos de las diferentes teorías sobre la naturaleza del derecho.

Brian Bix (2005) es enfático e incluso apunta la culpa a los teóricos del derecho por la falta de una discusión más clara y precisa en cuanto

a las cuestiones metodológicas, con conclusiones fuertemente construidas. Lo anterior, se presenta en la medida en que, la mayoría de veces, los teóricos no son realmente claros como quizás podrían serlo si, como menciona Bix, se prestase más atención a la naturaleza de las afirmaciones que en sí hacen, o al proyecto general al cual adscriben sus teorías.

Conclusión

Para finalizar, la teoría jurídica acerca de la naturaleza del Derecho enfrenta importantes retos y es necesario para entender este fenómeno, investigar todo lo que abarca el estudio de las teorías del derecho. De modo que se hace esencial revisar su clasificación, el análisis conceptual, los propósitos para los que estas son creadas, para entender finalmente como llegan estos conceptos de las teorías jurídicas a chocar entre ellos y formar discordia.

Brian Bix es un autor que ha comprendido verdaderamente la íntima relación entre esos problemas y su conexión con la naturaleza del análisis conceptual, ofreciendo además nuevas soluciones a estas problemáticas. Sin embargo y tras todo este recorrido, todavía nos encontramos con un dilema no resuelto: ¿Cómo se podrían articular las distintas teorías que entre ellas puedan ser disimiles?

Si partimos del supuesto que propone Brian Bix sobre que las verdaderas teorías jurídicas no se pueden limitar a describir los hechos sino que deben trascender esta barrera, y lograr un verdadero impacto en la ciencia del derecho, al innovar o aportar nuevos conocimientos a la misma. Desde este punto, afirmaríamos que es inevitable no pensar que pueden llegar a coexistir más de una teoría innovadora o que logre abordar un tema de interés. Entonces sería una propuesta de problemática para abordar, ya que si bien, Brian Bix ofrece las herramientas para diferenciar una buena teoría jurídica de una mala, se podría partir de ese punto para resolver la separación entre dos buenas teorías disimiles entre ellas.

Referencias

- Bentham, J. (1996). [1789]. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*.
- Bix, B. (2005). *Algunas Reflexiones Sobre Metodología En Teoría Del Derecho*. Universidad de Minnesota.
- Bix, B. (2006). *Teoría Del Derecho: Tipos Y Propósitos*. Universidad de Minnesota.
- Bix, B. (1995). Questions in Legal Interpretation. *Law and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press.
- Bix, B. (2013). *A Dictionary Of Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Bix, B. (2000). Conceptual Jurisprudence and Socio-Legal Studies. *Rutgers Law Journal*.
- Leiter, B. (2002). *Routledge Philosophy Guidebook to Nietzsche on Morality* (1a ed.). Routledge.
- Raz, J. (1996). 'Why Interpret?'. *Ratio Juris*.
- Van Orman Quine, W. (1951). *Two Dogmas of Empiricism*.



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

AULIS AARNIO

**ANÁLISIS DE
LA JUSTIFICACIÓN EN
LAS DECISIONES JURÍDICAS**

Sofía Mena Zuluaga

AULIS AARNIO

ANÁLISIS DE LA JUSTIFICACIÓN EN LAS DECISIONES JURÍDICAS

Sofía Mena Zuluaga*

SUMARIO:

I. Introducción.

II. Objetivo.

III. Problema y pregunta de investigación.

IV. Justificación metodológica.

V. Discusión teórica.

VI. Conclusión.

VII. Referencias.

Introducción

Como punto de partida, hay que señalar que para Aarnio la expectativa de certeza jurídica se explica bajo las exigencias de evitar la arbitrariedad y que las decisiones sean correctas. El aspecto fundamental de lo anterior es que la certeza está basada en que toda determinación jurídica sea conforme al derecho y en concordancia con las normas sociales, por ende, no basta con que la decisión tomada sea muy previsible.

La toma de decisiones siempre debe estar sujeta a diversas exigencias y grados de la razonabilidad, tanto a nivel particular como jurídico, este último grupo, como es el caso de una sentencia judicial, no debe estar librado al azar a la hora de decidir sino que requieren un mayor grado de cuidado y fundamentación, por lo cual se necesita, igualmente, de un mayor grado de racionalidad. Los textos jurídicos en particular son una parte especial del lenguaje, por ende, las dificultades que presenta la interpretación de manera general, también están presentes en la interpretación jurídica puntualmente, esto puede suceder debido que a menudo los textos jurídicos tienden a tener vacíos, “obscuridades” o de plano son ambiguos, como es la situación de los “casos difíciles”.

Este orden de ideas nos lleva a la necesidad de configurar un esquema racional que se guíe con argumentos en un discurso, es decir, un proceso argumentativo con un resultado racional, por ejemplo, centrándonos en el juez, este tiene la obligación de dar una sola respuesta en cada caso respectivo, además de que la comunidad espera una solución apropiada, y esto solo se logra con un adecuado uso de la razonabilidad y la interpretación, además de la capacidad del juez para escoger entre las alternativas expuestas, por lo cual el concepto de la única respuesta correcta es algo dudoso e incierto.

Objetivo

El propósito de este capítulo está basado en la concepción de argumentación jurídica propuesta por Aulis Aarnio, en ella podemos encontrar una aplicación sistemática de los conceptos de la razonabilidad al campo del derecho y la argumentación jurídica. Además, se basará en como Aarnio procede desarrollar una concepción de la racionalidad como ámbito de lo razonable, cuyo fundamento es la praxis vital comunitaria de los seres humanos mediante el lenguaje y la acción comunicativa. Igualmente se procederá a analizar las diversas formas que tienen las decisiones jurídicas y la justificación de las mismas, con base en la interpretación jurídica, y plantear las razones de por qué esta o estas interpretaciones pueden concordar con el uso ordinario del lenguaje o con una parte especial de éste. Se buscará identificar las peculiaridades relevantes del pensamiento de Aarnio para comprender el proceso justificativo.

Problema Y Pregunta De Investigación.

El problema de investigación se basa puntualmente en la toma de decisiones y como el razonamiento jurídico influye tanto en la toma de decisión judicial como la interpretación doctrinal, llevando a la pregunta de ¿Por qué es importante un proceso argumentativo para llegar a un resultado racional?

Justificación Metodológica.

En este capítulo se tratarán los conceptos fundamentales de la teoría de Aulis Aarnio, como: la racionalidad, que depende de que fuentes de derecho se utilicen, además de que en esta debe haber ausencia de arbitrariedad, la cual es relativa al acervo axiológico del auditorio, los valores del mismo, los cuales son criterios que miden la validez y condicionan a su vez la aceptabilidad racional, así mismo se tratará el tema del problema de la única respuesta correcta, el cual se plantea no sólo en el ámbito judicial, sino también en el de la ciencia jurídica. Este capítulo va a ser tratado desde la exposición de la teoría de Aulis Aarnio, después procederemos a analizar la teoría de la única respuesta correcta, la no arbitrariedad, los conceptos de la razonabilidad, razonabilidad y razones, también como la utilidad de la argumentación y la noción de la mejor justificación posible.

Discusión Teórica.

Planteamiento General De La Teoría De Aulis Aarnio

Aulis Aarnio ha desarrollado su teoría de la argumentación jurídica sobre la base de la exigencia de la razonabilidad del resultado argumentativo, parte de la idea de que un punto de vista interpretativo está siempre vinculado con un caso difícil, en el cual, el intérprete tiene diversas alternativas, pero esta elección que se tome debe estar justificada.

Aarnio (1990) expone las principales características de un razonamiento jurídico, desde tres perspectivas diferentes, la descripción heurística; la explicación causal o intencional; y por último el aspecto justificatorio. La primera de estas perspectivas se basa en el contexto de descubrimiento, da la información del proceso para saber cómo se halla la respuesta; la segunda perspectiva por su parte, responde al por qué suceden así las cosas; y la última perspectiva es exponer como tal cuales son las razones¹.

La justificación por su parte es un procedimiento del discurso práctico racional, la justificación jurídica es una forma de razonamiento práctico, y a su vez un procedimiento discursivo, mientras que basada en ciertas fuentes del derecho, fuente sería toda razón que de acuerdo a las reglas que se aceptan en la comunidad jurídica puede ser usada como base justificatoria de la interpretación en una decisión jurídica. Respecto a la aceptabilidad que se menciona anteriormente, esta es una propiedad del resultado final del procedimiento de justificación jurídica. Lo anterior, está claramente conectado con el lenguaje, el cual es una praxis vital comunitaria y una herramienta para poder comunicar y entenderse mutuamente, por ende, un poder institucionalizado, con él nos entendemos, nos afectamos mutuamente e interactuamos. El núcleo de la comunicación es el entendimiento mutuo dentro de una acción, asociado a una situación compartida. Con base en lo anterior, podemos decir que no hay lenguaje privado, como ya se mencionó, es poder institucionalizado y desde un principio él es el elemento que integra la praxis vital común de las personas, el concepto de lenguaje reposa en el concepto de entendimiento, de una forma común de vida.

El Concepto De La Única Respuesta Correcta

Volviendo al tema de las interpretaciones alternativas que puede tener el intérprete, Aarnio explica el concepto de las alternativas semánticas posibles, las cuales pueden concordar con el uso ordinario del lenguaje o con una parte especial de este, esta última denominada el lenguaje técnico, es importante aclarar que estos significados pueden descubrirse acudiendo solamente a métodos de interpretación no jurídica, pero tratándose del caso en el que el juez sea el intérprete, este debe hacer uso también de las alternativas expuestas, y su decisión debe ser jurídica y apropiada a cada caso en particular, y es aquí donde se plantea la tesis de la única respuesta correcta, la cual primero debe hacer una distinción entre la respuesta final y la respuesta correcta frente un problema de carácter jurídico; en primer lugar, la existencia de una respuesta final es como tal una condición necesaria de cualquier

¹ Bajo la teoría de Aulis Aarnio podemos encontrar una ardua aplicación de estilos y métodos de investigación e interpretación analítica y pragmática de la filosofía del lenguaje cotidiano y la argumentación en lengua natural, a partir de ciertos contextos y escenarios jurídicos determinantes.

sistema jurídico para que este funcione de manera adecuada, pero esa respuesta no tiene porqué ser ni la correcta, ni la única; por otro lado, la noción de la única respuesta correcta es ambigua para el autor y nos expone las 2 versiones que tiene esta: la versión fuerte, la cual trata de que para cada caso concreto existe una respuesta correcta que, además, puede ser detectada y está inmersa en algún lugar dentro del ordenamiento jurídico, y la habilidad del juez consiste justamente en hacer explícito lo que está ya implícito; por otro lado, la versión débil se trata de que a pesar de que la respuesta correcta existe esta puede no llegar a encontrarse. Aarnio niega tanto la versión fuerte como la débil, por lo cual se plantea que no existe una respuesta correcta y, por lo tanto, no puede encontrarse ni saberse que se ha encontrado.

Con base en lo anterior, podemos plantear que el autor tiene una postura crítica en favor de una respuesta negativa de la cual dice que “No puede haber respuestas correctas en el razonamiento jurídico (tesis ontológica)” y que “Por consiguiente, tales respuestas tampoco pueden ser detectadas (tesis epistemológica y metodológica). De la «naturaleza» misma de la ambigüedad semántica se desprende que hay que abandonar tanto la versión fuerte como la débil (Aarnio, 1990, p. 24). Aarnio denomina su posición filosófica como “convencionalismo relativista moderado”, esto debido a que los juicios morales presuponen convenciones en sí, además, de la existencia de creencias mutuas y por ende compartidas, es relativista porque los juicios morales “objetivos” sólo lo son prima facie. Y por último, es moderado porque Aarnio no considera que los juicios de valor sean simplemente preferencias personales.

La No Arbitrariedad En Las Decisiones Judiciales

Es necesario plantear, como lo hace el autor, que los decisores ya no pueden apoyarse en una mera autoridad formal para justificar sus decisiones, ya que, en las sociedades actuales las personas no sólo exigen decisiones dotadas de autoridad, sino también piden que éstas se sustenten con razones, la presentación de argumentos es siempre un medio para asegurar la existencia de la misma certeza jurídica en la sociedad, para esto se debe recurrir a un procedimiento de justificación, esta es fundamentalmente importante, principalmente por la certeza

jurídica que esto conlleva, la cual puede caracterizarse como una expectativa jurídica primaria de los miembros de la sociedad, como ya se mencionó, en este orden de ideas, la certeza evita una decisión arbitraria, por ende la interpretación que presentan los jueces no puede ser meramente librada al azar o estar basada en la irracionalidad, tiene que basarse siempre en el Derecho y sólo en él. Como lo plantea Aarnio (1990) otro aspecto muy importante:

“en el sistema del Estado de Derecho la certeza jurídica se realiza por medio de: primero, la división de poderes; segundo, la igualdad formal entre los ciudadanos; tercero, la separación entre el Derecho y la moral; y cuarto, el modelo formalista de razonamiento jurídico, el silogismo” (p. 25).

En síntesis, en una sociedad la certeza jurídica tiene dos elementos clave, el razonamiento judicial en aras de evitar una decisión arbitraria y el resultado final apropiado. La mejor respuesta posible es la que resulta aceptable para la mayoría de esa comunidad ideal, anteriormente expuesta, es decir, que respeta las reglas del discurso racional y, por tanto, a las minorías, por lo cual, la decisión en cuestión debe estar basada en razones públicas, para obtener así una mayor aceptabilidad y certeza, tema que se tratará más adelante.

Lo anterior requiere cierto proceso de justificación, el cual se basa en un discurso práctico, puede ser descrito en términos de la justificación interna y externa, ya que puede ser tanto de naturaleza silogística es decir un argumento independiente, como no serlo en modo alguno, por el hecho de que en la justificación externa no existen conexiones silogísticas internas entre los diferentes silogismos de una cadena de argumentos. Por eso, es correcto afirmar, como lo hace Aarnio, que la justificación externa equivale a la adición de nuevos silogismos a la cadena de argumentos, a fin de apoyar una premisa ya formulada, la cual debe estar basado en buenas razones.

Razonabilidad, Racionabilidad Y Razones

La teoría de la argumentación de Aulis Aarnio surge con el propósito de ampliar el concepto de racionalidad hacia un punto de vista tanto social como pragmático,

en el que el concepto de lo razonable permite enlazar el razonamiento jurídico con el razonamiento práctico, aunque se ve un mayor enfoque del autor en las precondiciones de dicha argumentación (de la justificación).

En este punto es importante aclarar que para la argumentación jurídica la racionalidad y la razonabilidad no son ideas sinónimas, puesto que la racionalidad se refiere al esfuerzo por la consistencia, es decir evitar una contradicción, además se refiere a comprobar la validez de las inferencias, la conformidad con las reglas de la inferencia deductiva, se puede decir que la racionalidad es un esquema que permite estructurar ideas de manera consistente, así como verificar la validez de las inferencias dadas entre varias proposiciones que a su vez forman un argumento. Por otro lado, la razonabilidad se relaciona con los procesos discursivos los cuales buscan convencer de una determinada postura, esto mediante una presentación de argumentos, por lo cual ésta se desarrolla en la praxis, se intenta con la razonabilidad dar razones sustentadas en otros criterios de naturaleza no formal, como aludir a valores. Aarnio (1990) establece que la argumentación debe ser racional, y además tiene que existir una base material para ésta; más aún, la justificación jurídica es un procedimiento discursivo que sigue los principios del discurso racional.

Respecto a las razones, Aulis Aarnio plantea que estas se dividen en dos, primero las razones reales, en las cuales hay una razón usada en la búsqueda de la solución, es decir, que están basadas en un contexto de descubrimiento. El segundo tipo de razones son las públicas, que se refieren a la justificación como tal, se establece que las razones jurídicamente aceptables son las que muestran que la decisión tomada está basada en el ordenamiento jurídico, es decir, las razones que hacen jurídica la decisión. Lo anterior, nos lleva a que desde un punto de vista de la certeza jurídica que dan o deben dar estas razones usadas para la decisión, las importantes son las jurídicamente aceptables y las públicas, puesto que estas son las únicas que permiten valorar la relevancia jurídica de dicha decisión, esto ocurre porque si las razones son ocultas o carecen de valor para el control público, nunca se sabría porque se dio este uso del poder público y cuál es su contenido, por ende no habría certeza jurídica, que como ya mencionamos, es un elemento crucial en la toma de decisiones.

Importancia De La Argumentación En Dos Aspectos

La argumentación tiene una importancia enorme en la vida social, utilizamos

esta tanto para justificar nuestros pensamientos o comportamientos, como para persuadir a los demás de los puntos de vista que consideramos correctos, esto para influir sobre el comportamiento de las demás personas como base para la toma de decisiones, además, estos ámbitos tienen una gran importancia tanto en el ámbito social como político, o en la administración de justicia, la cual, como se ha expuesto, está basada en la argumentación. La decisión se puede dar como se planteó anteriormente o reestructurar de manera posterior en el modo silogístico; sin embargo, la justificación interna es independiente de la forma en que ha sido alcanzada dicha decisión, es decir, del contexto del descubrimiento.

La estructura del razonamiento jurídico incluye: las premisas, las reglas de inferencia válidas en el sistema jurídico correspondiente y los valores para lograr la interpretación.

Sin embargo, hay que resaltar que la dificultad de la interpretación no está en si la conclusión se sigue lógicamente de las premisas o no, por el contrario, esto se ve presente en la elección de las premisas y en el contenido de las mismas, en la elección de los principios adecuados de inferencia o los valores básicos utilizados en la interpretación. Dichos asuntos deben quedar expuestos en la justificación externa para poder estimar la debida aplicación de la norma y el significado atribuido como debidamente justificado. El análisis teórico de los procesos argumentativos en el Derecho se ocupa de la descripción, análisis y propuestas argumentativas, esto en la aplicación, interpretación y ejercicio del Derecho, tiene la utilidad de hacer y construir mejores argumentos, en aras de cómo pueden decidir los jueces en su labor jurisdiccional, y a su vez mejorar la racionalidad en función, justificando sus resoluciones en la emisión de sus actos, aquí es clave entrar en el tema de la utilidad que tiene la argumentación jurídica, esta se practica tanto en el sentido descriptivo como prescriptivo; en primer aspecto, la teoría de la argumentación jurídica ayuda a que los jueces tengan una conciencia mayor respecto a lo que deben hacer, por lo cual el aspecto descriptivo actúa en la práctica como una ayuda para mejorar la comprensión de la actividad

judicial, con el fin de propiciar una pretensión de corrección de dicha labor en busca de su perfeccionamiento. El aspecto prescriptivo se centra más en cómo el juez debe proceder frente a casos difíciles, es decir, que este se centra en los diversos criterios que deberían observar los jueces en la toma de decisiones particulares.

La Mejor Justificación Posible

Aarnio parte, para construir su criterio, de lo que llama “la mejor respuesta o justificación posible”, de la noción perelmaniana de un auditorio universal. En la teoría de Perelman (citado por Atienza, 2005), dicha noción ofrece un criterio que sirve como parámetro de la argumentación objetiva o imparcial, dicho autor plantea que “ser imparcial no es ser objetivo, es formar parte del mismo grupo que aquellos a los que se juzga, sin haber tomado partido de antemano por ninguno de ellos”, sin embargo, esta noción para Aulis Aarnio puede resultar un poco ambigua.

Primero, Aarnio (2990) expone que “Las razones o argumentos usados en la justificación jurídica se llaman fuentes del Derecho. En función de su historia y de sus condiciones sociales, cada cultura ha aceptado un conjunto de fuentes”.

La mejor justificación posible para la comunidad o audiencia de interpretación, se basa en que no hay factores que alteren el razonamiento, es decir que todos los participantes en el discurso están libres de cualquier tipo de manipulación, son iguales en la discusión en cuestión y son capaces de tomar una posición en la actividad comunicativa voluntariamente, cabe agregar que todos deben someterse a los patrones y criterios del discurso razonable. Aarnio sigue a Habermas en este punto, puesto que lo razonable comprende la racionalidad que guía el discurso en una situación ideal de habla.

En otras palabras, la democracia no exige la respuesta correcta, sino la mejor justificación posible, esto es una solución, una respuesta, que pueda ser aceptada por la comunidad jurídica; no por la comunidad que realmente existe sino por una comunidad ideal, como se planteó anteriormente, la cual se guía por las reglas del discurso racional,

pero a su vez esta comunidad es particular puesto que sus miembros no comparten necesariamente los mismos valores básicos.

Debido a esto, Aarnio (1990) propone un principio regulativo, el cual debe ser seguido por los prácticos y teóricos del derecho, con base a sus razonamientos jurídicos “Frente a un caso difícil, trata de alcanzar una solución y una justificación tal que la mayoría de los miembros de una comunidad jurídica que piensen racionalmente pueda aceptar tu punto de vista y tu justificación” (p. 28).

Retomando nociones anteriormente analizadas, para Aarnio la mejor justificación posible debe ser una en donde no hayan factores que ocurran y que puedan arruinar el procedimiento de razonamiento, en este punto, el autor hace una relación a la expresión “racionalidad comunicativa” de Habermans, haciendo alusión a que “todos los participantes deben ser iguales en la discusión, deben tomar parte en ella voluntariamente y deben estar dispuestos a seguir los estándares del discurso racional” (p. 37). En conclusión, esto puede usarse como una medida de corrección para los discursos de carácter jurídico.

Aarnio plantea, cuando expone el principio regulativo del razonamiento jurídico, el concepto de auditorio, en el cual se dice que “Si no hay respuestas correctas para los casos difíciles ¿Tampoco es posible hablar de la mejor respuesta posible?” (p. 31), este interrogante conlleva a un problema, más específicamente, del principio regulativo, puesto que, toda persona que esté o no a favor de x punto de vista, dirige su argumentación a otra persona, por ende, podemos decir que en un caso difícil hay dos partes en el diálogo, el intérprete y el destinatario lo que significaría que el discurso jurídico es, también, un diálogo o un procedimiento discursivo.

Respecto al discurso jurídico, hay muchas elecciones decisivas, las cuales a su vez tienen una carga valorativa, puesto que, la elección entre las diversas fuentes individuales como de las fuentes del derecho están de una u otra forma basadas en valoraciones, a menudo se hace una relación a la inferencia por analogía, o al contrario, sin embargo, como se planteó anteriormente, ambas están ligadas a los valores y los puntos de vista basados en la moralidad (pueden estar directamente implicados en el razonamiento jurídico), todas las clases de metas argumentativas lo están, están conectadas al “código” de

valores por el cual se toma la decisión. Aarnio está de acuerdo con Wróblewski al afirmar que las interpretaciones jurídicas se basan en tres tipos de argumentos: fuente material de Derecho, las directivas de razonamiento jurídico y, por último, los valores y valoraciones, las conclusiones al final son el resultado de los anteriores factores.

Entrando más al tema de la comunidad, Aarnio (1990) hace una distinción entre, la comunidad jurídica I y la comunidad jurídica II; en la primera comunidad I hay un auditorio concreto, el cual existe realmente en la práctica jurídica, aquí se encuentran los juristas profesionales y las personas que pueden tratar, o de por si tratan con asuntos de naturaleza jurídica; por otro lado, la comunidad jurídica II es un auditorio por medio del cual se evalúa el razonamiento, y lo critica, aquí se abarca a todos los que se comprometen con las reglas y principios de la racionalidad, este es un auditorio ideal, sin embargo, sólo es universal en el sentido en que presupone la racionalidad del discurso, los miembros de esta aceptan el universo de la racionalidad, los integrantes de esta comunidad tienen condiciones en común, como que todo el mundo está “en pie” de igualdad en la discusión, se comprometen con los principios de la deliberación racional cuando anhela a X resultado, participan voluntariamente y se aspira siempre a la mejor justificación posible. En esta comunidad ideal, como lo plantea el autor “no hay una medida común para la comparación. No hay respuestas correctas y ninguna de las respuestas es en términos generales la mejor posible” (p. 33). Sin embargo, X solución ,de varias que estén bien fundadas, puede ser más relevante que la otra, y por ende, este planteamiento podría ser el mejor posible para el caso en cuestión, Aarnio explica que a pesar de que esto puede parecer confuso, se resuelve analizando la situación donde la mayoría de la comunidad jurídica está dispuesta a aceptar una de las soluciones planteadas, esta a su vez se convertiría en la mejor posible, esto quiere decir que frente al ámbito social, estamos en un caso de mayorías, donde la opción con mayor acogida, por el momento será considerada la mejor posible.

Principio Mayoritario Y Principio Regulatorio

Como se mencionó anteriormente, el núcleo del principio mayoritario está basado en que, si la mayoría de la comunidad jurídica II puede aceptar X punto de vista interpretativo

a partir de valores en común, ese punto de vista sería entonces “el mejor posible” y el mejor justificado a su vez, en esta comunidad.

Los integrantes de esta comunidad votan acerca de cuál sería la mejor justificación posible para el caso en concreto, lo cual según diversos autores podría dar paso a una teoría votacional de la verdad.

Frente a este principio se dice que puede estar siendo malentendido, puesto que, no se refiere como tal a una votación de la justificación sino a una aceptabilidad de la misma, a este principio solo le competen las condiciones conceptuales de la aceptabilidad de una solución. Aarnio plantea que puede surgir una crítica a este principio a partir de la pregunta de si este viola los derechos de las minorías, sin embargo Aarnio exhibe una serie de argumentos frente a esta problemática; primero, que la protección de dicha minoría solo tendría significación en una comunidad jurídica real y concreta, en un auditorio donde todas las clases del poder juegan un papel, sin embargo, en una comunidad ideal como en la comunidad jurídica II, el uso de poder no es una problemática, debido a que se presume que los participantes son libres. En conclusión a partir de este argumento, este modelo solo tiene en consideración el razonamiento jurídico respecto a la situación ideal en la que está planteado. Por otro lado, en el discurso racional, todas las razones relativas a los asuntos son tenidas en consideración, esto quiere decir que la opinión de la minoría también forma parte de este razonamiento. Aarnio (1990) plantea la pregunta: “¿Por qué no contentarse con dos (o más) decisiones igualmente bien fundadas y, en consecuencia, racionalmente aceptables? Y ¿Por qué es necesario comprometerse con el principio mayoritario?” (p. 35). Lo que nos lleva a analizar que es necesario aceptar más de una respuesta posible, a partir de esto el autor plantea dos puntos importantes, siendo uno de ellos que, todas las decisiones que están bien fundadas son correctas, esto en el sentido de que estas son las respuestas apropiadas dentro de un “esqueleto” seguro justificatorio, sin embargo no se puede añadir a esto más argumentos, puesto que se ha llegado al límite del razonamiento racional. En segundo lugar la visión relativista asumida en este tributo, parte de la idea de que no hay respuestas correctas en el ordenamiento jurídico ex ante. A pesar de lo anterior Aarnio sugiere que “la cooperación social presupone que la gente pueda estar de acuerdo con ciertas soluciones” (p. 36).

El principio mayoritario, posterior a lo interpretado, no es sólo de interés teórico, este es un modelo ideal, pero en una situación social real la mayoría no necesariamente se conducirá racionalmente. La argumentación puede implicar aspectos autoritarios y una persuasión, incluso cuando dicha argumentación puede ser considerada racional, por ende, una sociedad organizada no puede descuidar un modelo para deliberar que incluya un principio mayoritario, el cual está también de acuerdo con los intereses de cada persona racional que persiga su interés propio, por lo cual, todo este principio juega un papel muy importante en sociedad.

Entrando al tema del principio regulativo que proclama Aarnio, este se basa en que la resolución de un caso difícil, aquí se debe alcanzar una solución y una justificación con la que la mayoría de los miembros racionalmente pensantes acepten, sin embargo, esta no sería la única solución correcta. Por ende, este principio a pesar de operar en la base de un auditorio ideal, y además de ser claramente regulativo, Aarnio no defiende que sea absoluto, puesto que la solución objetiva del caso puede cambiar conforme al tiempo, y así mismo, lo cambie la comunidad jurídica II, por consiguiente, el autor defiende el relativismo valorativo.

Aarnio establece que el principio regulativo no da ninguna autoridad a proclamar: que se tiene la razón, por el contrario, trata de instigar a una justificación racional al que toma la decisión y además trata de disponer del objetivismo valorativo (típico de Ronald Dworkin), el tema de la aceptabilidad por la mayoría (de la comunidad jurídica II) va más allá de lo que un dogmático o jurista puede llegar a conseguir en su razonamiento, por ende, este tipo de soporte o aceptabilidad da la dimensión más objetiva también para la crítica.

Conclusión

El razonamiento jurídico se enfrenta a una necesidad, la de tomar decisiones en medio de tensiones problemáticas, sin embargo, en los casos difíciles no es fácilmente posible distinguir con transparencia los aspectos normativos y las evidencias empíricas, y tanto los juicios de hecho como los de valor.

La argumentación jurídica, desde este punto de vista, recupera el carácter esencialmente explicativo y justificador del argumento judicial, como una solución tipo “prueba” a los problemas hermenéuticos. Un razonamiento jurídico razonable debe, desde este enfoque, considerar y someter a una discusión crítica por lo menos los aspectos básicos de la situación que sirve de marco al caso, el problema jurídico, la decisión, la aceptabilidad de esta y la argumentación que se debe realizar (estructura, fundamentos, tesis que se debaten, conclusiones que se proponen y sus propósitos).

Aulis Aarnio formula un paisaje necesario y preciso para la reflexión jurídica, la cual está conectada con la búsqueda de una democracia, es decir, en contra de toda arbitrariedad en las decisiones judiciales, además de una articulación del tejido social, de la vida en comunidad, es decir, una concepción de una sociedad clara y abierta a la crítica. La argumentación jurídica encuentra su importancia en como ayuda a que la sociedad no tenga dudas o vacíos, puesto que, se tiene una base sólida y más confianza, al saber que las decisiones que se toma están basadas en buenas razones, valores, principios y necesidades generales. Las sociedades basadas en un estado de derecho, es decir sociedades democráticas, exigen una certeza jurídica y una aceptabilidad racional, conceptos que abarcan tanto la dimensión formal como la material y la justificación externa e interna. En otros términos, Aulis Aarnio propone que entre lo racional de las reglas estrictas y lo razonable de la vida práctica haya un complemento.

La teoría de la argumentación jurídica de Aarnio tiene el propósito de elaborar una reconstrucción de la coyuntura del lenguaje de la justificación jurídica, esto, tratando de evidenciar un modelo de la aplicación de la ley que cuente con una aceptación general, pero sobretodo que respete las condiciones de la racionalidad.

Finalmente, el autor expone que al poner una aceptabilidad como la meta del razonamiento jurídico en cuestión, es suficiente esto para la comunidad, para el ser humano en general, además de que “usando el principio regulativo se puede tratar de maximizar las expectativas de la certeza jurídica”, por último, cabe agregar que hay que apegarse a la idea de que tener siempre como presupuesto una respuesta correcta, de plano, no ayuda a mejorar como sociedad, si no que en realidad se necesita una justificación racional, basada en decisiones fundamentadas.

Referencias

Aarnio, A. (1990). *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho.

Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable*. Centro de estudios constitucionales.

Atienza, M. (2005). *Razones del Derecho*. Instituto de investigaciones jurídicas serie doctrina jurídica.



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali