

CAPÍTULO 9

DERECHO Y ARGUMENTACIÓN. EL PUESTO DE LA RAZÓN EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Yezid CARRILLO DE LA ROSA*

SUMARIO: I. *Lugar y Límites de la Razón Analítica en el Derecho.*
II. *El lugar de la tópicica en el derecho.* III. *El Puesto de la Retórica en el derecho.* IV. *Técnicas argumentativas y clases de argumentos.* V. *El Puesto de la Razón Práctica en el Derecho.* VI. *Reglas, Formas y Límites del Discurso Práctico General.* VII. *Reglas, Formas y Límites de la Argumentación Jurídica.* VIII. *Racionalidad, Lenguaje y Argumentación.* IX. *Bibliografía.*

Durante mucho tiempo, alucinados por el auge de las ciencias físico-matemáticas, se quiso someter la actividad del jurista a los postulados de la razón teórica. Hoy, es un lugar común tratar los problemas jurídicos como asuntos prácticos que exigen deliberación y el uso de argumentos persuasivos. Las teorías de la argumentación jurídica constituyen, sin lugar a dudas, la mejor respuesta dada hasta ahora a la pregunta por el lugar de la razón práctica en la fundamentación de las decisiones judiciales.

I. LUGAR Y LÍMITES DE LA RAZÓN ANALÍTICA EN EL DERECHO

Los primeros intentos de construir un discurso jurídico a imagen y semejanza de la ciencia moderna se dio en el siglo XVI con la teoría del derecho natural racionalista (véase, IUSNATURALISMO CLÁSICO) que pensó hacer de la filosofía del derecho una ciencia natural del derecho y que influenciada por el concepto racionalista de ciencia, intentó conocer el derecho justo

* Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena.

o correcto asumiendo el modelo de conocimiento de las nascentes ciencias. El problema de si es posible o no hacer de la tarea del juez o del jurista una ciencia como la matemática, la lógica o las ciencias naturales, es propia de la mentalidad positivista que se gesta en el siglo XIX. Así, bajo la influencia del positivismo jurídico formalista: la exégesis y el conceptualismo alemán construyen muy buenos ejemplos de ello. También la teoría general del derecho que surgió mitad del siglo XIX, quiso, apoyada en la lógica tradicional, construir una ciencia jurídica formal en sustitución de la llamada dogmática jurídica. Como reacción a la tendencia formalista surge al interior de la corriente POSITIVISTA una postura que quiso equiparar la labor a la sociología cuyo modelo epistemológico lo constituían las ciencias sociales o culturales (véase, POSITIVISMO CLÁSICO). Ello sin embargo no deja de traer serios inconvenientes, especialmente al desnaturalizar la actividad específica del jurista e identificarlas con la del investigador social. Las teorías epistemológicas que se desarrollaron en el siglo XX mostraron que el concepto de racionalidad rebasa los límites de la razón teórica, que defendió el positivismo decimonónico y el neopositivismo, y que en ella debemos incluir la razón práctica, que no tiene como objeto realizar demostraciones ni establecer conclusiones apodícticas, sino guiar las deliberaciones en las controversias, facilitar la elaboración y formulación de argumentos no necesarios que tienen carácter persuasivo y la toma de decisiones.

No sólo las críticas surgidas en el ámbito teórico-epistemológico hacían insostenible la noción de racionalidad defendida por el positivismo. También las circunstancias históricas que se experimentaron en la primera mitad del siglo XX (Ausschwitz y los juicios de Nuremberg) influyeron para que los teóricos de la sociedad y el derecho se replantearan el lugar de la racionalidad en los problemas relativo a lo justo y moral que según el positivismo estaban relegados al ámbito de lo subjetivo e irracional y especialmente, el papel de las valoraciones morales en el derecho. Un hecho notable después de Nuremberg, fue la importancia que a partir de entonces se le otorgo, en forma cada vez más crecientes, al uso de los principios generales del derecho, máximas y tópicos jurídicos en el RAZONAMIENTO JUDICIAL continental, y no solo en la doctrina sino en el derecho de los jueces.¹

¹ Perelman cita el uso de los mismos en diversos procesos judiciales. Perelman, Chaïm y Olbrechts-tyteca, Lucy, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Biblioteca Románica Hispánica, editorial Gredos, traducción española Julia Sevilla Muñoz, 1ª reimpresión, Madrid 1994, p. 100 y ss.

II. EL LUGAR DE LA TÓPICA EN EL DERECHO

Como consecuencia del redescubrimiento de la tópica,² Theodor Viehweg publicara *tópica y jurisprudencia* (1953),³ en el que reivindica el modo de pensar tópico como la forma específica de la práctica jurídica. El texto contrapone, en principio, el método antiguo o retórico (tópico), que ha sido heredado de la antigüedad y fue transmitido por Cicerón al método nuevo o crítico, que nos ha sido legado por Descartes.⁴ Lo que caracteriza al método nuevo es que (i) su punto de partida lo constituye lo una primera verdad, la que no puede ser discutida o desautorizada por la duda, y (ii) que procede al modo de la geometría que se apoya en largas deducciones en cadenas (sorites); las ventajas del método radican en la agudeza y precisión, las desventajas, entre otras, son el marchitamiento de la fantasía y la degradación de lo humano. El método antiguo, por el contrario, (i) tiene como punto de partida el sentido común y lo verosímil y (ii) su procedimiento se rige por las reglas de la tópica retórica que permite el intercambio de puntos de vistas; el método antiguo, contra resta las debilidades del método nuevo, al despertar la fantasía y al enseñarnos ha examinar los problemas y la cosas desde diversos puntos de vista. Por consiguiente, se tienen que intercalar el viejo método en el nuevo para que se pueda lograr una verdadera efectividad.⁵

También contrapone la tópica aristotélica y a la tópica ciceroniana. Aristóteles distingue entre lo apodíctico y lo dialéctico. El primero es propio del campo de la verdad y la demostración para los filósofos, mientras que el otro es propia del terreno de lo meramente opinable y es propio de los sofistas y retóricos. Teniendo en cuenta esta distinción Aristóteles ubica la tópica en la esfera de la dialéctica.⁶ La tópica ciceroniana, a pesar de considerarse de grado inferior, tuvo una mayor influencia que la aristotélica.⁷

Finalmente, Viehweg contrapone el pensamiento problemático al pensamiento sistemático. Según Viehweg, toda disciplina surge de problemas y

² El resurgir de la tópica no se da únicamente en el ámbito del derecho sino en diversas disciplinas de la posguerra, como la ciencia política, la literatura y la sociología. (Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004, p. 30)

³ Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Editorial Gedisa, primera edición, Barcelona, 1991.

⁴ *Ibidem*, pp. 25-26.

⁵ *Ibidem*, pp. 27-28.

⁶ *Ibidem*, p. 34.

⁷ *Ibidem*, pp. 43 y 53.

da lugar a un tipo de sistema, pero, la diferencia entre uno y otra forma de pensamiento radica en si el acento se pone en el problema o en el sistema.⁸ Cuando el acento se pone en el problema, se hace necesario buscar un sistema que permita obtener la solución del problema. En este caso es el problema el que conduce a la selección del sistema, que en ocasiones puede ser no uno sino una pluralidad de sistemas.⁹ El modo de pensar sistemático opera desde el todo, y de modo contrario a como lo hace el pensamiento problemático, en este caso, el sistema opera una selección de problemas, de suerte que lo que no caiga dentro del sistema se deja al margen y sin solución, pues se considera que es una cuestión falsamente planteada. En este caso, no hay porque buscar un punto de vista, pues este ya viene dado de antemano y es desde él que se seleccionan los problemas.¹⁰

La tóptica se caracteriza porque se trata de una *técnica del pensamiento problemático* o una técnica orientada a resolver problemas. Dos nociones esenciales a este modo de pensar son problema y aporía.¹¹ El problema puede definirse, como todo asunto serio que admite varias soluciones o respuestas y requiere de una comprensión inicial para hallar una única solución.¹² La aporía es un problema, pero no cualquier problema. Se distingue porque se trata de una cuestión acuciante e ineludible de la que no podemos apartarnos y ante la cual no hay un camino despejado (aporías). La tóptica, en tanto arte de la invención, pretendería suministrar datos que permitan saber cómo es que hay que comportarse ante tal situación para dar una solución al problema.¹³

Los tópicos son *lugares comunes* que permiten hallar premisas que permiten solucionar problemas y que tienen en su favor una presunción de plausibilidad o razonabilidad, ello es, impone una carga de argumentación a quien los cuestiona.¹⁴ En ese sentido, la función de los tópicos, tanto generales como particulares, es la de servir de fuente de obtención de premisas y puntos de vistas en una discusión de problemas, y su uso presupone el conocimiento de un repertorio que facilita la invención.¹⁵

⁸ Atienza, *Las razones del derecho*, *op. cit.*, p. 34 y García Amado, Juan Antonio, “Tópica, derecho y método jurídico”, *Doxa*, vol. 4, 1987, p. 164.

⁹ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰ *Ibidem*, p. 52.

¹¹ García Amado, “Tópica, derecho y método jurídico”, *op. cit.*, p. 162.

¹² Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 50.

¹³ *Ibidem*, p. 49.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 54-55.

¹⁵ *Ibidem*, p. 55.

Al no constituir la jurisprudencia una disciplina sistematizable sólo cabe entenderla como una disciplina que se orienta a la discusión de problemas, de allí que su estructura se corresponda con la de la tónica, ello es, como una disciplina orientada a resolver problemas concreto. En tanto disciplina tónica, la jurisprudencia tendría una aporía fundamental, la cuestión de lo justo aquí y ahora.¹⁶

III. EL PUESTO DE LA RETÓRICA EN EL DERECHO

No sólo Viehweg, también Perelman intentará proponer un modelo de racionalidad que dé cuenta de la forma como se desarrolla los debates al interior de la jurisprudencia y de la especificidad del razonamiento jurídico. Perelman inicialmente pretende dar cuenta del problema de los *juicios de valor*,¹⁷ que desde la perspectiva positivistas tenían un carácter de arbitrios e indeterminados. Las exploraciones de Perelman lo llevan a concluir que no existe nada parecido a una lógica de los juicios de valor, sin embargo, descubre que en la antigüedad griega, éstos desarrollaron un conjunto de procedimientos y técnicas que tenían como propósito orientar la forma como se llevaban las discusiones y deliberaciones y que denominaron *retórica*. La retórica es el dominio donde se puede discutir sobre lo que es preferible, plausible o razonable, es el antiguo arte de saber persuadir y convencer que no parte, como si lo hace la lógica formal, de inducciones o deducciones formalmente correcta, sino de argumentaciones, que pretenden influir en el auditorio. La retórica, es entonces, una técnica del discurso persuasivo que busca obrar sobre los hombres por medio del *logos* y que opera en la fase previa a la toma de una decisión.¹⁸

Los estudios de retórica que Perelman constituyen una ruptura con la concepción de la razón y del razonamiento que se origina con Descartes que tenía por falso todo aquello que era considerado verosímil y que impuso como criterio de lo racional la evidencia y las demostraciones.¹⁹ Perelman apoyado en Aristóteles distingue el razonamiento analítico cuyo paradigma es el silogismo formal que parte de premisas verdaderas y necesarias y mediante una inferencia válida conduce a conclusiones igualmente necesarias y verdaderas, del razonamiento dialéctico que no parten de premisas

¹⁶ *Ibidem*, p. 129.

¹⁷ Perelman, Chaïm, *De la Justicia*, UNAM, México, 1964.

¹⁸ Perelman, Chaïm, *El imperio retórico. Retórica y argumentación*, Editorial Norma, Bogotá, 1997, pp. 9-10.

¹⁹ Perelman y Olbrechts-tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica, op. cit.*, p. 30-1.

verdaderas sino verosímiles, ello es, de opiniones que gozan de la aceptación general por la mayoría o por la mayoría de los filósofos o los más notables e ilustres. Los razonamientos dialécticos no tienen como propósito realizar demostraciones sino persuadir por medio de argumentos y obtener la adhesión de la mayor parte de un auditorio a la tesis defendida, así como criticar y refutar la tesis de los adversarios.²⁰

Perelman constata que no es la lógica formal la que permite la solución de las controversias jurídicas o morales, ni éstas giran en torno a problemas lógico formales,²¹ que el derecho se elabora a través de controversias y argumentaciones dialécticas, y que las decisiones judiciales no tienen un carácter necesario como en el razonamiento analítico, por tanto, el paso de las premisas a la decisión no tienen este carácter, pues la decisión presupone la posibilidad de decidir en uno u otro sentido. En las controversias judiciales, por el contrario, las razones que se exponen, tratan como en los diálogos platónicos de criticar y refutar los argumentos de la contraparte mostrando que o no son relevantes u oportunos o justos.²²

La particularidad del razonamiento jurídico puede advertirse también, según Perelman, al confrontarla con las formas de resolver las controversias en otros ámbitos: como el de las ciencias naturales y formales, y en las denominadas ciencias humanas o en la filosofía. Mientras que en las ciencias naturales y deductivas las polémicas se resuelven apelando al criterio de verificación empírica o racional, y en las ciencias humanas y el pensamiento filosófico a falta de un criterio objetivo, cada una de las partes permanece en su posición sin ceder, en las controversias jurídicas la solución es siempre impuesta por vía de autoridad.²³

Ahora bien, no obstante esta peculiaridad, para que la decisión o sentencia se entienda que se halla conforme al derecho, debe motivarse. La motivación no muestra un conjunto de premisas de las cuales se deduce una conclusión lógica, sino un conjunto de argumentaciones que buscan justificar una decisión. La decisión jurídica no se deduce necesariamente e impersonalmente de las premisas como una conclusión lógica, en ella siempre se pone en juego la integridad y responsabilidad de quien decide, si fuese impersonal, siempre la decisión sería la misma cualquiera que fueran los

²⁰ Perelman, *El Imperio Retórico*, op. cit., p. 52.

²¹ *Ibidem*, p. 13.

²² *Ibidem*, p. 13.

²³ *Ibidem*, p. 18.

valores o la personalidad del juez. La decisión de un juez a la que llega después de su razonamiento, es siempre una decisión personal.²⁴

IV. TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS Y CLASES DE ARGUMENTOS

Reconociendo que existen múltiples tipologías sobre las técnicas y clases de argumentos (Toulmin, Van Eemeren, Walton, etc.), uno de los aportes fundamentales de Perelman lo constituye su estudio sobre la argumentación y muy especialmente el análisis que lleva a cabo sobre la formas del razonamiento persuasivo. Para Perelman los argumentos se presentan bajo la forma de una asociación (nexo) o bajo la forma de una disociación. En el primer caso el nexo posibilita transferir a la conclusión la adhesión acordada a las premisas; bajo la segunda, se persigue separar elementos que han sido ligados previamente uno con otro por conducto de un legado o una tradición reconocida.²⁵ Perelman distingue tres tipos de nexos: los *cuasi-lógicos* o *cuasi-matemáticos*, los argumentos *fundados sobre la estructura de lo real*, y los argumentos que *fundan la estructura de lo real*.

Los primeros se denominan así porque se aproximan al pensamiento lógico formal o matemático²⁶ y en su utilización pareciese que se pretende reducir la realidad a un esquema de pensamiento lógico formal o matemático; no obstante difieren de éstos, porque en los argumentos cuasilógicos no se realiza una deducción formal y presuponen más bien una adhesión a tesis de naturaleza no formal.²⁷ Los argumentos fundados sobre la estructura de lo real se apoyan en los nexos de sucesión o coexistencias. Las relaciones de sucesión se apoyan sobre los lazos que existen entre los elementos de lo real, en la medida en que presuponen la creencia en estructuras objetivas que no se discuten; un ejemplo de ellas son las presupuestas relaciones de causalidad.²⁸ Si se introducen nociones como la intención pasamos de inmediato a una argumentación basada en lazos o relaciones de coexistencia.²⁹ Los argumentos que fundan la estructura de lo real son aquellos que a partir de un caso particular acreditado permiten fundar o instituir un precedente, un modelo o una regla general; ejemplo de ellos son el razona-

²⁴ *Ibidem*, pp. 18-20.

²⁵ *Ibidem*, 58-60.

²⁶ Perelman, Chaïm, *Lógica jurídica y nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1997, p. 166.

²⁷ Perelman, *Imperio retórico*, *op. cit.*, pp.77-78.

²⁸ *Ibidem*, p. 78.

²⁹ Perelman, *Lógica jurídica y nueva retórica*, *op. cit.*, p. 168.

miento por medio del ejemplo o el modelo.³⁰ Las técnicas de disociación, a diferencia de las anteriores, que no interesaron mucho a los teóricos de la retórica antigua, pretenden, como su nombre lo sugiere, disociar los elementos de lo real, unos de otros, para llegar a una nueva ordenación de lo dado.³¹

V. EL PUESTO DE LA RAZÓN PRÁCTICA EN EL DERECHO

Luego de que aparecieran los trabajos de Perelman y Viehweg, surgen a finales de los años setenta un conjunto de autores en cuyos trabajos se revelan las preocupaciones por el problema del razonamiento jurídico: MacCormick, Aarnio, Peczenik, Atienza y Alexy, entre otros. De estos autores, el más conocido para nosotros es sin lugar a dudas Robert Alexy, quien sostiene que la jurisprudencia y, en particular, la argumentación jurídica versa sobre cuestiones prácticas, pues ambas presuponen corrección de enunciados normativos y, por tanto, ambos son portadores de una pretensión de corrección, de allí que deba considerarse al discurso jurídico como *un caso especial del discurso práctico general*.³² La jurisprudencia y, en particular, la argumentación jurídica, versan sobre cuestiones prácticas.³³ El discurso jurídico tiene en común con el discurso práctico general que en ambos trata sobre la corrección de enunciados normativos y, por lo tanto, ambos son portadores de una pretensión de corrección.³⁴ La *teoría de la pretensión* afirma que tanto el sistema jurídico como las normas jurídicas individuales y las decisiones jurídicas tienen necesariamente una pretensión de corrección. Según esta teoría, toda decisión judicial pretende siempre aplicar correctamente el derecho, y esta pretensión de corrección envuelve una *pretensión de justificabilidad* que facilita la crítica y la presentación de buenos y mejores argumentos y contraargumentos, y una *pretensión de generalizabilidad* que supone que quien justifica acepta como igual a su interlocutor (preten-

³⁰ Perelman, *Imperio retórico*, *op. cit.* p. 79. y Perelman, *Lógica jurídica y nueva retórica*, *op. cit.*, p. 169.

³¹ Perelman, *Imperio retórico*, *op. cit.* p. 79.

³² Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1997, p. 35.

³³ Los problemas prácticos concierne a lo que es debido y prohibido, o a lo que es permitido, bueno y malo.

³⁴ Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 35.

sión de igualdad) y excluye la coerción como instrumento persuasivo.³⁵ Según lo anterior, la base normativa de la teoría del discurso la componen la idea de libertad y de igualdad. El modelo del discurso racional presupone una situación de diálogo ideal en el que el objetivo es convencer y no manipular a la otra parte, y en la que los participantes se ponen de acuerdo en adoptar unas reglas básicas que facilitan el desarrollo de la discusión dentro del marco de racionalidad.

La noción de racionalidad en el modelo cumple un papel decisivo con relación a la aceptabilidad y legitimidad del resultado, entre otras cosas, porque esta noción es parte integrante del estilo y de la forma de vida de la que participamos, de manera que quien se comporta o actúa por fuera de los cánones de la racionalidad, está violando una de las reglas básicas de la vida social. Por lo tanto, sostiene Alexy, que una argumentación que excluya o suprima persona o argumentos (excepto por razones pragmáticas que deben justificarse) no puede considerarse racional, y las justificaciones que se obtengan de ellas deben tenerse por defectuosas.³⁶

Alexy admite que el modelo del discurso racional no encarna ni es la única manera posible de justificar una decisión judicial. Existen contra-modelos a la teoría del discurso, de los cuales los más importantes son el modelo deductivo, el modelo decisorio, el modelo hermenéutico y el modelo de la coherencia.³⁷

La afirmación básica del modelo deductivo sostiene que la decisión judicial, dentro de cualquier caso, se infiere lógicamente del material jurídico vigente. Ejemplo de este modelo lo fueron la exégesis en Francia y la jurisprudencia de conceptos en Alemania. Para mostrar las debilidades e insuficiencias del modelo basta comprobar la existencia de vaguedades, antinomias o lagunas en el lenguaje y en el ordenamiento jurídico; de ahí que hoy no existan muchos defensores de dicho modelo.³⁸

El modelo decisorio constituyó una reacción al anterior modelo. La tesis central de este modelo es que la decisión judicial debe fundarse en reglas extrajurídicas cuando las reglas positivas y los precedentes dejan un margen de discrecionalidad y libertad a quien decide. Las corrientes realistas, la escuela libre del derecho y la perspectiva kelseniana, según las cuales, el juez, en los casos difíciles, debe actuar como un legislador y decidir según

³⁵ Alexy, Robert, "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral", Vásquez, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1998. p. 128 y 130-131.

³⁶ Alexy, *Derecho y razón práctica*, op. cit., p. 40.

³⁷ Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Traducción de Luis Villar Borda, primera reimpresión, 1998, p. 36 y 37.

³⁸ Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, op. cit., pp. 37-38.

criterios jurídico-políticos. Para estas corrientes, como ya se mostró, la decisión no es un acto racional sino de voluntad. No obstante, de acuerdo con Alexy, la evidencia contradice tal tesis, pues los jueces aun en los casos difíciles intentan motivar y justificar su decisión de manera racional.³⁹

Apoiado en la teoría del círculo hermenéutico, el modelo hermenéutico pretende dar cuenta de la actividad interpretativa del derecho. Tres son los círculos hermenéuticos relevantes para la jurisprudencia. El primero de ellos concierne a la relación entre la pre-comprensión y el texto jurídico. La pre-comprensión provee al intérprete de una hipótesis, que se halla conectada con los valores y la experiencia profesional de éste, y que permite dar una solución correcta al problema jurídico. El modelo hermenéutico supone que entre la norma y la hipótesis de interpretación hay un efecto recíproco. La cuestión, sin embargo, es que la teoría no nos provee de un criterio que nos permita confirmar o rechazar la hipótesis de interpretación.⁴⁰ El segundo se refiere a la relación entre la parte y el todo, y puede expresarse diciendo que la comprensión de una norma presupone la comprensión del sistema al que pertenece, y la comprensión del sistema de normas no es posible si no se entienden las normas particulares que lo integran. El problema, según Alexy, es que la teoría no nos suministra un criterio para establecer la unidad y la coherencia (postulado de la coherencia).⁴¹ El tercer círculo comprende la relación norma y hecho. Las normas, universales y abstractas deben aplicarse a supuestos de hechos individuales y concretos. Según el modelo, los hechos se describen apoyados en los rasgos característicos que proponen los tipos legales. Sin embargo, es posible que los rasgos de los hechos se encaminen hacia la aplicación de una norma distinta no prevista inicialmente, a la precisión o rechazo de una característica de orden legal, o a que se añada otro rasgo. Pero con este círculo sucede lo mismo que con los dos anteriores, en que se ilustra un problema pero no se ofrecen criterios de solución, puesto que el problema solo podrá resolverse cuando se tengan en cuenta todas las características de las normas y todos los rasgos de los hechos (postulado de la completud).⁴²

³⁹ *Ibidem*, pp. 39-40.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 41.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 42.

⁴² *Ibidem*, pp. 43-44.

El cuarto modelo es el de la coherencia. Este modelo desarrolla la idea central que se encuentra detrás del segundo círculo planteado en el modelo anterior y que está referida a la idea de unidad sistemática o coherencia, que es un elemento esencial de la noción de racionalidad y de la teoría de discurso racional. Ejemplo de este modelo es el de la teoría de Savigny, y más recientemente, la teoría del Derecho como integridad de Dworkin. Las debilidades del modelo se hallan en que presupone, erróneamente, la existencia de un sistema jurídico completo en el cual se supone, se hallan contenidas todas las premisas y que el intérprete solo debe tratar de descubrirlas.⁴³

En cuanto al modelo del discurso racional, lo primero que debe advertirse éste modelo no es un modelo real sino ideal, y en esa medida, no trata de describir seres reales, pues no presupone que los hombres actúen siempre de manera racional; el modelo más bien expresa los ideales implícitos en la cultura y los valores de la modernidad en Occidente. Alexy propone la teoría discursiva del Derecho como alternativa a las debilidades y deficiencias argumentativas de los cuatro modelos interpretativos anteriores. Sin embargo, previa a la elaboración de una teoría del discurso práctico general que permita fundamentar una teoría de la argumentación jurídica, Alexy nos remite a algunas teorías del discurso práctico entre otras, a las teorías de la ética analítica, que se interesa por el problema del lenguaje normativo, especialmente las teorías de Hare, Toulmin y Baier, la teoría del discurso de Habermas, la teoría de la deliberación práctica de Earlange y la teoría de argumentación de Perelman.⁴⁴ De todas estas teorías, la mayor influencia la recibe de la teoría de Habermas, quien, como ya lo vimos, considera que las cuestiones prácticas pueden discutirse racionalmente. Con fundamento en las tesis y propuestas de Habermas, Alexy intenta formular un sistema de reglas que permita establecer las condiciones de la racionalidad del proceso discursivo en el ámbito judicial, que de ser seguidas permitirían discutir problemas prácticos-jurídicos en el marco de una teoría de la argumentación racional. En el anterior sentido, la teoría del discurso es una teoría normativa y procesal del discurso racional.⁴⁵

⁴³ *Ibidem*, pp. 45-46.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 51-172.

⁴⁵ Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 179 y Alexy, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 45-46.

VI. REGLAS, FORMAS Y LÍMITES DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL

1. *Las reglas fundamentales*

Las *reglas fundamentales* se denominan así, porque ellas constituyen una condición básica para la comunicación lingüística humana en general. Cuatro son los principios recogidos en ellas (i) el *principio de no contradicción*, que nos remite a las reglas de la lógica clásica y la lógica deóntica, y según esta, los hablantes no deben contradecirse;⁴⁶ en ese sentido, la necesidad de no contradecirse es una regla general de todo discurso sea científico o moral; (ii) a *regla de la pretensión de sinceridad*, según la cual, el hablante sólo debe afirmar aquello que él mismo cree; esta regla trata de asegurar la sinceridad en la discusión racional y es fundamento de toda comunicación lingüística; abría que decir, además, que no es necesario demostrar la sinceridad, pero hay que tener por lo menos una pretensión de sinceridad mientras se discute, de lo contrario, como lo señala Alexy, no sería ni siquiera posible el engaño, pues este último presupone una regla que exija la sinceridad;⁴⁷ (iii) el *principio de univocidad o de uso común del lenguaje*, que presupone que las expresiones que se usan en el marco de la discusión racional, no se usan o significan cosas diferentes para uno y para otro hablante, y adicionalmente, que el uso del lenguaje se hace de forma clara y con sentido;⁴⁸ Alexy lo enuncia diciendo que, distintos participantes no pueden utilizar una misma locución con significados distintos;⁴⁹ (iv) el *principio de universalidad*, según el cual, si uno de los participantes atribuye un predicado X a un objeto Z, y existe otro objeto que tiene las mismas cualidades o atributos de Z, debe estar presto a aplicar el predicado X a ese nuevo objeto.⁵⁰ Según Alexy este principio presupone la exigencia de estar dispuesto a actuar siempre coherentemente, y cuando se aplica a situación que involucren valoraciones, indica que el participante en el dialogo racional, solo puede afirmar aquellos juicios valorativos o de deber, que esté dispuesto a invocar en todas aquellas

⁴⁶ Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 185.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 185 y 186.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 187.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 185.

⁵⁰ *Idem*.

situaciones, en las que los aspectos relevantes de la misma, las convierta iguales o equiparables.⁵¹

2. Las reglas de la razón

Estas reglas definen las condiciones de racionalidad del discurso.⁵² Podría decirse que en realidad las reglas de la razón es una regla subdividida en tres, una regla que podría denominarse la *regla general de fundamentación*.⁵³ Esta regla puede enunciarse diciendo que quien participa de un discurso debe estar dispuesto a dar razones cuando se le pide que fundamente lo que afirma amenos que pueda dar razones que justifiquen su negativa o su rechazo a una fundamentación.

La anterior regla se apoya en que los discursos prácticos, como los que surgen en el mundo normativo, tienen un carácter persuasivo; en ellos se trata de justificar una aserción apoyados en razones, pues quien afirma algo no busca informar a su o sus interlocutores en lo que el cree sino que quiere persuadirlo de que lo que el cree es correcto (o verdadero en el caso del discurso teórico-científico) y que por lo mismo es fundamentable. Alexy señala, que la pretensión de fundamentabilidad no establece que el hablante deba dar una razón justificativa en todo momento y frente a cualquiera.⁵⁴

Habíamos señalado anteriormente que la regla de fundamentación se subdivide en tres subreglas que podríamos denominar: (i) *principio de igualdad de las partes* quien pueda hablar puede tomar parte en la discusión, esta exigencia presupone que quien intenta fundamentar una aserción en el marco de un diálogo racional esta dispuesto a aceptar a su interlocutor y a cualquier otro como parte en la fundamentación; (ii) *principio de universalidad*, esta segunda subregla, debe distinguirse del principio de universalidad que habíamos señalado anteriormente, y que tiene que ver, con la posibilidad de generalizar el argumento a un objeto que cumpla con los atributos de otro o que sea igual o equiparables; esta en cambio, pretende garantizar la libertad de discusión y tiene que ver con la posibilidad de un discurso abierto a todos. Según Alexy esta subregla requiere, para su operatividad, que se cumplan tres exigencia a saber: (a) cualquier participante puede problematizar cualquier aserción, (b) cualquier participante puede introducir cualquier aserción en el discurso y (c) cualquier participante puede expresar sus

⁵¹ *Ibidem*, p. 186 y 187.

⁵² *Ibidem*, 190.

⁵³ Aienza, *Las razones del derecho*, *op. cit.*, p. 158.

⁵⁴ Alexy, Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 188.

deseos, opiniones y necesidades; la tercera subregla es la de (iii) *no coerción* y puede enunciarse diciendo que a ningún hablante puede impedírsele ejercer los anteriores derechos mediante la coerción interna o externa al discurso. Esta última subregla es la condición de posibilidad de las anteriores reglas.

3. *Las reglas sobre la carga de la argumentación.*

Estas reglas tienen como propósito facilitar la argumentación y tienen un carácter fundamentalmente técnico. Para Alexy estas reglas se justifican casi de forma intuitiva.⁵⁵ Las anteriores reglas se refieren al problema de la fundamentación de las aserciones, las reglas de la carga de la argumentación operan cuando en el marco del diálogo racional surgen dudas o cuestionamientos en relación con una aserción.

Habíamos dicho anteriormente que una de las reglas del discurso es que cualquiera puede problematizar cualquier aserción. Sin embargo, ello plantea, según a Alexy, la cuestión en relación a la extensión y los límites de la carga de la argumentación o de la fundamentación⁵⁶ pues hasta donde esta obligado un hablante a seguir argumentando, mientras su interlocutor se dedica a repetir mecánicamente ¿Por qué?

La primera regla sobre la carga de la argumentación, guarda relación con el principio de generalizabilidad o universalidad que formulamos anteriormente y podría enunciarse de la manera que sigue: si un hablante pretende o quiere tratar a una persona X de manera distinta a Z esta obligado a fundamentarlo; ello porque, las reglas de la razón incorporan una presunción a favor de la igualdad.⁵⁷

La segunda regla se puede expresar diciendo que: si se ataca una regla o una norma que se tiene o se presupone verdadera o válida por la comunidad de hablante, debe fundamentarse o dar razones de porque se debe desconocer la norma y acatar otra. Alexy la enuncia afirmando que ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.⁵⁸

La tercera regla trata de fijar los límites al deber de dar razones y se formula así: un hablante, que ha invocado un argumento, solo esta obliga-

⁵⁵ Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., p. 158.

⁵⁶ Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 191.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 191-192.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 192.

do a proponer o dar más razones o argumentos en caso de que existan contra-argumentos. Si ello no fuese así al interlocutor se le acabarían pronto los argumentos.⁵⁹

Finalmente, dentro de las reglas que fijan los límites en la carga de la argumentación, encontramos una última regla que se relaciona directamente, o que es complemento de la regla de la razón, que permite que los hablantes introduzcan en cualquier momento de la discusión tantas aseveraciones o acotaciones sobre sus deseos, opiniones y necesidades. Ello puede generar, que en cualquier momento de la discusión, un participante introduzca un comentario que no guarde relación alguna con el problema relevante discutido. Según Alexy, no es necesario excluir de plano tal comentario, si solo se dan de manera esporádica y no tienen como objeto perjudicar o u obstaculizar la discusión. Como consecuencia de lo anterior Alexy propone la regla que exige a quien introduce en el discurso una aserción sobre sus deseos, opiniones o necesidades que no se considere relevante en relación con el problema discutido, debe, si se le pide, justificar o fundamentar porque introdujo tal afirmación.⁶⁰

4. *Las formas de los argumentos*

Alexy considera que existen dos formas de fundamentar un enunciado normativo singular (N), uno de ellas consiste en hacer referencia a una regla (R) válida, la otra es señalar sus consecuencias (F). En el primer caso debe presuponerse la existencia de un enunciado de hecho que describe las condiciones de aplicación de la regla (T): características de una persona, de una acción o de un objeto, la existencia de un determinado estado de cosas o que suceda un acontecimiento.⁶¹

T = supuesto de hecho (Tatsache)

R = regla

N = enunciado normativo singular

⁵⁹ *Ibidem*, p. 192.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 193.

⁶¹ *Idem*.

En el segundo caso, debe presuponerse igualmente la existencia de una regla dice que la producción de determinada consecuencia es buena u obligatoria.⁶²

F = consecuencia (Folge)

R

N

Las discusiones en torno a T o F redesarrollan en el marco de un discurso teórico no práctico, no así las discusiones en torno a R.⁶³ Ahora bien, estas dos representaciones, según Alexy, son en realidad subformas de la forma más general que determina que un enunciado normativo cualquiera se puede fundamentar apoyando en una regla y una razón (G).⁶⁴

G = razón (Ground)

R

N

5. Las reglas de fundamentación

Alexy ha sugerido ciertas *formas* de argumentos que pueden ser utilizadas en el discurso práctico,⁶⁵ estas reglas, que él denomina de fundamentación, precisan ciertas características de la argumentación práctica y regulan la manera como, a través de las diversas formas del discurso, se pueden llevar a cabo estas.⁶⁶

El primer subgrupo de estas reglas, Alexy las extrae del principio de universalidad o generalizabilidad, del cual son variantes o modalidades.⁶⁷ La primera, (i) afirma que si alguien dice estar de acuerdo con las consecuencias que una regla establece para otro, debe igualmente estar de acuerdo en aceptar dicha regla, en el caso hipotético en que él se encontra-

⁶² *Ibidem*, p. 193.

⁶³ *Ibidem*, pp. 194 y ss.

⁶⁴ Atienza, *Las razones del derecho*, *op. cit.*, p. 160.

⁶⁵ Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 193 y 194.

⁶⁶ Atienza, *Las razones del derecho*, *op. cit.*, p. 160.

⁶⁷ Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 197.

ra en la misma situación de aquella persona.⁶⁸ La segunda, (ii) afirma que las consecuencias de cada regla deben poder ser aceptadas por todos, o si se quiere, que cada uno debe poder estar de acuerdo con cada regla. Este principio presupone que se admiten y cumplen las reglas de la razón, pues si todos deliberan en igualdad de derechos, solo son susceptibles de acuerdo general, aquellas proposiciones normativas que presuponen reglas que cada uno pueda aceptar.⁶⁹ La tercera regla (iii) establece que, toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.⁷⁰

No obstante, este subgrupo de reglas, no es aún prenda de garantía de que se logrará un acuerdo racional, a menos que las reglas morales que sirven de fundamento o base al hablante, por una parte, pasen la prueba de su génesis histórico-crítica, lo que sucede si (i) aunque originariamente se pudo justificar racionadamente, posteriormente ha perdido su justificación, o (ii) si originariamente no se pudo justificar racionalmente y actualmente tampoco;⁷¹ y por otra, pasen la prueba de su formación histórico individual, lo que sucede si se ha establecido sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

Finalmente, una última regla de fundamentación puede enunciarse siguiendo a Alexy, diciendo que en toda discusión racional que involucra argumentos prácticos debe respetarse los límites de la realizabilidad, ello es, que los resultados que se obtengan como parte del acuerdo racional deban poder ser llevados a la práctica.⁷²

6. *Las reglas de transición*

Lo más normal es que en el ámbito de la argumentación práctica surjan problemas que no pueden ser resueltos por medio del discurso práctico, sea por que se trate de una cuestión puramente fáctica (hechos), o de problemas lingüísticos (comunicativos), en estos casos, se hace necesario poder pasar a otras formas de discurso distintas a la argumentación práctica, de allí que la teoría del discurso racional proponga que para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a (i) un discurso teórico, (ii) un discurso de análisis del lenguaje o (iii) un discurso de teoría del discurso.⁷³

⁶⁸ *Ibidem*, p. 198.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 198.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 199.

⁷¹ *Ibidem*, p. 199.

⁷² *Ibidem*, p. 200.

⁷³ *Ibidem*, p. 201.

7. *Limites discurso práctico general*

Alexy reconoce que uno de las debilidades de la teoría del discurso, radica en que el seguimiento de sus reglas no garantiza que pueda alcanzarse un acuerdo en cada cuestión practica que se discute o que si llegase a concretarse este sea definitivo o irrevocable. Ello se debe a que las reglas del discurso no pueden cumplirse sino de manera parcial, que estas reglas no establecen todos los pasos de la argumentación y que esta argumentación debe partir siempre de concepciones normativas mudables y circunscritas históricamente.⁷⁴

Estas limitaciones del discurso práctico general justifican la existencia del discurso jurídico debido al carácter vinculante de este último, característica esta que se halla ausente en la argumentación practica general. El derecho resulta justificado tanto en su dimensión normativamente debido a que su existencia permite que aumente la posibilidad de resolver las cuestiones prácticas como en su dimensión coactiva por cuanto sus normas pueden imponerse aun a aquellos que no están dispuestos a seguirlas.⁷⁵

VII. REGLAS, FORMAS, LIMITES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, según Alexy, porque (i) en él se discuten problemas prácticos, (ii) estas discusiones involucran una pretensión de corrección: la tesis del caso especial sostiene que la pretensión de corrección también se plantea en el discurso jurídico, y (iii) finalmente, ellas tiene lugar dentro de determinadas condiciones de restricción, pues las proposiciones normativas en cuestión deben ser fundamentadas racionalmente dentro de las limitaciones que establecen en la ley, el precedente, y la dogmática jurídica, lo que lo hace especial frente a otros modos de argumentación.⁷⁶

La anterior característica nos conecta con un rasgo esencial de la argumentación jurídica: los discursos jurídicos buscan justificar un tipo especial de enunciados normativos, las decisiones jurídicas. Alexy distingue al

⁷⁴ *Ibidem*, p. 201.

⁷⁵ Atienza, *Las razones del derecho*, *op. cit.*, p. 163.

⁷⁶ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, *op. cit.*, pp. 206-207.

respecto dos formas de justificación: la justificación interna y la justificación externa.

1. *Reglas y formas de la justificación interna y externa*

Alexy distingue uniforma simple y una forma mas general. La forma simple tiene la siguiente estructura:

- (1) $(x) (x \rightarrow ORx)$
- (2) Ta
- (3) $ORa (1), (2)$

En donde $\langle x \rangle$ (cuantificador universal) que simboliza una variable del individuo, $\langle a \rangle$ una constante del individuo, T un predicado que represente supuesto de hecho, O un operador deóntico y R un predicado en que expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma.⁷⁷ Esta estructura se muestra insuficiente en los casos mas complejos en los que no es posible llevar a cabo una deducción, en tales casos hay que apelar a una formas más general de justificación interna.⁷⁸

La justificación externa tiene que ver con la forma como justificamos las premisas usadas en la justificación interna. Estas premisas pueden ser de tres clases: *reglas de derecho positivo*, cuya justificación esta orientada a mostrar la validez de estas de acuerdo con los criterios del ordenamiento jurídico, *enunciados empíricos*, que se fundamentan apoyados en los métodos de las ciencias empíricas, las máximas de presunción racional y las reglas procesales de la carga de la prueba, y premisas que no son ni reglas de derecho positivo ni enunciados normativos y cuya fundamentación requiere de la argumentación jurídica, ello es a las formas y reglas de la justificación externa.⁷⁹

Alexy distingue seis grupos de reglas y formas de justificación externa (i) de interpretación (ley), (ii) de argumentación dogmática, (iii) del uso de los precedentes, (iv) de la argumentación practica general (razón), que ya fue desarrollada (v) de la argumentación empírica, que no es examinada por Alexy, y (vi) las formas especiales de argumentos jurídicos especiales: el argumento *e contrario*, la analogía y la reducción al absurdo.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 214-216.

⁷⁸ Consultar Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, *op. cit.*, pp. 216 y ss.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 222-223.

2. Los cánones de la interpretación

Para explicar de los cánones de la interpretación Alexy se apoya en el modelo sencillo de justificación interno

- (1) $(T_x \rightarrow O R_x) (R)$
- (2) $(M_x \rightarrow T_x) (W)$
- (3) M_a
- (4) $O R_a (1)-(2)$

A partir de la norma R y de la regla de uso W se sigue la norma concreta R' , que es una interpretación de R a través de W ($I R/W$).

- (2') $(M_x \rightarrow O R_x)$

Los cánones de interpretación pueden agruparse en seis grupos: semántica, genética, histórica, comparativa, sistemática y teleológica, y su función más importante, que no la única, es la de fundamentar el paso de R a R' .⁸⁰

El *argumento semántico* se usa para justificar, criticar o mostrar, como posible, una interpretación R' de R , con referencia al uso del lenguaje. W en esta forma de argumentación, se entiende como una especificación del lenguaje natural o de un lenguaje técnico (jurídico). Apoyados en éste, Alexy distingue tres subformas de argumentos. Según el primero, R' *debe* aceptarse como interpretación de R sobre la base de $W(i)$, según el segundo, R' *no puede aceptarse* como interpretación de R sobre la base de $W(k)$ y apoyados en el tercero, es *posible* aceptar R' como interpretación de R , y es *posible* no aceptar R' como interpretación de R , pues no aplica ni $W(i)$ ni $W(k)$.⁸¹

Según el *argumento genético* se justifica una interpretación R' de R , por que se ella se corresponde con la voluntad del legislador. Dos subformas pueden distinguirse en este argumento: en la primera se afirma que la interpretación de la regla (R) sobre la base de W ($I R/W = R'$) era el objeto directo de la voluntad del legislador, por lo que es necesario R'

- (1) R' ($=I R/W$) es querido por el legislador
- (2) R'

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 225-226.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 226-227.

De acuerdo con la segunda subforma, con la regla (R) el legislador pretende alcanzar Z, de suerte que si no se da $R' = IR/W$ entonces no se da Z, por lo que es necesario R'^{82}

- (1) Con R el legislador pretende alcanzar Z
- (2) $\neg R' (=IR/W) \rightarrow \neg Z$
- (3) R'

El *argumento histórico* se usa para invocar hechos que guardan relación con el problema jurídico que se discute, y con fundamento en el cual se proponen razones a favor o en contra de determinada interpretación. Ejemplo de el sería el caso en que se invoca una solución propuesta en el pasado, revelando las consecuencias (F) indeseables de la misma en el pasado y en el presente. En los *argumentos comparativos*, por el contrario, no se apela a una situación anterior sino a un hecho acaecido en una sociedad diferente.⁸³

El *argumento sistemático* hace referencia tanto al argumento que quiere interpretar una norma en el texto legal, como a aquella otra que se interesa por la relación lógica o teleológica de una norma con otras normas, fines o principios. En el caso en que lo esencial son las relaciones teleológicas el argumento podría denominarse *sistemático-teleológico*. Según Alexy, en sentido estricto, solo pueden considerarse argumento sistemático aquellos que toman en consideración las relaciones entre normas, siendo el más importante el que indica una contradicción normativa.⁸⁴

El *argumento teleológico* en su estructura lógica viene a corresponderse con el la segunda subforma del argumento genético, pero a diferencia de aquel Z, el fin, no se identifica con la voluntad o en le querer del legislador (subjetivo), sino en algo objetivo y racional, ello es, en una norma o un grupo de normas.⁸⁵

- (1) OZ
- (2) $\neg R' (=IR/w) \rightarrow \neg Z$
- (3) R'

Clarificar el papel de los cánones de la interpretación requiere distinguir seis puntos: el primero de ellos tiene que ver con el *campo de aplicabilidad*. Según Alexy, con excepción del argumento semántico, todas las formas de argumentos pueden utilizarse en una variedad de nuevos contextos

⁸² *Ibidem*, pp. 227 -228.

⁸³ *Ibidem*, p. 230.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 231.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 232.

tales y como, el conflicto entre normas, la restricción del campo de aplicación de las normas y la fundamentación de normas que no pueden deducirse de la ley.⁸⁶

El segundo esta referido al *estatus lógico* de los mismos o si se quiere, a la cuestión de si los cánones pueden ser considerados o no reglas. Para Alexy estos, al no indicar que deba realizarse o que debe alcanzarse, no pueden ser considerados como reglas, sin embargo, tampoco puede considerarse que ellas no sean más que simples puntos de vistas o líneas de investigación, de allí que mejor deban denominarse *formas de argumentos*, que fue como los denominó Perelman.⁸⁷

El tercer punto se refiere a lo que Alexy denomina *requisito de saturación*, según este, un argumento solo se entiende completo si contiene todas las premisas empíricas o normativas pertenecientes a esa forma. La exigencia de saturación persigue garantizar la racionalidad del uso de los cánones y Alexy la enuncia diciendo que *debe resultar saturada toda forma de argumento que haya que contar entre los cánones de la interpretación*.⁸⁸

El cuarto hace alusión a las *funciones que cumple las distintas formas* y el quinto al *problema de su jerarquía*. Alexy constata que el uso de distintas formas de argumentos puede conducir a soluciones diversas. Ello porque una forma puede ser saturada de diversas maneras y pueden, además, emplearse distintas formas para justificar o fundamentar conclusiones diversas. La cuestión central es que hasta la fecha no ha sido posible elaborar un catalogo que permita priorizar una forma de argumento frente a otro y que goce de una aceptación general.⁸⁹

La teoría del discurso tampoco puede ofrecer una solución a la problemática, no obstante, puede establecer ciertas reglas que permitan señalar la manera en que pueden ser usados oportunamente las distintas formas de argumentos. Estas reglas pueden enunciarse diciendo que (1º) los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley (semántico) o en la voluntad del legislador histórico (genético) tienen prioridad sobre las otras formas de argumento, a menos que puedan darse razones que justifiquen el uso de otro argumento, (2º) que el peso de los distintos argumentos debe realizarse según las reglas de ponderación y (3º) que hay que tener en

⁸⁶ *Ibidem*, p. 235.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 235.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 236.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 237.

cuenta todos los argumentos sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones.⁹⁰

3. *Las reglas de la argumentación dogmática*

Para Alexy, la dogmática jurídica esta constituida por una serie de enunciados que surgen en el marco de las discusiones de una ciencia jurídica institucionalizada sobre las normas establecidas y a la aplicación del derecho. A pesar que entre enunciados y normas debe existir una relación de coherencia mutua, los primeros no tienen un carácter descriptivo si no normativo.⁹¹

La dogmática jurídica cumple, según Alexy, las funciones (i) de *estabilización*, debido a que los enunciados dogmáticos permiten establecer y reproducir en el tiempo formas de soluciones a cuestiones prácticas; (ii) de *progreso*, en la medida en que permite ampliar las discusiones en lo temporal, objetual y personal; (iii) de *descarga*, pues los enunciados ya aceptados pueden invocarse sin necesidad de tener que discutirlos nuevamente; (iv) *técnica*, en razón a que la presentación unificada y sistemática de las normas de derecho desarrolla no sólo una función de información, además promueve la enseñanza y transmisión del derecho; (v) de *control*, ya que al permiten decir los casos, no de manera aislada sino en relación con otros casos ya decididos o por decidir, los argumentos dogmáticos incrementa el grado de eficacia del principio de universalidad y la justicia; (vi) *heurística*, porque los argumentos dogmáticos contienen modelos de solución y sugieren nuevas preguntas y respuestas.⁹²

Finalmente, una visión mera mente instrumentalista de la dogmática jurídica posibilita un uso incorrecto de la misma, como cuando se usa para encubrir los verdaderos motivos, de allí que Alexy propugne por una argumentación dogmática cuyos enunciados se fundamente en últimas en el discurso práctico general.⁹³ Esta consideración guarda relación con una de las reglas que enuncia Alexy sobre la fundamentación y comprobación de los enunciados dogmáticos, según la cual, cuando un enunciado es puesto en duda, debe fundamentarse, al menos, apoyándose en un argumento practico de tipo general.⁹⁴

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 238-240.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 240-246.

⁹² *Ibidem*, pp. 255 -260.

⁹³ *Ibidem*, pp. 260-261.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 254. Las otras dos reglas que Alexy enuncia sobre el uso de la dogmática jurídica son: "(j.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sis-

4. Reglas sobre el uso del precedente

La argumentación por el precedente guarda relación con la anterior forma de argumentación dogmática. El uso de los precedentes esta justificado desde la teoría del discurso por que puede considerarse una extensión del principio de universalización y de la regla de justicia formal que exige tratar de igual manera a lo igual. No obstante, la obligación de seguirle precedente no es imperiosa, pero en caso de que ello suceda, la carga de la prueba se traslada a quien quiera apartarse éste. En ese sentido el precedente nos remite al principio de inercia de Perelman, que estipula que una decisión solo puede ser cambiada si pueden aducirse razones suficientes para ello.⁹⁵

Las reglas generales del uso del precedente según Alexy pueden enunciarse diciendo que: (i) cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse y (ii) quien quiera apartarse de un precedente, debe asumir la carga de la prueba.⁹⁶

VIII. RACIONALIDAD, LENGUAJE Y ARGUMENTACIÓN

Conjuntamente con Alexy, coexisten una serie de autores que han dedicado gran parte de su obra y de su quehacer investigativo a rumiar y discutir el problema de la racionalidad, la interpretación y la argumentación judicial. Entre tales autores es importante reconocer a Neil MacCormick, Alexander Peczenik y, por supuesto, Aulis Aarnio, de cuyo pensamiento nos ocupamos a continuación.

Cinco serán los temas que desarrollaremos en relación con el pensamiento de Aarnio. Primero, la relación que propone entre lenguaje y derecho, cuya tesis central es que las reglas jurídicas son formulaciones lingüísticas, y que, por consiguiente, entender una regla exige entender el significado de ciertas expresiones lingüísticas. Segundo, el problema de la interpretación jurídica, que se caracteriza (a) porque ella siempre apela a fundamentos con autoridad, (b) porque que no hay una única interpretación razonable sino múltiples interpretaciones sistemáticamente posible, y finalmente, (c) porque su ejercicio comporta efectos sociales decisivos al

temática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio” (p. 254). y “(J.12) si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados” (p. 261).

⁹⁵ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 262-263.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 265.

articular el discurso al poder, de suerte que se hace necesario garantizar la predecibilidad y certeza jurídica. Tercero, el problema de la pretensión de racionalidad en la interpretación que para él viene dada por el modelo del discurso racional según Habermas.⁹⁷

1. *Derecho y lenguaje*

Para comenzar debemos señalar que Aarnio considera que el Derecho puede equipararse a un juego, debido a la naturaleza reglada de ambos.⁹⁸ Si un observador externo⁹⁹ quisiera saber en qué consiste un juego, por ejemplo, el de ajedrez, tendría que familiarizarse con sus reglas, en el sentido señalado por Wittgenstein, pues únicamente la familiaridad con éstas le permitiría saber qué significa o qué sentido tiene cada regla dentro del juego, y evitaría que los gestos y acciones de los jugadores les resulten extraños e incomprensibles. Por consiguiente, si se quiere entender en qué consiste un juego es fundamental que se aprendan las normas que lo regulan, pues solo estas brindan esquemas confiables y ciertos de interpretación.¹⁰⁰ Ahora bien, como ya lo habíamos advertido, para entender o comprender una regla correctamente, exige conocer el significado y el alcance de las expresiones lingüísticas por medio de las cuales ellas se revelan, pues las reglas son, antes que nada, enunciados lingüísticos; de suerte que si no se comprende la regla, el juego aparecerá ante los ojos del observador como una práctica sin sentido.

Al considerar al Derecho como una actividad reglada que se expresa en enunciados lingüísticos, la cuestión es saber qué significa entender una regla, o, más concretamente, cómo hacemos para entender o interpretar el lenguaje jurídico. Para dar cuenta de este interrogante, Aarnio parte de una premisa adicional: que la base para entender el lenguaje jurídico es la misma que se ha de tener en cuenta para entender el lenguaje ordinario o

⁹⁷ Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991.

⁹⁸ Estas reglas pueden tener carácter constitutivo, como las que en el juego definen la colocación y la función de las piezas en el tablero y en el Derecho crean, establecen o derogan instituciones; o pueden tener carácter regulativo, como aquellas que permiten saber qué movimientos dentro del juego son legítimos o tolerados, o que acciones son permitidas, prohibido a u ordenadas en el Derecho. Ver, Aarnio, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Distribuciones Fontamara, México, 1995, p. 11-19.

⁹⁹ La idea de observador externo expresa una oposición en relación al participante (jugador). El punto de vista del primero es externo; en cambio el punto de vista del segundo es interno.

¹⁰⁰ Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, *op. cit.*, pp. 12-13.

natural,¹⁰¹ puesto que lingüísticamente no es posible establecer una diferencia clara entre el discurso jurídico, y otros discursos como el literario.¹⁰²

Para comenzar, Aarnio señala que el discurso jurídico y el literario tienen en común el uso de un lenguaje cargado de indeterminaciones: sea por la presencia de *ambigüedades*, como en el caso del lenguaje literario, o por la existencia de *lagunas*, contradicciones u oscuridad como consecuencia de la naturaleza misma del discurso del que hacen uso.¹⁰³ En ambas, el texto permanece en silencio y el lector (intérprete) requiere de un material complementario para solucionar la indeterminación. En el caso de la obra literaria es común que el autor proponga ciertas pistas que permiten al lector solucionar las indeterminaciones y los puntos ambiguos.

Esto no quiere decir que la obra literaria tenga una sola forma de concreción o que el lector deba encontrar en ella un solo significado; todo lo contrario, el texto literario se asemeja más bien, a un bosquejo o esbozo abierto a varias concreciones o sentidos que son puestos por el lector (intérprete). Ello hace que no pueda presuponer un solo significado de la obra y que su reconstrucción se asemeje al proceso de reordenación de un *rompecabezas móvil*.¹⁰⁴ Este hecho no deja de ser problemático, pues si de una obra pueden advertirse varias reconstrucciones o sentidos debemos preguntarnos si podemos seguir hablando de la reconstrucción de la misma obra o, lo que es más inquietante aún, si podemos distinguir entre las reconstrucciones incorrectas y las correctas. En el ámbito literario es la audiencia académica la que establece el criterio estético de corrección.¹⁰⁵

Otra similitud, quizás la más relevante para Aarnio, consiste en que ambas interpretaciones están centradas o son dependientes del lector y, por ello, normalmente presuponen cierto tipo de lector ideal. En la literatura hallamos al lector que tiene la capacidad de entender los puntos clave de la obra (súper lector) o aquel lector que tiene una competencia máxima (lec-

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 13.

¹⁰² Las implicaciones de esta tesis conducen a Aarnio a emparentar a la teoría del Derecho con las ciencias humanas (no con las ciencias sociales empíricas), con la que halla cierto aire de familiaridad debido a la base común que ambas comparten en relación a las tareas de comprensión e interpretación, y a definir, la investigación jurídica, como una investigación de significado de términos o expresiones lingüísticas.

¹⁰³ Cfr. Aarnio, Aulius, "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica", *Doxa*, vol. 3, 1987, p. 109.

¹⁰⁴ Cfr. Aarnio, "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica", *op. cit.*, p. 110.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p.111.

tor informado),¹⁰⁶ en la interpretación jurídica, el Hércules constituye un tipo ideal de lector jurídico.

2. Interpretación y derecho

La interpretación del discurso jurídico (texto jurídico), sin embargo, plantea diferencias significativas con la del discurso literario. Una de ellas tiene que ver con que si bien la labor reconstructiva que se hace del texto jurídico, puede asimilarse a la reordenación de un rompecabezas; en el Derecho, la forma del *rompecabezas jurídico* no se conoce hasta que no se completa.¹⁰⁷ El lector (intérprete) trata de resolver las ambigüedades y lagunas del texto jurídico tratando de colocar las piezas que faltan, pero a diferencia del lector literario, nunca tiene claro cuál es la forma final del rompecabezas (véase INTERPRETACIÓN DEL DERECHO).

Otra importante diferencia, entre estas dos formas de reconstrucción, tiene que ver con el papel que, en la reconstrucción del discurso jurídico, juega la *fuerza de autoridad*. En la interpretación literaria la ausencia del fundamento de autoridad es la nota característica; si bien en éste, el lector reconstruye el discurso teniendo en cuenta las sugerencias o pistas dadas por el autor, en principio no existen interpretaciones permitidas o prohibidas. Si hay algo que para Aarnio distingue la interpretación jurídica de las otras formas, es la existencia de *fundamentos de autoridad para la interpretación* (fuentes de Derecho o normas), así como la existencia de *principios que guían su uso*; de suerte que una interpretación sólo adquiere el estatus de jurídica si, y sólo si ella está respaldada en un material con autoridad, y el proceso reconstructivo a respetado los principios que la rigen su uso.¹⁰⁸

Tenemos entonces que la interpretación jurídica¹⁰⁹ se diferencia de la cumplida en otros ámbitos, porque ella utiliza por lo menos una fuente de Derecho (autoridad).¹¹⁰ Las fuentes de autoridad constituyen el núcleo central del Derecho y el objeto de la interpretación, pues ellas proveen al

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 113.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 112.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ Para Aarnio, la interpretación del Derecho no trata de revelar un sentido oculto que se encuentra presente en el texto y que se supone preexiste al acto interpretativo; todo lo contrario, la labor interpretativa tiene siempre un carácter generativo y creativo, de manera que interpretar el Derecho es dar sentido o atribuirlo y no encontrarlo. (Cfr. Aarnio, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 16).

¹¹⁰ Aarnio señala como fuentes de autoridad el texto legislativo, los precedentes de la corte, las razones prácticas, argumentos históricos y al Derecho extranjero. Inclusive algunas conclusiones obtenidas dentro del campo de la moral.

intérprete de un conjunto de razones y fijan por anticipado interpretaciones prohibidas y permitidas, de suerte que si la interpretación no se fundamenta en una fuente de Derecho entonces, concluye Aarnio, no es una interpretación jurídica.¹¹¹ Ahora bien, estas fuentes de Derecho se concretan en un texto con autoridad (texto jurídico) y se expresa lingüísticamente. Aarnio denomina, a la expresión lingüística en que se revela el texto, *formulación de una norma*, y *norma*, al contenido o significado de la expresión;¹¹² por consiguiente, la norma surge del proceso de reconstrucción que realiza el intérprete del enunciado normativo (texto jurídico). La cuestión entonces es saber si es posible identificar en un texto jurídico una única norma para cada caso específico o, por el contrario, pueden obtenerse varias normas.

Habíamos dicho que Aarnio parte de la idea de que el lenguaje jurídico (texto jurídico) constituye un caso especial del lenguaje común;¹¹³ de allí que todos los problemas o dificultades que surgen al momento de interpretar un texto (ambigüedades u otro tipo de oscuridades), también están presentes al momento de la interpretación jurídica; con una dificultad adicional: que en el lenguaje jurídico también aparece otro tipo de indeterminaciones propias de él, tales y como la confusión o inexactitud de algunas expresiones o la existencia de lagunas y contradicciones.¹¹⁴ Esta falta de univocidad del lenguaje jurídico impide que las proposiciones interpretativas puedan ser concluidas o derivadas de manera deductiva a partir de las fuentes legales; de allí que no haya lugar para el criterio de verdad en la interpretación. No existe una interpretación verdadera y otra falsa; el criterio usado por Aarnio es el de corrección, y ésta depende de si ésta se muestra coherente con el todo que la dota de significado.¹¹⁵

Además, esta particularidad del lenguaje jurídico impide, al intérprete, extraer de una formulación normativa una única interpretación posible; por el contrario, lo ordinario es que de un texto jurídico puedan extraerse varias interpretaciones, todas ellas razonables o plausibles. Aarnio llama a

¹¹¹ Aarnio, *Lo racional como razonable*, op. cit., p. 16

¹¹² Aarnio, Aulius, “Las reglas en serio”, Pablo Navarro y otros (comp.) *La normatividad del derecho*. Editorial Gedisa, Barcelona, 1997, p. 19.

¹¹³ Aarnio, Aulis. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, vol. 8, 1990, p. 23.

¹¹⁴ Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, op. cit., p. 14.

¹¹⁵ Rivas, Pedro, “La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La teoría de la argumentación jurídica de Aulis Aarnio”, en, Serma Pedro (dir.) *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Editorial Comares, Granada, 2003, p. 15.

este grupo de opciones de reconstrucción *alternativas semánticamente posibles*¹¹⁶ o *interpretaciones sistemáticamente posibles*.¹¹⁷ Estas alternativas de interpretación deben en principio concordar con el uso ordinario o técnico del lenguaje, pero para un juez o para un jurista, ello no es suficiente pues su interpretación sólo debe escoger una entre las diversas alternativas, todas ellas razonables, sino que adicionalmente se encuentra con el inconveniente de que su elección (decisión) debe ser jurídica.¹¹⁸

En los llamados casos fáciles la elección se cumple haciendo uso de criterios lingüísticos (semánticos) y jurídicos. El intérprete selecciona las interpretaciones jurídicamente posibles, y dentro de ellas, aquella que a su juicio considera correcta. Sin embargo, en los denominados casos difíciles no basta con el uso de estos criterios; por el contrario, normalmente el espectro de alternativas sigue siendo amplio luego de esta reducción inicial, y el intérprete se encuentra en la situación de escoger la solución correcta entre alternativas semánticas razonables, sin un patrón o medida preestablecida que le indique la forma final del rompecabezas jurídico.

Debe agregarse algo más: la incertidumbre en los casos difíciles puede darse en relación con los hechos (cuestión fáctica) o en relación con la norma aplicable (cuestión normativa). Sólo en este último caso estamos delante de un problema de interpretación jurídica. Ahora bien, la incertidumbre en la interpretación del Derecho (normativa) puede ocurrir porque no se tiene claro el sentido de determinado texto jurídico o porque de los varios sentidos (alternativas semánticas posibles) no se sabe cuál elegir. En este último caso, la solución que debe escogerse es aquella susceptible de obtener la aceptación de un auditorio jurídico cuyos miembros compartan y pongan en práctica los principios del discurso racional. El juez, a diferencia del teórico o el abogado litigante, tiene el poder y la obligación constitucional de dar una respuesta correcta y satisfactoria al caso que goce de la aceptabilidad general del auditorio jurídico.¹¹⁹

3. *Predecibilidad y racionalidad de las decisiones jurídicas*

La interpretación jurídica en ese sentido presupone un proceso de interacción social que posibilita la comunicación entre quien dicta el texto (legis-

¹¹⁶ Aarnio, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *op. cit.*, p. 23

¹¹⁷ Aarnio, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, pp. 14 y 48.

¹¹⁸ Aarnio, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 29 y 48 y Aarnio, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *op. cit.*, p. 23.

¹¹⁹ Aarnio, *Lo racional como razonable*, *op. cit.* pp. 23-25.

lador), quien lo interpreta (juez) y la comunidad jurídica general (auditorio), y ello en un doble sentido: del legislador hacia la comunidad, pasando por el juez y de la comunidad hacia las autoridades. Adicionalmente, este proceso de comunicación tiene una particularidad: que trata sobre un discurso que es portador de la autoridad del poder social. En la interpretación jurídica se articula el discurso al poder; en gran medida la interpretación del Derecho determina el uso del poder en una sociedad concreta. Ello conduce a que el auditorio considere sumamente importante el resultado de la interpretación y el control que puedan realizarse sobre este resultado.¹²⁰ Una de las objeciones que Aarnio formula al Hércules es que éste no tiene en cuenta a la audiencia. La interpretación no sólo tiene importancia para quien emite el texto (legislador) o para el intérprete, sino también para la comunidad jurídica; de allí que el intérprete no pueda sentirse satisfecho sino cuando el resultado goza de cierta aceptabilidad general.¹²¹ El auditorio, donde se halla el ciudadano, aspira a la máxima protección jurídica.¹²²

Cuando una persona plantea un problema jurídico a la autoridad, espera de ésta fundamentalmente protección jurídica. Protección jurídica significa aquí ausencia de arbitrariedad¹²³ en la decisión final, y ello es posible sólo si: primero, se respetan los criterios de racionalidad que permiten cierto grado de certeza y predecibilidad de las decisiones jurídicas (forma) y segundo, la decisión final goza de cierta aceptabilidad sustancial (materia).¹²⁴ La aceptabilidad sustancial se refiere a que, por una parte, la solución está acorde con las leyes (presunción de legalidad) y, por otra parte, no niega la moralidad social (presunción de plausibilidad o razonabilidad). En este último sentido la aceptabilidad presupondría que la decisión está de acuerdo con la moral y el Derecho.¹²⁵

De todo esto podemos extraer como corolario lo siguiente: el auditorio jurídico aspira a una decisión jurídica que sea tanto predecible (racional) como aceptable (razonable); ello supone que el juez, para poder satisfacer las necesidades de interacción social y el ejercicio del poder social que le es propio, debe procurar que el resultado sea aceptado por la comunidad

¹²⁰ Aarnio, "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica", *op. cit.*, p. 114.

¹²¹ *Ibidem*, p. 114.

¹²² Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, *op. cit.* p. 30.

¹²³ Rivas, "La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La teoría de la argumentación jurídica de Aulis Aarnio", *op. cit.*, p. 18 y Aarnio, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 26.

¹²⁴ Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, *op. cit.* pp. 36- 46.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 37.

jurídica después de considerar el problema racionalmente.¹²⁶ Predecibilidad (forma) y aceptabilidad (contenido) se encuentran articuladas; la primera hace énfasis en la racionalidad, la segunda enfatiza la legalidad y moralidad. En consecuencia, la forma (el razonamiento) debe producir un contenido (razones) que pueda valorarse y aceptarse como moralmente correcto.¹²⁷

Además de lo anterior, es preciso anotar que la exigencia de argumentar y justificar las decisiones judiciales, históricamente se encuentra atada a la noción de Estado de Derecho.¹²⁸ La primera idea de Estado de Derecho fue la del Estado de Derecho formalista. En éste la idea de protección y de certeza viene garantizada por la separación de poderes, la adopción de principios formales de procedimiento discursivo que permite el tratamiento objetivo del caso, la separación entre el discurso jurídico del discurso moral, la identificación de la idea de Derecho y de justicia (formal) con las normas (reglas) establecidas por el Estado y el modelo del razonamiento deductivo y silogístico.¹²⁹

En el Estado Social de Derecho o de Bienestar, por el contrario, la expectativa de protección y certeza está ligada a la idea de aceptabilidad sustancial.¹³⁰ En éste, al juez no le basta con ejecutar una operación silogística, pues ya no puede motivar la sentencia como antes, apoyándose sólo en razones de autoridad (Derecho positivo); además de ello, es necesario justificar moralmente¹³¹ la elección de la premisa normativa, con fundamento en la cual se decide el caso, así como ponderar y balancear argumentos, y ello exige siempre apelar a otro modelo de razonamiento: retórico, tópico o práctico y de racionalidad, que Aarnio identifica con la racionalidad discursiva habermasiana.¹³²

¹²⁶ Aarnio, Aarnio, “Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica”, *op. cit.*, p. 116.

¹²⁷ Aarnio, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 27.

¹²⁸ Aarnio, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *op. cit.*, p. 25.

¹²⁹ Aarnio, A. *Derecho, racionalidad y comunicación social*, *op. cit.* pp 38-39 y La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *op. cit.*, p. 25.

¹³⁰ Si bien muchos de los principios del Estado formalista siguen teniendo vigencia, éstos se muestran insuficientes para garantizar la justicia y la igualdad material; de allí que si bien se mantiene el principio de la separación de los poderes, los límites en el proceso de creación del Derecho se muestran difusos, asumiendo el juez un papel más activo en procura de garantizar al ciudadano la justicia del caso.

¹³¹ Justicia, razonabilidad y equidad son conceptos inherentes a la idea de Estado de Bienestar; de allí que se conviertan en criterio de evaluación de las decisiones judiciales.

¹³² Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, *op. cit.* pp. 40-41.

4. *Justificación de las decisiones judiciales*

La exigencia de dar razones nos conecta directamente con otra noción: la de justificación de la decisión judicial. Justificar es, al decir de Aarnio, proponer argumentos que hagan legítimas y aceptables las decisiones que se toman al interior del Estado por sus diversos órganos (incluyendo a los jueces) o por el contrario, que permitan criticarlas. Una argumentación correcta es importante para las partes, quienes pueden decidir si aceptan o apela la decisión, para el mismo tribunal, y por supuesto, para los tribunales superiores y órganos de cierre, quienes pueden evaluar con más rigurosidad y seriedad los argumentos de sus inferiores. Las razones o argumentos usados en la justificación deben apoyarse en fuentes de derecho, que incluyen, tanto las fuentes o razones de autoridad (ley, precedente, etc.) como las fuentes o razones sustantivas (argumentos prácticos, históricos, doctrinales, etc.).¹³³

Aarnio, al igual que Alexy, distingue en el proceso de justificación dos aspectos: uno interno y otro externo. El aspecto interno de la justificación se interesa por la estructura lógica de la argumentación o del razonamiento jurídico. En ese sentido debe señalarse que el modelo clásico de justificación interna viene dado por el modelo silogístico aristotélico. Si bien este modelo no da cuenta de la forma como se llega a la solución, hoy es admitido que toda decisión jurídica puede, ex post facto, representarse bajo la forma de un silogismo, en el que la primera premisa constituye la base normativa, la segunda describe un hecho (enunciado descriptivo) y la decisión, que se infiere lógicamente de las dos anteriores.¹³⁴ No obstante, en los casos difíciles se hace necesario justificar la elección de la primera premisa del silogismo práctico, pues siempre cabe la pregunta de por qué se eligió $N(x)$ y no $N(z)$. En este caso se requiere realizar una justificación externa que para Aarnio tiene la forma de un diálogo que se guía por los estándares de argumentación racional.

Aarnio cita la *teoría del discurso racional* como teoría estándar del procedimiento discursivo racional. Según ésta teoría, las relaciones sociales y las discusiones en torno a problemas morales, políticos y jurídicos, están mediadas por procesos comunicativos o de diálogos racionales.¹³⁵ La noción de racionalidad en el modelo cumple un papel decisivo en relación con la

¹³³ Aarnio, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *op. cit.* p. 28.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 21.

¹³⁵ Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, *op. cit.*, p. 71.

aceptabilidad y legitimidad del resultado, entre otras cosas, porque esta noción forma parte del estilo y de la forma de vida de Occidente, de manera que quien se comporta o actúa por fuera de los cánones de la racionalidad, está violando una de las reglas básicas de la vida social. El modelo del discurso racional presupone una situación de diálogo en el cual el objetivo es convencer y no manipular a la otra parte y en la que los participantes se ponen de acuerdo en unas reglas básicas¹³⁶ que facilitan el desarrollo de la discusión dentro del marco de la racionalidad. No obstante, el modelo del discurso racional trae consigo tres problemas: el de su justificación, el de su aplicación, y el de la eficiencia del modelo. Cada uno de estos problemas podría enunciarse con un interrogante; así, el primero daría cuenta de la pregunta: ¿dónde se originan las reglas y principios de la discusión racional? El segundo se interesaría por saber: ¿cuál es la aplicabilidad del modelo en las discusiones cotidianas? Y el tercero: ¿permite o no el modelo alcanzar un consenso definitivo?¹³⁷ Aarnio, en relación con los dos primeros advierte que el modelo del discurso racional no es un modelo real sino contra fáctico en el cual no se describe a seres reales sino ideal, y por consiguiente, no presupone que en la realidad los hombres actúen siempre de manera racional; sin embargo, es evidente, como ya lo habíamos anotado, que una de las piedras angulares de la cultura occidental es la expectativa de racionalidad. En ese sentido, lo que el modelo expresa son los ideales de hoy, implícitos en la cultura, y sirven sólo de criterio para evaluar y criticar un estado de cosas existente.¹³⁸

Como consecuencia de ello, no podemos presuponer la existencia de una comunidad jurídica que se adhiera en su totalidad a los principios del discurso racional. En el proceso de interpretación jurídica la función de tal comunidad es meramente teórica, y como ya se ha señalado, su función es la de permitir justificar o criticar las diversas alternativas de interpretación. Aarnio distingue al respecto la comunidad jurídica real (comunidad jurídica I), compuesta por seres humanos concretos, que al comportarse como egoístas racionales defienden intereses y ocultan todo tipo de razones, de la comunidad jurídica ideal (comunidad jurídica II), cuyos miembros se adhieren a la racionalidad discursiva.¹³⁹ Ahora bien, el que se siga el modelo

¹³⁶ Entre otras reglas y principios pueden citarse las siguientes: uso común, preciso y vez del lenguaje, igualdad de los participantes para argumentar, dudar y criticar, posibilidad de generalización de los argumentos.

¹³⁷ Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, *op. cit.*, p. 74.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 75.

¹³⁹ Aarnio, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *op. cit.*, p. 33.

del discurso racional no presupone que al interior de la comunidad jurídica II se pueda dar un proceso de unificación de las interpretaciones; por el contrario, lo más normal es que el discurso racional produzca, frente a un problema, más de una respuesta bien fundamentada.

El modelo, en ese sentido, no garantiza una respuesta única ni el consenso definitivo; lo que garantiza son respuestas bien fundadas, plausibles y razonadas,¹⁴⁰ y ello es así, porque en el discurso jurídico las elecciones decisivas son portadoras de cargas valorativas (elección de fuentes, inferencias por analogías o a contrario). Siempre subsiste la posibilidad de que dentro del auditorio se presente división en la elección de la solución correcta, en tal caso, se hace necesario recurrir al *principio de la mayoría*.¹⁴¹ Cabe preguntarse si esta elección que goza de aceptabilidad por la mayoría, puede considerarse como la única respuesta correcta. La respuesta de Aarnio es que no. Esta elección no quiere decir que esta sea la respuesta correcta, sino simplemente la *mejor respuesta posible* por el momento.¹⁴²

Aarnio distingue, en torno a la respuesta única y correcta una versión fuerte y una versión débil.¹⁴³ La primera supondría que en cada caso existe una única respuesta posible que se encuentra implícita en el texto jurídico y que debe ser descubierta o hallado por el interprete. Esta tesis fue sostenida por el iusnaturalismo racionalista y por tendencias positivistas formalistas como la exégesis y la jurisprudencia de concepto. La versión débil admite la tesis de que existe una respuesta correcta pero considera que esta no siempre o nunca puede hallarse. La idea de respuesta correcta juega un papel aquí de idea regulativa, sin embargo, el problema es saber cuándo ha sido hallada o encontrada la respuesta correcta (dilema falibilístico o de la falibilidad). Dworkin y Alexy parecen defender en la actualidad una tesis débil, para ellos si bien es imposible que Hércules pueda hallar una respuesta correcta está bien mantener la tesis como ideal o meta a alcanzar.¹⁴⁴

Aarnio defiende una postura escéptica en relación a tesis de la única decisión correcta; según esta no existe respuesta única correcta (tesis ontológica), y por consiguiente, tampoco puede hallarse dicha respuesta (tesis

¹⁴⁰Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, *op. cit.*, p. 76.

¹⁴¹Aarnio, "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica", *op. cit.*, p. 116.

¹⁴²Aarnio, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *op. cit.*, pp. 34 -35.

¹⁴³*Ibidem*, p. 24.

¹⁴⁴*Ibidem*, p. 32.

epistemológica y metodológica).¹⁴⁵ En ese sentido la solución admitida por la mayoría del auditorio jurídico no puede considerarse como la respuesta correcta sino como la mejor que se puede obtener, por lo que siempre habrá lugar para la crítica. La crítica (método de ensayo y error) aquí es fundamental por que ella permite no sólo sugerir nuevas alternativas de interpretación sino que impulsa el desarrollo de la misma.

En conclusión, a lo que podemos aspirar entonces es a la mejor justificación posible. Ella presupondría una situación de habla en el que los participantes están libres de manipulación o coacción y que gozan de cierta igualdad y libertad para discutir y criticar argumentos, pero como ya lo habíamos adelantado, esta situación es ideal y sirve única y exclusivamente de modelo de justificación y evaluación de la decisión final. Este podría ser el sentido del súper juez Hércules, un personaje idea que siendo omnisciente y teniendo un tiempo ilimitado para tomar las decisiones más complejas funciona dentro de una situación ideal de habla y trata de tomar más mejores decisiones jurídicas posibles.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXYS, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de estudios constitucionales, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 1997.
- , *Derecho y razón práctica*, Ediciones distribuciones Fontamara, 2ª reimpresión corregida, México, 2002.
- , *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Traducción de Luis Villar Borda, primera reimpresión, 1998.
- , “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, Rodolfo Vásquez (comp.), *Derecho y Moral*, editorial Gedisa, Barcelona, 1998.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004.
- , *Introducción al derecho*, editorial Distribuciones Fontamara. S. A, Coayacan, México, segunda edición , 2000.
- AARNIO, Aulius, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, vol. 8, 1990..

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 25.

- _____, “Las reglas en serio”, Pablo Navarro *et al* (comps.)= *La normatividad del derecho*. Editorial Gedisa, Barcelona. 1997.
- _____, “Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica”, *Doxa*, vol. 4, 1987.
- _____, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991.
- _____, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Distribuciones Fontamara, México, 1995
- BERMAN, Harold, “La Formación de la tradición jurídica de occidente”, *El origen de la ciencia jurídica occidental en las universidades europeas*. F. C. E., México, 1996.
- BETEGÓN, Jerónimo y otros, *Lecciones de Teoría del Derecho*. Ediciones McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *Escritos sobre filosofía del derecho*, Ediciones Rosaristas, Santa Fe de Bogotá, D. C. primera reimpresión, 1999
- _____, “Tópica, derecho y método jurídico”, *Doxa*, vol. 4, 1987.
- GRONDIN, Jean, *Introducción a la hermenéutica filosófica*, La Hermenéutica Universal de Gadamer, Editorial. Herder, Barcelona 1999.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*. 2º Tomo, editorial Taurus, Madrid, 1995.
- HEISENBERG, Werner, *Encuentros y conversaciones con Einstein y otros ensayos*, Alianza, Madrid, 1979
- _____, *Teoría y praxis*. Tecnos, Madrid, tercera edición, 1997
- KAUFMANN, Arthur, “Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho, y Filosofía del derecho, teoría del derecho, dogmática jurídica”, Kauffman Arthur, y Hassemmer, Winfred, *Pensamiento jurídico contemporáneo*, Editorial Debate, Barcelona, 1994, pp. 47-142.
- _____, *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá. 1999.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*. UNAM, México. 1982.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho. La Transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Segunda reimpresión, Bogotá 2004.
- MARTÍNEZ ROLDAN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús, *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994.
- MONSALVE, Alfonso, *Teoría de la argumentación*, Ediciones Universidad de Antioquia, Medellín, 1992.

- MULLER, David, *Popper: Escritos Selectos*, Fondo de Cultura Económica. México. 1997.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, 9a. ed., 1999.
- PEÑA AYAZO, Jairo Iván, *Wittgenstein y la crítica a la racionalidad*. Universidad nacional de Colombia, Ecoe ediciones, 1994.
- PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Biblioteca Románica Hispánica, editorial Gredos, traducción española Julia Sevilla Muños, 1ª reimpresión, Madrid 1994.
- PERELMAN, Chaïm, *El imperio retórico. Retórica y argumentación*, editorial Norma, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.
- _____, *El razonamiento jurídico*, Traducción del francés de H. Petzold-Pernia, Centro de estudios de filosofía del derecho Luz-facultad de Derecho (CEFD) *Cuaderno de trabajo No.5*, Maracaibo, 1973.
- _____, *Lógica Jurídica y Nueva Retórica*, Gredos, Madrid, 1997.
- POPPER, KARL, *La Lógica de la investigación científica*. Fondo de Cultura Económica. México, primera reimpresión. 1996
- RECASENS SICHÉS, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. editorial Porrúa, México, 1980.
- RIVAS, Pedro, “La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La teoría de la argumentación jurídica de Aulis Aarnio”, Serna Pedro (dir.) *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Editorial Comares, Granada, 2003,
- VATTIMO, Gianni y otros, *Racionalidad y Hermenéutica*, editorial norma, Bogotá D. C. 1994.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*. Editorial Gedisa, primera edición, Barcelona, 1991
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*. Traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Editorial Crítica, Barcelona, 1988.