

INTERPRETAR Y ARGUMENTAR
Nuevas perspectivas para el derecho

© Ricardo Zuluaga Gil
INTERPRETAR Y ARGUMENTAR
Nuevas perspectivas para el derecho
ISBN: 9380-62-X
Impresión julio de 2004
Reimpresión noviembre de 2006

Esta edición y sus características gráficas
son propiedad de

Calle 50 (Colombia) N° 43-95
PBX: 511 13 80
Medellín - Colombia
E-mail: lijursanchez@epm.net.co
Web: www.lijursanchez.com.co

Hecho el depósito que exige la ley.
Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro,
por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente
por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo. (Ley 23 de 1982).

CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN LA RACIONALIDAD ARGUMENTATIVA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO <i>Ricardo Zuluaga Gil</i>	7
EL ARGUMENTO TELEOLÓGICO: LAS CONSECUENCIAS Y LOS PRINCIPIOS <i>Juan Antonio García Amado</i>	13
EL VALOR DE LA COHERENCIA Y EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL <i>Rodolfo Arango</i>	29
INTERPRETACIÓN Y NARRACIÓN JURISPRUDENCIAL <i>Beatriz Espinosa Pérez</i>	43
INTERPRETAR Y ARGUMENTAR: HACIA UNA PRAGMÁTICA DEL CONFLICTO EN EL DERECHO <i>Roque Carrión Wam</i>	63
ALCANCE HEURÍSTICO DEL MODELO «AUTORIDADES» PARA EXAMINAR LAS ARGUMENTACIONES DE LOS JURISTAS y comparación de ese modelo con los enfoques «sistémicos» («razonabilistas», etc.) en la actual Teoría del Derecho <i>Enrique Haba</i>	81

Pág.

**TOMANDO LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN SERIO
PARA UNA REVISIÓN DE LA TEORÍA, LA ENSEÑANZA Y
LA PRÁCTICA DEL DERECHO***Dr. Oscar Sarlo* 139**INTERPRETACION Y/O ARGUMENTACION JURIDICA(S):
UNA POSIBLE –Y DISPENSABLE– JUSTIFICACION***Robertb Uribe* 157

LA RACIONALIDAD ARGUMENTATIVA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Ricardo Zuluaga Gil*

I

El derecho, al contrario de la creencia común que lo asume como una disciplina estática, resulta ser una ciencia en permanente cambio, muy dinámica. Y cada vez lo es más, pues es esta la única manera de responder, de una manera eficaz, a las apremiantes demandas que le impone la sociedad contemporánea, tan compleja en sus relaciones como acelerada en sus transformaciones.

Una de las muestras más palpables de ese carácter dinámico del derecho está dada por el desmoronamiento de la vieja creencia, propia del Estado liberal, de la completud del texto legislado, de la norma creada. Esta afirmación adquiere mayor dimensión en la medida que cada vez, con mayor intensidad, al operador jurídico, y muy concretamente al juez, le corresponde, en un marco de libertad más amplio, proponer desde del enunciado normativo la solución al caso concreto y no simplemente limitarse a aplicar el precepto jurídico al supuesto fáctico. Pero frente a una realidad como ésta, parece ineludible formularse la pregunta por el tipo de racionalidad que media al momento que se decide el derecho. Esto es así, pues si el juez ya no es más la boca que se limita a pronunciar el texto de la ley, resulta necesario indagar por la coherencia motivacional en el proceso de aplicación de las normas y por la garantía de algunos de los supuestos fundamentales que hacen parte de todo Estado de derecho: principio de igualdad

* Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana - Cali

jurídica de los asociados¹, la seguridad jurídica en la aplicación del derecho y la prevalencia del principio democrático en el proceso de creación de las normas.

¿Puede un juez desde la soledad de su despacho, inmerso en sus propias valoraciones y catálogos axiológicos, garantizar la aplicación imparcial e igualitaria de la ley? ¿Puede el juez, en el marco de amplia libertad en la que hoy se mueve asegurar la unidad, armonía y coherencia del ordenamiento jurídico? ¿Pueden los recursos judiciales reemplazar el debate parlamentario altamente garantista? ¿Cómo garantizar que el debate jurídico, como ocurre en el parlamentario, sea público, persuasivo y permita el contraste de opiniones?

Estas digresiones, que parecen demasiado conceptuales y hasta abstrusas, en Colombia han adquirido una singular relevancia en el actual debate jurídico, especialmente porque a partir de la vigencia de la Constitución de 1991 y de la puesta en marcha de instituciones como la Corte Constitucional y la acción de tutela, en nuestro país ese carácter dinámico del derecho se ha hecho muy evidente y los jueces han adquirido un indiscutible papel protagónico, no sólo en la aplicación del derecho, si no en la creación del mismo. Baste para corroborar el alcance de este aserto, reconocer que en nuestro sistema jurídico, por mandato de los arts. 4º (excepción de inconstitucionalidad) y 86 (acción de tutela) de la C.P., todo juez goza de unos amplios poderes decisorios que le permiten determinar en cada caso cuál es la norma aplicable o incluso inaplicar aquellas que consideran contrarias al orden constitucional y aplicar preferentemente los mandatos de la Constitución, que como bien lo sabemos, es un código de textura muy abierta que abre un amplio espacio a los ejercicios hermenéuticos.

¿Pero cuál es la importancia de formular estas cuestiones? Muy sencillo. Se trata de asuntos cuya resolución se hace perentoria en Colombia en tanto existe clara conciencia de las protuberantes fallas en el proceso de administración de justicia y que tiene relación con la acelerada constitución del Derecho como ciencia jurídica y el proceso de modernización de las instituciones, con la precaria formación de nuestros jueces, derivada con la poca fundamentación conceptual del derecho como ciencia; así como con la inexistencia de un sistema específico de formación de aspirantes a la carrera judicial. De otro lado, el hecho de que buena parte de los

1. Obviamente nos referimos a la igualdad jurídica propia del Estado social de derecho y que resulta una superación del igualitarismo propuesto por la concepción liberal decimonónica.

procesos sigan siendo adelantados ante jueces unipersonales (jueces municipales y jueces de circuito) y no plurales (tribunales y altas cortes), no permite que se presente un adecuado contraste de razones al momento de decidir el derecho. En efecto, es el juez quien en plena deliberación y confrontación con sus valoraciones toma la decisión en un caso jurídico concreto.

Todas estas cuestiones tienen que generar algunas inquietudes, demasiadas diríamos, sobre el estado actual de nuestra realidad jurídica y que abarca tanto los procesos de formación de juristas, de ejercicio de la abogacía, como de aplicación del derecho. No resulta extraño, en consecuencia, que se haya generado entre los administradores de justicia y la academia del derecho de nuestro país, un especial interés por el estudio de la argumentación, de la hermenéutica jurídica y de manera particular, por el desarrollo del precedente judicial, como técnicas que permiten ampliar el marco de interpretación de las leyes, así como visualizar más claramente la justificación y validez de las decisiones judiciales. Es decir, se trata de técnicas que permiten una mayor coherencia, razonabilidad y racionalidad en el proceso de aplicación del derecho. En este sentido ha dicho Jesús González Bedoya que: “El desarrollo en nuestro mundo actual de sociedades democráticas, intensa y progresivamente intercomunicadas en lo informativo, lo político y lo económico, hace que, como en la Grecia clásica, se despierte en ellas con fuerza la necesidad y el interés por la retórica, por la argumentación, por la persuasión a través del lenguaje”².

Pero más allá de garantizar la aplicación racional y eficiente del derecho, se trata de cuestiones que permiten una mejor comprensión del derecho como ciencia; en el entendido de que tanto la teoría de la argumentación jurídica como los nuevos métodos de interpretación del derecho, se abren paso como alternativas, no sin obstáculos epistemológicos y metodológicos, que pretende fijar los presupuestos que validan al derecho como ciencia jurídica.

II

La institucionalización del derecho como instrumento que coacciona y organiza a las sociedades democráticas, exige comprender que toda acción jurídica debe fundamentar y articular convicciones, normas, hechos y argumentos, de modo tal

2. En el prólogo a la obra *Tratado de la argumentación, la nueva retórica* de Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, Gredos, Madrid, 1994, p. 7 y 8

que los operadores judiciales profieran fallos correctivos. En este sentido, y en el marco de un Estado Social de Derecho, fundado bajo criterios democráticos propios del liberalismo político, expresados en las libertades individuales y la igualdad ante la ley, tal como fue acordado en la Constitución de 1991, se hace pertinente comprender que los jueces no fallan pura y simplemente. Están obligados en términos jurídicos, comunicativos y éticos a explicar y a justificar sus decisiones a través de motivaciones razonadas, o lo que es lo mismo, a exponer las razones. Es decir: argumentar. Para ello, el juez cuenta con la existencia de componentes como el marco normativo o trasfondo constitucional, la capacidad de utilizar pragmáticamente los diversos modos de comunicación (técnicas argumentativas) y la disposición de proferir sus fallos bajo pretensiones de rectitud, entendida ésta como la capacidad de producir decisiones adoptados desde el consenso y el acuerdo racional argumentado entre quienes participan del discurso jurídico.

Pero en el ejercicio del derecho no sólo los jueces argumentan. También lo hacen los abogados al tratar de persuadir a los operadores de justicia, a los jurados de conciencia, al abogado de la contraparte para lograr un arreglo extrajudicial e incluso argumentan cuando aconsejan a su propio cliente. Dicha persuasión consiste en que la contraparte (auditorio), adhiera a sus pensamientos, creencias, sentimientos y acciones que configuran la tesis privilegiada de su discurso jurídico. Esta tarea requiere saber presentar los criterios que orientan sus interpretaciones; así como saber utilizar las múltiples técnicas argumentativas empleadas para acrecentar el número de interlocutores que adhieran a su propuesta.

En concreto, la argumentación razonada interviene como elemento dinámico y racionalizador del derecho desde la producción de la norma (momento legislativo) hasta su aplicación (momento judicial); es decir, como ejercicio comunicativo en el cual los interlocutores discuten para la generación de acuerdos, efectuando cambios en función de la idea de bien que poseen los ciudadanos. De ahí que la argumentación razonada aparezca como fundamental en el proceso de legitimación del conjunto de instituciones que estructuran la sociedad como sistema de cooperación, en donde se garantizan las condiciones para el desarrollo de los “planes de vida trazados” por unos ciudadanos que se conciben como “libres e iguales”.

Pero ¿Qué es argumentar? En el desarrollo de la dualidad norma-hecho jurídico, las decisiones judiciales, dirigidas a la solución de problemas prácticos, deben constituir un ejercicio permanente de argumentación. Y para ello, las decisiones

judiciales deben apoyarse en dos presupuestos: las explicaciones y las justificaciones. Las primeras intentan dar cuenta de **por qué se tomó una decisión en tal o cuál sentido. Cuál fue la causa que la motivó. Y para qué.** En suma, se busca la explicación de la conducta humana en la relación de causa y finalidad. Las segundas están dirigidas a lograr que la decisión resulte **aceptable o correcta.** Como anota Atienza, en últimas, el razonamiento jurídico es justificativo. Motivar una sentencia significa ofrecer una justificación, la cual se puede lograr a través de tres maneras: 1) apelando a la autoridad de quien falla. 2) al procedimiento establecido. 3) o al contenido de la propia decisión, la que da una mayor posibilidad de contra argumentos, en relación con las dos primeras.

Por otro lado, la perspectiva de Robert Alexy nos dice que la argumentación jurídica constituye un caso especial del *discurso práctico general*³. Desde esta perspectiva, tanto la teoría de la argumentación, como la argumentación jurídica, configuran aplicaciones particulares de una teoría general de la argumentación que se inscribe dentro de la racionalidad jurídica. En línea con esta perspectiva, Manuel Atienza concibe el Derecho como argumentación y nos invita a una reflexión exhaustiva sobre este aspecto fundamental de la investigación y de la pragmática del derecho.

Por último, no podemos perder de vista que la racionalidad jurídica, en cuanto busca el mejoramiento de los procedimientos destinados a la solución pacífica de los conflictos sociales, tiene en la teoría de la argumentación jurídica, un soporte invaluable para lograr los fines más allá del Derecho. Es decir, como sostiene Atienza, la búsqueda y el compromiso con **“una cierta paz, una cierta igualdad, una cierta libertad”**⁴.

III

Atento a las demandas y a las exigencias que el estado actual del campo jurídico plantea, el programa de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana Cali, ha aceptado el reto de ofrecer una formación integral a sus estudiantes. La competencia argumentativa e interpretativa constituye uno de los fundamentos del perfil del abogado Javeriano de Cali. Nuestro programa no sólo desarrolla estas competencias desde la transversalidad, sino que dentro de su plan de estudios, cuenta con

3. Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 34

4. Cf. ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*, Universidad Externado, Bogotá, 1997, p. 17

asignaturas específicas, como lógica jurídica, hermenéutica y la argumentación jurídica.

De la misma forma en el plano investigativo, se acaba de culminar el proyecto de investigación “Técnicas argumentativas utilizadas en las sentencias judiciales”, a cargo de los profesores Néstor Arturo Dorado y Nelson Cuchumbé Holguín. El proyecto surgió a raíz de la curiosidad que produjo en los investigadores, el conocimiento de los árboles argumentativos o de las representaciones de argumentos del profesor Manuel Atienza, sobre la opinión mayoritaria y de la disidencia en la sentencia de la Corte Constitucional que declaró inexecutable el literal j del artículo 2 y el artículo 51 de la Ley 30 de 1986, que penalizaban el porte y consumo de la dosis personal de estupefacientes. Esta curiosidad, fue una invitación para la formulación del interrogante sobre la corrección y los límites de los argumentos de la Corte Constitucional en las *sentencias relativas al libre desarrollo de la personalidad y de manera específica, las referidas al libre desarrollo de la personalidad en las instituciones educativas*. El interrogante, a su vez, llevó a que la investigación se estructurara metodológicamente, desde una perspectiva reconstructiva-interpretativa⁵.

Finalmente, hoy presentamos a la comunidad académica este libro, que recoge las memorias de las ponencias presentas en el simposio internacional III ENCUENTRO CON LA JUSTICIA “Interpretación, argumentación y precedente, una nueva forma de entender el Derecho”, que se celebró en octubre de 2003 y en el que muy destacados teóricos del derecho nacionales y extranjeros tuvieron oportunidad de interpelar a un amplio auditorio sobre los criterios que permiten la construcción de un discurso jurídico racional en correspondencia con el derecho como ciencia jurídica.

Sólo resta decir que las anteriores acciones son una prueba más de que la Pontificia Universidad Javeriana Cali, está asumiendo con entusiasmo el debate por una visión renovadora del derecho.

5. Un excelente estudio al arsenal argumentativo utilizado por la Corte Constitucional en esta sentencia se encuentra en: VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. “Falacias y argumentación judicial”, en la Revista Doctrina Jurisprudencia e Investigación No 3, Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá, 2002, p. 60 y ss.

EL ARGUMENTO TELEOLÓGICO: LAS CONSECUENCIAS Y LOS PRINCIPIOS.

Juan Antonio García Amado*

1. Herramientas y definiciones

Comenzaré por explicitar la concepción del derecho y de su interpretación a la que me adscribo. Seguidamente precisaré algunos de los términos o expresiones de los que me valdré a lo largo de estas páginas.

Me sumo a la que llamo concepción lingüística del derecho. Es aquella que ve el derecho como un conjunto de enunciados dotados de significado (más o menos determinado) y provenientes de ciertas instancias o fuentes “reconocidas” como productoras de normas por el propio ordenamiento jurídico y, en última instancia, por la sociedad de que se trate.

El significado de esos enunciados señala los límites externos o el marco de lo que en derecho puede establecerse en cada momento. Cuando estemos ante un Estado de Derecho constitucional y democrático y que mínimamente funcione como tal, añadido que esos significados ponen el límite externo o marco de lo que en derecho puede *legítimamente* establecerse en cada momento.

Que la materia prima del derecho sean enunciados no significa ni que esos enunciados tengan que ser perfectamente exentos de indeterminación semántica ni que, por tanto, no haya nada que añadir a esa materia prima a efectos de resolver los casos en sede de enjuiciamiento judicial. Y tampoco quiere decirse que dichos enunciados cubran todos los casos posibles. El conjunto de esos enunciados válidos

* Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad de León - España.

y/o aplicables (no es ése el asunto aquí y podemos evitarnos los matices) ni resuelve todos los casos ni los resuelve unívocamente y con plena determinación. Lo que la concepción que defiende sostiene es tan sólo que no es aplicación del derecho¹ la resolución de un caso contra lo dispuesto en lo que de determinado haya en un enunciado jurídico positivo válido y/o aplicable. Por tanto, vulnerar un enunciado jurídico positivo (es decir, decidir lo que según su semántica -en conjunción con la sintaxis y la pragmática, por supuesto-) en nombre de cualesquiera otros valores, principios, reglas de otros sistemas -moral, religión...-, cálculos, etc. no es aplicar derecho ni decidir en derecho².

Puesto que la inmensa mayoría de los enunciados legales no son ni totalmente determinados ni totalmente indeterminados, es posible atribuirles más de uno y menos de infinitos significados. Más cuanto más indeterminados, menos cuanto menos indeterminados. Pero al que no sea totalmente indeterminado no se le puede atribuir cualquier significado. La frontera de los significados posibles la marca la semántica. Puede ser una frontera un poco permeable, pero hay frontera. Si de hecho se correlaciona con un enunciado un significado que desdice totalmente de su semántica, no se está interpretando, se estará haciendo cualquier otra cosa, que se puede llamar como se quiera. Y si luego ese significado se aplica a la resolución de un caso, no cabe decir con propiedad que se ha aplicado aquel enunciado legal así interpretado. Se ha aplicado un enunciado inventado gratuitamente para el caso. Por tanto de todo enunciado legal caben varias *interpretaciones posibles*: tantas como no sean incompatibles con su semántica.

La teoría normativa de la interpretación jurídica intenta dar criterios (métodos, cánones) para dirigir la elección entre las interpretaciones posibles. Aquí los llamaré *argumentos interpretativos*. En cada momento y cada cultura jurídica está sustancialmente acotada la lista de los *argumentos interpretativos admisibles*, que quedan, así, diferenciados frente a otros posibles pero no admisibles. Los argumentos interpretativos admisibles lo son por su habitualidad (son tópicos, en el sentido de Viehweg) y por su sustrato valorativo, es decir por ser susceptibles de justificación con base en algún valor que se considera esencial para el sistema jurídico y jurídico-político.

La utilización de un argumento interpretativo admisible da lugar a una *interpretación justificada*. Una interpretación justificada es aquella que se apoya en un argumento

1. Y que en un Estado de Derecho no es, además, legítimo proceder así.

2. Y, además, en un Estado de Derecho es ilegítimo.

interpretativo admisible y bien utilizado en el caso. Un argumento interpretativo admisible está bien utilizado cuando se dan en su uso las siguientes condiciones: i) Los datos que se invocan son pertinentes; ii) los datos que se invocan son verdaderos, o, si son de tal tipo que su verdad no puede demostrarse, verosímiles o probables; y iii) sus datos o premisas demostrables se saturan hasta donde sea razonablemente posible.

Puede ocurrir, y así es a menudo, que las interpretaciones justificadas sean varias. En ese caso se necesitan pautas o directivas de un grado más alto para dirimir la elección entre las interpretaciones justificadas. Aquí es donde entran en juego las que llamaré *reglas interpretativas*.

Reglas interpretativas son las que sirven o bien para eliminar interpretaciones posibles (que pueden ser también interpretaciones justificadas), en cuyo caso son reglas interpretativas negativas, o para establecer preferencias entre interpretaciones posibles (que pueden ser también interpretaciones justificadas), en cuyo caso se trata de reglas interpretativas positivas. En suma, las reglas de interpretación dirimen elecciones entre interpretaciones (justificadas) posibles.

Algunos de los que suelen ser recogidos como cánones de la interpretación pertenecen a este conjunto de las que llamamos reglas de la interpretación. Por tanto, dentro de los cánones o criterios de interpretación estamos diferenciando entre argumentos interpretativos y reglas interpretativas. Ambos tienen que ser admisibles en el sentido que dijimos antes para los argumentos. La admisibilidad de las reglas deriva, igualmente, de su habitualidad (tópicos) y de su sustrato valorativo, es decir, su servicio o funcionalidad para valores o bienes que se consideran consustanciales de nuestros ordenamientos jurídicos.

Con base en lo anterior, partimos de las siguientes reglas de la interpretación, esenciales a nuestra concepción del derecho y su práctica pero que no puedo justificar aquí más extensamente:

R.1: *El intérprete debe elegir una interpretación de entre las posibles.*

R.2: *El intérprete debe elegir, de entre las posibles, la/ una interpretación que esté justificada.*

R.3: i) *El intérprete debe elegir, de entre las interpretaciones posibles, la/ una que esté justificada y que no quede excluida por una regla interpretativa negativa.*

ii) *El intérprete debe dar preferencia a la(s) interpretación(es) posible(s) que esté(n) respaldada(s) por una regla interpretativa positiva.*

En lo que sigue me referiré al juego del argumento teleológico, por un lado, y de la regla interpretativa positiva de maximización de las consecuencias positivas, por otro.

2. El argumento teleológico

El argumento teleológico tiene dos variantes, teleológico-subjetiva y teleológico objetiva.

Definición del argumento teleológico-subjetivo: está justificado dar a los enunciados legales el significado que (en mayor grado) permita alcanzar el fin (o los fines) que con ellos quiso su autor.

Definición de argumento teleológico-objetivo: está justificado dar a los enunciados legales el significado que (en mayor grado) permita alcanzar el fin (o los fines) que una persona razonable hoy querría lograr al formular tales enunciados.

Los resultados de aplicar una u otra de esas dos variantes pueden ser coincidentes o divergentes. Es fácil que coincidan cuando la norma es reciente y democráticamente creada; pueden no coincidir cuando faltan esas dos notas.

La estructura de ambas variantes del argumento es idéntica (al menos en lo que aquí nos importa), aunque sean diversos los datos con que hayan de rellenarse los apartados de esa estructura argumentativa. Esa estructura común puede describirse así³: *Si el significado S de un enunciado legal permite (en la mejor medida posible) el cumplimiento del fin de dicho enunciado, está justificado asignarle ese significado S.*

Esto es: $[Fn \wedge (Sn \rightarrow Fn)] \rightarrow JSn$

El empleo racional de este argumento requiere la justificación suficiente de las dos aserciones que componen su antecedente: que el fin de n es F (Fn) y la implicación entre el significado S y el cumplimiento de dicho fin ($Sn \rightarrow Fn$).

3. Cabría plantearlo en términos negativos, como hacen Koch y Rüssmann. Su esquema de este argumento, adaptado a nuestros términos, quedaría así (Cf. Koch/Rüssmann, p. 216).

i) La atribución a n del fin F , y no por ejemplo del fin F' , F'' ... F^n .

El tipo de justificación requerido depende de la variante del argumento que se esté utilizando. Cuando se trata del teleológico-subjetivo serían de enunciados históricos. El esquema del enunciado finalístico aquí es: “el legislador L quiso para la norma n el fin F ”. La adecuada justificación de dichos enunciados (y con ello de la primera parte del argumento) requiere que a) dichos enunciados existan; b) que sean expresamente fundados en datos coherentes y suficientes; c) que esos datos sean verdaderos o, al menos, que no se demuestre su falsedad.

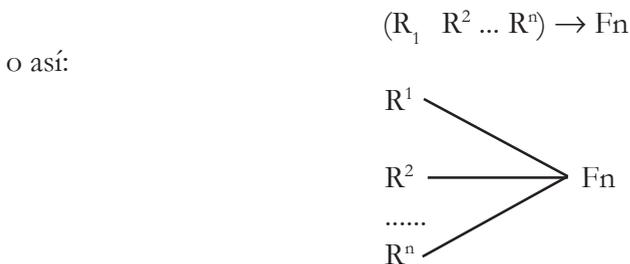
Cuando se trata de la variante teleológico-objetiva este asunto es aún más complicado, pues pueden mezclarse enunciados normativos y empíricos, dependiendo de los matices o variaciones con que, a su vez, este argumento teleológico suele aparecer. Tomemos sólo dos de sus modelos más usuales:

a) A veces se caracteriza diciendo que el fin que debe guiar la interpretación de los enunciados legales es el de que una determinada sociedad, a día de hoy, unánime o mayoritariamente les daría. Por tanto, el esquema aquí es: “Esta sociedad S quiere para la norma n el fin F ”. Aquí se trata de afirmaciones empíricas que tienen que estar sostenidas por los correspondientes datos o indicios suficientemente acreditados; el esfuerzo demostrativo de la verdad de esos datos tendrá que ser tanto mayor cuanto menor sea la evidencia de la verdad de lo afirmado. No es igual de evidente afirmar “en esta sociedad todos aspiran a tener una buena vivienda” que afirmar “en esta sociedad todos son partidarios de que el Estado subvencione las confesiones religiosas”.

b) Otras veces se caracteriza diciendo que el fin que debe guiar la interpretación de los enunciados legales es el que una (cualquier) persona razonable les daría. En la medida en que el sujeto al que se imputa esa preferencia entre fines no es un sujeto real y empírico, sino uno hipotético y construido con datos normativos, resulta crucial la fundamentación que se proponga para estos últimos. Es decir, se parte de una definición de sujeto razonable (o cualquier sinónimo) y habrá que justificar de modo suficiente y suficientemente convincente los datos de esa definición. No es lo mismo definir como sujeto razonable, a estos efectos, al que posee una psicología propia de adulto que al que respeta las reglas de un determinado sistema moral. Cuando esto último ocurriera estaríamos ante el tan frecuente uso del argumento teleológico-objetivo para la imposición dogmática y camuflada de un determinado código moral con pretensiones de “objetividad”.

Sea cual sea la variante, subjetiva u objetiva, quiere decirse que la afirmación F_n sólo estará justificada cuando en el razonamiento interpretativo que la contenga se expliciten las razones en que se apoya. Es una cuestión gradual: el argumento será tanto más fuerte (y la correspondiente interpretación resultante tanto más justificada) cuanto más y mejores (menos discutibles o dudosas) sean esas razones. Las mismas podrán ser empíricas (históricas, sociológicas, psicológicas...) o normativas (morales, políticas...). Sólo es prescindible sin daño de la racionalidad argumentativa la explicitación de aquella razón de total evidencia, indiscutible.

Podemos representarlo así:



ii) En segundo lugar, el empleo racional de este argumento requiere la demostración o fundamentación suficiente de la implicación causal que contiene, la afirmación de que la aplicación de la norma n con el sentido S tiene como efecto o consecuencia el cumplimiento del fin F_n .

El pleno desarrollo argumentativo de ese extremo en el contexto de un razonamiento interpretativo en que se sopesen diversas interpretaciones posibles (y, en su caso, justificadas), supone algo más que el mero mostrar que de la aplicación de la norma n interpretada con el significado S se sigue la realización del fin F . Porque pudiera ocurrir que de otro significado S' se pudiera mostrar también que se sigue la realización del fin F , o incluso una realización en más alta medida.

Por tanto para la justificación racional del argumento interpretativo teleológico, es decir, para su correcto uso, tiene que quedar suficientemente claro y fundado que sólo la interpretación de n con el significado S permite la realización del fin F_n ; o que ese es el significado que permite una mejor realización de F_n . En consecuencia, es argumentativa y racionalmente deficiente el uso de este argumento con la mera justificación de que $S_n \rightarrow F_n$. Esto es condición necesaria, pero no suficiente. También se ha de acreditar que ninguna otra interpretación de S_n lleva a la realización de F_n .

Pongamos que las interpretaciones posibles en litigio sean S^1n y S^2n . Ha de quedar suficientemente justificado que:

- (1) $S^1n \rightarrow Fn$
 (2) $S^2n \rightarrow \neg Fn$

Si queremos ser aún más minuciosos y precisos debemos reparar en que los contenidos totales del razonamiento serían así (uso C por “consecuencia”, en el sentido de efecto).

- (1) $S^1n \rightarrow C$
 (2) $S^2n \rightarrow C'$
 (3) $C \rightarrow Fn$
 (4) $C' \rightarrow \neg Fn$
 —————
 (5) $S^1n \rightarrow Fn$

Son necesarios, pues, razonamientos de corte empírico, generalmente prospectivos o probabilísticos. Podemos establecer la siguiente regla para estos razonamientos en cuanto parte del correcto uso del argumento interpretativo teleológico:

Tendrán que ser tanto más y/o mejores las pruebas o indicios que expresamente se aporten en favor de la implicación causal entre S_n y F_n cuanto menos evidente o indiscutible sea dicha implicación.

El reverso de esta regla, o su complemento, es la exigencia de que en la misma medida tiene que quedar suficientemente justificado que dicho efecto de realización de F_n no se sigue (o no se sigue en tal medida) de $S^1n...S^2n$.

Estamos, pues, ante necesarios razonamientos de ponderación de consecuencias: muestran qué consecuencias se siguen de cada interpretación en litigio y, segundo paso, se justifica cuál de esas consecuencias se corresponde mejor con la realización del fin del enunciado legal interpretado⁴.

4. Dejo de lado aquí el análisis de los casos en los que sean varios los fines que se han adscrito al enunciado legal, ya se trate de fines que se hayan de alcanzar alternativa o acumulativamente. No se me escapa que son los supuestos más complejos, pero considero que para ellos vale, con esa mayor complicación de análisis y argumentación, lo que en general afirmo.

3. La regla de maximización de las consecuencias positivas

Puede darse también el caso de que el fin del enunciado legal se realice aplicándolo con distintos significados, si bien tal regulación acontecería en grado diverso por cada uno. Es decir, podríamos estar ante una situación como ésta:

$$S^1n \rightarrow Fn^{+1}$$

$$S^2n \rightarrow Fn^{+2}$$

$$S^3n \rightarrow Fn^{+3}$$

Parece bastante obvio que la *ratio* del argumento teleológico nos llevaría a todos a la preferencia de S^3n , es decir, de aquella interpretación que en más alta medida realiza el fin del enunciado legal. Las interpretaciones que satisfacían la definición del argumento interpretativo teleológico (está justificado dar a los enunciados legales el significado que permita la realización de su fin) son varias, pero preferimos una. ¿Por qué la preferimos? Porque aplicamos una regla de interpretación que podemos formular así: de entre las interpretaciones posibles *se debe* elegir la que lleve a las mejores consecuencias. Llamaré a esta regla interpretativa *regla interpretativa de maximización de las consecuencias positivas* (en adelante RMC). De la RMC sostendré en lo que sigue tres cosas: i) que es la *ratio* del argumento teleológico y donde tiene una aplicación más evidente; ii) que a la RMC se puede traducir, un tanto trivialmente, pero de modo útil a efectos analíticos, la *ratio* de todo argumento interpretativo; y iii) que la RMC no sólo constituye la *ratio* peculiar de cada argumento interpretativo, sino que conforma también, en un metanivel sobre los anteriores, la más importante directiva de segundo grado o regla directora de la interpretación entre interpretaciones posibles justificadas, es decir, de preferencia de una u otra interpretación en cada caso. Recordemos que los argumentos interpretativos justifican interpretaciones y las reglas interpretativas señalan preferencias o exclusiones entre las interpretaciones justificadas. Con ello veremos que, contrariamente a lo que se suele escribir, lo que la teoría de la interpretación necesita no es una jerarquización entre los argumentos interpretativos (cánones...), sino una regla con la que sentar su orden en cada caso. Tal sería la función de la RMC.

Vayamos por partes.

i) Todo argumento interpretativo admisible recibe esta última condición de su sustrato valorativo. Un argumento interpretativo es siempre un punto de vista, un criterio, una escala desde la que se ofrece una determinada referencia, pauta u

óptica a cuyo tenor dar un significado a un enunciado legal. Un argumento interpretativo le dice al intérprete que puede atenerse a X a la hora de asignar un significado a la norma. Los distintos argumentos interpretativos se diferencian según lo que pongan en el lugar de X: lo que el legislador quiso decir, lo que el legislador quiso conseguir (fin), lo que es razonable querer conseguir o lo que la mayoría querría conseguir, etc., etc.

Pero en ninguna sociedad y en ninguna cultura jurídica se admite cualquier pauta al efecto, cualquier canon de todos los posibles e imaginables. Pensemos en un canon teológico que nos dijera que está justificado dar al enunciado legal el significado que sea acorde con la voluntad de dios. En otro tiempo pudo tener y tuvo (y en otros lugares tiene) plena vigencia y operatividad; entre nosotros, aquí y ahora, no lo contamos entre los argumentos interpretativos admisibles. ¿Por qué? Porque su sustrato valorativo, la razón por la que se considera bueno (que los preceptos humanos se atengan -o al menos no contradigan- la voluntad divina) es rechazable en nuestra cultura jurídica por incompatible con presupuestos valorativos básicos en nuestros sistemas jurídico-políticos, tales como el pluralismo, la libertad de conciencia e ideológica, la aconfesionalidad del Estado, etc.

Pensemos ahora en el argumento interpretativo teleológico. ¿Por qué es tenido por admisible? Creo que todos coincidiríamos en explicaciones muy parecidas al respecto. En su versión subjetiva se invoca el valor positivo de respeto al legislador, considerado el único o supremamente legitimado para dictar las pautas normativas de nuestra vida en común. En su versión objetiva se alude a cosas tales (según las subvariantes que antes señalamos, de entre las posibles) como el respeto al sentir de la sociedad en cada momento o a la racionalidad práctica de la institución jurídica. Así pues, la *ratio* del argumento teleológico es que resulta bueno, deseable, que el fin de la norma se cumpla, por lo que dicho cumplimiento supone de realización del respectivo valor que funciona como sustrato del argumento (obediencia al legislador, a la sociedad...). Pues bien, si tal cumplimiento del fin es bueno, se presupone, al tiempo, que tal cumplimiento del fin debe darse en la mayor medida posible. Por tanto, y como ya sabemos, de entre todas las interpretaciones posibles se debe optar, en la aplicación del argumento teleológico, por la que tenga consecuencias que en medida mayor realicen dicho fin. Ahí está funcionando la RMC interna al argumento teleológico. Y así, como luego veremos, funciona en todos, pues a todos subyace la siguiente regla: es preferible siempre y en todo caso la mayor realización de V, siendo V el valor o valores que conforman el sustrato valorativo del argumento.

Si llamamos Z a “la más alta posible realización del fin de la norma -Fn-” podemos representar así el juego aquí de RMC:

- (1) $[S^1n \rightarrow Fn^{+1}] \wedge (S^2n \rightarrow Fn^{+2}) \wedge (S^3n \rightarrow Fn^{+3}) \rightarrow OZ$
- (2) $Fn^3 = Z$
- (3) OZ

ii) La RMC opera en todo argumento interpretativo, pues todo argumento interpretativo tiene en su fondo un valor (o varios interrelacionados) y el presupuesto de que se debe optar, de entre todas las interpretaciones posibles que con ese argumento se pueden justificar, por la que suponga la realización mayor de ese valor. Pensemos en el argumento interpretativo sistemático, aunque sea sin entrar en grandes matices. El sustrato valorativo de este argumento, en todas sus variantes, alude siempre a los valores enlazados de coherencia lógica y consistencia lingüística. Pues bien, traduciendo al lenguaje de la RMC este argumento diríamos que de entre las interpretaciones que eviten incoherencias y/o inconsistencias se debe elegir aquella que maximice ese objetivo.

Un ejemplo sencillo. Pongamos que S^1n da lugar a una antinomia total-total con otra norma n' del sistema, que S^2n da lugar a una antinomia parcial-parcial con n' y que S^3n no da lugar a ninguna antinomia. En aplicación de la RMC el orden de preferencia que se debe imponer entre estas tres interpretaciones posibles es S^3 , S^2 , S^1 .

Vemos así que el llamado canon o argumento de interpretación lógico-sistemática, que dice que se debe optar por la interpretación, de las posibles, que mejor evite las antinomias con otra norma, no es en realidad un argumento sino una regla, y que, en realidad, es una subregla o aplicación parcial de la regla de RMC.

¿Cuál es la diferencia de este ejemplo de aplicación de RMC con su funcionamiento en el argumento teleológico? Que en este argumento sistemático la justificación argumentativa de las consecuencias que se derivan de cada interpretación y de cuál es la que mejor realiza el valor de fondo del argumento echará mano de argumentos lógicos y lingüísticos (semánticos, sintácticos, pragmáticos), mientras que en el argumento teleológico esas razones serán de índole principalmente empírica y, sobre todo, probabilística.

iii) La RMC funciona, además, como metaregla con la que dirimir la preferencia entre interpretaciones justificadas con distintos criterios. La doctrina repite siempre que distintos argumentos interpretativos o cánones pueden presentar como justificadas, respectivamente, distintas interpretaciones y que, además, cada uno de ellos puede dar lugar a varias interpretaciones justificadas. Esto último se evitará en muchos casos (no siempre) mediante la aplicación interna de RMC al respectivo canon, como acabamos de ver. Lo otro se puede solventar en muchos casos, no siempre, con la aplicación externa o como metaregla o regla de decisión interpretativa última de RMC. En esta función RMC podría enunciarse así:

De entre todas las interpretaciones posibles y justificadas se debe elegir aquella cuya aplicación tenga las mejores consecuencias.

Llamemos interpretaciones justificadas a $S^1 \dots S^n$ y M a la interpretación justificada que tiene las mejores consecuencias. Tenemos que: $(S^1 \wedge S^2 \wedge \dots S^n) \rightarrow OM$

Todo esto suena perfectamente trivial si no añadimos rápidamente que el *quid* del asunto y la fuente de todas las divergencias se encuentra en el patrón de medida de las consecuencias. Al fin y al cabo, lo que hasta aquí vengo diciendo es que, una vez que asumimos qué es lo bueno, todos estaremos de acuerdo en que de lo bueno aquí cuanto más mejor. ¿Pero cómo sabemos lo que es bueno? En el caso de la aplicación interna de RMC a los distintos argumentos interpretativos admisibles se trabaja sobre la base de un consenso social muy firme y a tenor del cual poca discusión existe sobre que es bueno que se obedezca al legislador, que se salvaguarde la coherencia del sistema, que se garantice que las normas son eficientes para sus objetivos, etc. El problema, como es bien sabido, se torna mucho más serio cuando todos o algunos de esos valores chocan y hay que optar por una determinada interpretación de entre las que están, respectivamente, justificadas por unos u otros de ellos. Se suele pensar, ya lo he dicho, que el problema debe resolverse, si es que se puede, mediante jerarquías estables de esos valores, lo que es tanto como decir, de los respectivos argumentos interpretativos. Así es como, por ejemplo, para unos cuenta más la eficiencia de la norma para las necesidades actuales que la obediencia a las intenciones prácticas o semánticas del legislador, y para otros al contrario.

Por tanto, mientras no salgamos de ese marasmo la RMC no nos sirve de nada, pues nos diría meramente que se debe elegir la interpretación que mejor realice el valor que hayamos elegido como superior, y así sucesivamente en la escala, hacia abajo. Si queremos que RMC tenga la función cierta de metaregla mínimamente

efectiva hemos de darle un anclaje más sólido y objetivo a la pauta de jerarquización de las consecuencias justificadas.

A partir de los años setenta en Alemania hubo una fuerte corriente doctrinal propugnadora de la colaboración de las ciencias sociales en la práctica jurídica, tanto legislativa como judicial. En la literatura iusmetodológica alemana, en ese marco, cobró cierta fuerza la llamada doctrina de la “orientación por las consecuencias” (*Folgenorientierung*) o “consideración de las consecuencias” (*Folgenberücksichtigung*). También se habla de “interpretación orientada a las consecuencias” (*folgenorientierte Auslegung*). Pero la concepción allí dominante se diferencia de mi propuesta en lo siguiente: propugna que el intérprete se guíe por la consideración de las consecuencias *sociales* de su decisión. Se trataría de analizar los efectos sociales de la decisión y de optar por la que los tenga mejores. Aquel análisis podría y debería echar mano de las herramientas proporcionadas por las ciencias sociales. Es más, las ciencias sociales constituyen incluso el mejor auxilio para establecer cuáles son los estados de cosas más deseables o justificados en la sociedad y ofrecen, por tanto, la pauta con la que jerarquizar las preferencias. Aquel optimismo de las ciencias sociales (sociología, psicología social, estadística...) se perdió en gran medida en las décadas inmediatamente siguientes, pero en ciertos ámbitos su lugar lo ocuparon las doctrinas del análisis económico del derecho. Éstas adoptan como pauta general de valoración de las normas y de las decisiones jurídicas el criterio económico de coste-beneficio y sobre tal base consideran posible graduar la preferencia de las opciones decisorias. A más caro, peor, podríamos decir, simplificando, que es su criterio.

Hay en todo eso varias diferencias con la teoría que propongo. i) En primer lugar, muchos de esos autores estarían dispuestos a defender que la escala de valores que sienta la economía o cualesquiera otras ciencias vale más que la escala de preferencia manifestada por el legislador mediante los términos y enunciados de sus leyes, de modo que, en caso de conflicto (conflicto que existe entre dos determinaciones, no entre lo claro y lo indeterminado, no se pierda esto de vista) entre ambas jerarquías, la “científica” debe prevalecer. Es decir, si el mandato del legislador (en lo que sea claro y no caiga en la “zona de penumbra”) es claro pero caro (o contrario a la opinión pública del momento del caso, o que supone un riesgo para ciertos estados psicológicos colectivos, etc.) debe ceder ante las consecuencias mejores de decisiones que le son contrarias (*contra legem*). En lo mismo andan algunos rehabilitadores de la razón práctica en el derecho, que estiman que cuando las consecuencias de toda decisión de un caso acorde con el mandato legislativo son

de grave injusticia deben evitarse tal injusticia y decidirse contra el tenor del mandato legislativo. Son doctrinas paralelas, pues ambas creen en la objetividad y cognoscibilidad de una verdad práctica distinta del derecho y por encima de él. Se diferencian en la fuente de la que abrevan: aquéllos en las ciencias sociales; éstos en las éticas cognoscitivistas. Caben también síntesis de ambas fuentes, al estilo habermasiano.

Frente a lo anterior, aquí defiendo que en un Estado de Derecho constitucional y democrático no se debe rebasar el límite de las interpretaciones posibles y que, por lo mismo, la escala de preferencias que el legislador ha trazado prevalece para el juez⁵ absolutamente sobre cualquier otra, ya la proporcione la ciencia, le ética o la religión. Pero quede claro que también para aquellos partidarios de las ciencias sociales o de la razón práctica opera una regla de maximización de las consecuencias favorables, sólo que, repito, sus contenidos y escala los fijan las ciencias o la razón práctica, no el derecho, y, por lo mismo, pueden usarse incluso *contra legem*.

ii) ¿Significa lo anterior que pretendo aplicar una RMC al margen de las ciencias o, si acaso, de cualquier rastro de racionalidad práctica? No. Para acabar de perfilar (en lo posible) mi propuesta faltan tres precisiones: a) el propio ordenamiento jurídico establece las pautas o referencias con las que poder en muchas ocasiones medir las consecuencias de las decisiones interpretativas; b) las pautas establecidas por el propio sistema pueden y deben prevalecer (en el Estado de Derecho) contra las extrasistemáticas, vengan de donde vengan; c) las ciencias sociales -y hasta las naturales- pueden y deben ser usadas para respaldar los juicios probabilísticos en que se correlacionen interpretaciones posibles, consecuencias y fines preferibles; d) allí donde el propio sistema no dé indicaciones mínimamente definidas y útiles para fundar la preferencia de unas u otras consecuencias, o donde las dé contradictorias y no haya jerarquización posible para el caso (que es lo más común),

5. Y en tanto que juez; supongo que nadie me saldrá aquí con la cantinela del positivismo ideológico, que no viene en absoluto a cuento porque i) la desobediencia puede estar éticamente justificada, por supuesto, pero aquí no estamos hablando de ética individual sino de lo que conviene a ese medio de organización colectiva que es el derecho; ii) no estoy diciendo que todo derecho sea justo por el hecho de ser derecho, sino que todo juez, y en tanto que actúe como juez, carece de legitimidad para reemplazar los valores democráticamente anclados en la ley por sus valores, por muy verdaderos que considere los suyos y muy descarriados que vea a la mayoría democrática o al legislador que la representa; sí puede un juez, y es éticamente loable también, dimitir o practicar la desobediencia civil, pero a cara descubierta, no como uso alternativo del derecho. El uso alternativo del derecho es digno de alabanza y propio de demócratas en un Estado autoritario o totalitario, pero reprochable y propio de antidemócratas en un Estado de Derecho.

o allí donde aunque esté clara la escala de las consecuencias sea imposible pronosticar con un mínimo rigor el acaecimiento de unas u otras, nos hayamos en supuestos de discrecionalidad judicial pura y simple, e inevitable. Será lícito al juez decidir según sus valores y fundamentar del modo mejor posible la aplicación de los mismos; no lo será, en cambio, que intente presentar como conocimiento objetivo lo que sólo puede ser de su cosecha.

Explicaré brevemente algunas cosas de estos puntos anteriores.

El ordenamiento jurídico positivo contiene numerosos enunciados que, en lugar de la habitual estructura de supuesto de hecho/consecuencia jurídica, o en lugar de la atribución de algún género de competencias o poderes, se limitan a proclamar la deseabilidad de ciertos fines o estados de cosas. De esas proclamaciones están bien repletas las Constituciones, aunque no sólo. Así es como se declara deseable según nuestro derecho que todos tengamos un trabajo, una vivienda digna, un medio ambiente limpio, una administración de justicia independiente, una infancia protegida, etc., etc. El viejo positivismo *à la* Kelsen consideraba estos enunciados meras proclamaciones literarias sin apenas valor jurídico. Por contra, muchos de los actuales “constitucionalistas” y antipositivistas las tienen por la columna vertebral del sistema jurídico y la razón de ser de sus mandatos, y cuanto más indeterminadas, mejor.

Lo que defiende, y no es nada original, es el valor interpretativo de dichas cláusulas, en cuanto que proclaman fines por relación a los que medir las consecuencias respectivas de las interpretaciones posibles y justificadas de cada enunciado jurídico. Así, entre dos interpretaciones justificadas cada una por un (o varios) argumentos interpretativos admisibles, la RMC impone que se elija aquella que mejor realice aquel de estos fines jurídicamente sentados que entre en juego. Un ejemplo muy simple: si de dos interpretaciones posibles de una norma resulta que una provocaría la consecuencia de que más personas accedieran a una vivienda digna y otra que menos, y si no hay ningún otro principio de igual jerarquía en liza, deberá darse preferencia a la primera, en aplicación de RMC.

Cuando, como es muy común, sean dos o más de ellos los que vengan al caso y estén en conflicto en él, no sirve gran cosa lo que estoy diciendo y hay que desarrollar reglas de optimización para las que no es éste el lugar.

Esos que llamo enunciados jurídicos teleológicos tienen utilidad como pauta de fijación de fines para la aplicación de la RMC en función de dos de sus características:

su jerarquía y su nivel de concreción. Con su jerarquía aludo al lugar que ocupe en la jerarquía de fuentes el documento que contenga el respectivo enunciado teleológico: la Constitución, una ley, etc. El fin superior prevalece sobre el inferior. La protección de la familia o del medio ambiente, proclamados como objetivos en la Constitución, deberán pesar más que la protección de la confianza en el tráfico mercantil, por ejemplo⁶.

Al hablar de su concreción me refiero al grado en que los contenidos semánticos del enunciado teleológico en cuestión estén determinados. A mayor determinación, cuanto menor su zona de penumbra, mejor utilidad como base de una aplicación objetiva de RMC. El fin de que todos puedan tener un puesto de trabajo es mucho más preciso y, por tanto, determinable en su grado de cumplimiento, que el de que todos sean poseedores de una dignidad. Un enunciado teleológico completamente abierto no establece ningún fin (sólo el que el intérprete libremente guste darle) y por tanto, no sirve como pauta por referencia a la cual medir las consecuencias de las interpretaciones en liza.

La jurisprudencia, con base en esos enunciados teleológicos, suele formular reglas interpretativas más precisas, las cuales son concreciones de aquéllos y se usan para dirimir entre interpretaciones dentro de distintas áreas temáticas del derecho. Así es como nacen, se justifican y funcionan reglas interpretativas como la de *favor laboratoris* en Derecho Laboral, *favor minoris* en Derecho de menores, etc. No son argumentos interpretativos, sino reglas de interpretación y subreglas de la metaregla de maximización de las consecuencias positivas.

6. Un ejemplo jurisprudencial. Un empresario “entra” en el ordenador de un empleado en la empresa y examina los mensajes que éste ha recibido y enviado. Lo hace sin mandato judicial. Se plantea la cuestión de si medida semejante se justifica conforme al art. 20.3 LET, que otorga al empresario las competencias de control y vigilancia sobre la actividad laboral de sus trabajadores y el uso de los medios empresariales (a favor de esta tesis, STS SS Cataluña 5 jul. 2000, País Vasco 31 oct. 2000, Galicia 4 oct. 2001, Madrid 4 dic. 2001), o si, por el contrario, supone una vulneración del art. 18.3 CE, que protege el secreto de las comunicaciones (en este sentido STS SS Andalucía 25 feb. 2002, Madrid 31 enero 2002). (Cf. Sent. del Juzgado de lo Social N° 32 de Barcelona de 16 sept. de 2002, que acoge esta última tesis) (archivo SENTALUM4). Mi tesis coincidiría con esta última postura jurisprudencial, pues entre dos fines se opta por el establecido en la norma superior. Es un ejemplo más de interpretación favorable a los D.F.

EL VALOR DE LA COHERENCIA Y EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Rodolfo Arango*

INTRODUCCIÓN

El tema que les presento en el día de hoy se refiere al valor de la coherencia en el derecho y su relación con el precedente constitucional. Se trata de un tema del que me he ocupado desde un plano teórico en el pasado. En el libro *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?*¹ presenté lo que puede llamarse la teoría de Ronald Dworkin en torno a la concepción interpretativa del Derecho. En ella juega un papel determinante la coherencia de las decisiones judiciales, característica del derecho racional moderno.

Al hablar del valor de la coherencia y el precedente constitucional tengo en cuenta la realidad política colombiana. Si bien es posible reflexionar desde un plano teórico sobre la importancia de la coherencia en el derecho en general² y de la jurisprudencia constitucional en particular,³ entre otras cosas para evaluar, por ejemplo, la corrección de las decisiones judiciales, considero más adecuado hacerlo a la luz de

* Profesor de filosofía del derecho y derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

1. Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes, Bogotá 1999.
2. Ver el importante trabajo comparativo de Neil MacCormick y Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Dartmouth Publishing, Aldershot, Engl./Brookfield, Vt., 1997.
3. En el ámbito nacional ver en especial el libro de Diego López Medina, *El Derecho de los Jueces*, Legis 2001, en el cual se aborda el análisis jurisprudencial con metodologías propias del derecho jurisprudencial. Un enfoque iusfilosófico puede encontrarse en el libro de Raimo Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, Oxford/Portland, Oregon 2000.

la realidad política del país, entre otras razones por la presencia en este seminario de tan ilustres invitados extranjeros. Es importante para facilitar su comprensión situarlos en el gran debate del derecho en Colombia de la última década, debate que se ha agudizado profundamente en los últimos meses en vista de la reforma constitucional que el actual gobierno planea presentar al Congreso y en el cual pretende hacer profundas modificaciones a la Constitución del 91 en lo referente a la administración de justicia, en especial al papel de la Corte Constitucional y del precedente en el derecho colombiano. Afirmo que hay una gran polémica, un gran enfrentamiento, básicamente porque en ese proyecto gubernamental sale a relucir una concepción del derecho que era tradicional en el país, la cual se pretende ahora nuevamente implantar. La llamaría una concepción autoritaria-formalista del Derecho. El gobierno intenta reintroducirla con la reforma⁴, desmontando lo que llamaría la visión contraria adoptada con la reforma de 1991, esto es, una concepción racional-argumentativa del derecho fundada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Bien podemos afirmar que en Colombia se presenta un escenario de lucha por el derecho, usando la expresión de Ihering, entre una visión más clásica, más formal, más conservadora del derecho, la cual da un amplio juego al decisionismo judicial, versus una visión que pretende humanizar el derecho al exigir una exhaustiva justificación de las decisiones judiciales, concepción que trasciende la mera justificación jurídica e incluye una justificación de orden político y moral.

He dividido mi presentación en cinco puntos: En los dos primeros hablaré del contexto político al que me he referido anteriormente y en el cual creo tiene sentido preguntarse por la coherencia como un valor del derecho. En los siguientes haré un recuento de que denomino “los tres grandes *rounds* de la tutela contra sentencias”, debate que sirve el propósito de resaltar el valor que tiene y debería tener en el futuro la coherencia en el derecho jurisprudencial colombiano.

1. El contexto de la discusión

Esto nos remite a un infausto día del año 1985 cuando el M-19 decide tomar el Palacio de Justicia con el fin de hacerle un juicio político al Presidente Betancur

4. De hecho las intenciones del Gobierno no se limitan al proyecto de reforma a la administración de justicia, sino que involucran otras reformas constitucionales ya aprobadas como la reforma al régimen acusatorio o el estatuto antiterrorista y el recorte a las libertades y derechos básicos.

por el fracaso de las negociaciones de paz que consideraron una pantomima. Querían que el Presidente Betancur tuviera que responder en la Casa de la Justicia por sus actos como primer mandatario. Sabemos muy bien del sangriento desenlace, de cómo el ejército ávido de hazañas y carente de toda racionalidad llevó a cabo un cruento rescate de la “democracia” (más no de los rehenes), con tan mal fortuna que murieron innecesariamente más de cien personas, entre ellas, buena parte de la inteligencia jurídica del país. Esta pérdida generó dos hechos políticos significativos. Uno de ellos fue la muerte del M-19 como movimiento revolucionario y su nacimiento como un movimiento político, que en el día de hoy incluso tiene representación en el Congreso y junto con otros sectores mejora sus perspectivas políticas a nivel regional e incluso nacional. El segundo hecho fue lo que muchos universitarios consideramos constituyó la muerte de una forma de ver el derecho. Una forma que llamo “formalista-autoritaria”, que dominó por más de cien años el entendimiento y ejercicio del derecho en Colombia y cuyo balance muestra escasos fallos sobre derechos fundamentales hasta 1990. En 1986 se inicia un proceso de profunda reflexión en torno a la institucionalidad jurídica y se gesta la Constitución del 1991 en parte propiciado por el desprecio a la vida y a la integridad personal por parte tanto de la insurgencia como del ejército y la policía.

Estos eventos para muchos de los presentes (muy jóvenes por cierto) con seguridad no tienen mayor significación. Pero básicamente lo que generó la tragedia del palacio de justicia fue, entre otras consecuencias, un movimiento de inconformidad respecto del entendimiento, interpretación y aplicación del derecho en el país. En Colombia, históricamente, las constituciones eran hechas por pequeñas camarillas de expertos y luego aprobadas mediante un tortuoso proceso de negociación política y burocrática. Por ejemplo, el Presidente Lleras Restrepo amenazó con renunciar a su cargo en caso de que no le fuera aprobada la reforma del año 68. La Constitución del 91 representó, por primera vez en la historia republicana del país, una participación directa del pueblo que eligió a 70 representantes para efectos de que durante seis meses de deliberación expidieran a nombre del pueblo una Constitución. Nació así una Constitución democrática que refleja el pensamiento de muchos sectores del país. Por supuesto, el resultado en términos académicos, teóricos y gramaticales, puede ser objeto de crítica: es una Constitución larga, farragosa, en muchos aspectos carente de sistemática, pero que refleja básicamente la voluntad del pueblo en ese momento. Algunas de las grandes decisiones que se adoptaron, por ejemplo, son las siguientes: 1. Se consagra una Carta de Derecho extensa y ambiciosa; 2. Se crea una jurisdicción constitucional y, a su cabeza, la Corte Constitucional con un nuevo diseño en cuanto a su integración,

funcionamiento y competencias, que contrasta con las características de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; 3. Se establecen mecanismos de defensa de esos derechos⁵, en particular, un mecanismo muy popular en nuestro medio: *la acción de tutela*, de forma tal que cualquier ciudadano pudiera acudir directamente ante los jueces para que, en caso de ver amenazado o vulnerado uno de sus derechos fundamentales, en diez días pudiera obtener una solución a su problema por vía de una decisión judicial que finalmente pudiera ser revisada por la Corte Constitucional.

Ese modelo político que se establece en la Constitución de 1991 supone una redistribución del poder político en cabeza de los ciudadanos. Ello es patente en materia de la forma del Estado, al haberse sustituido el “Estado de Derecho” por un “Estado social, democrático, participativo y pluralista de derecho”. En este contexto, la acción de tutela se convierte - eso no se ha explicado suficientemente en los libros de texto de los académicos - en uno de los mecanismos principales de la participación política en el país. El ciudadano mismo se encarga de iniciar un proceso racional de definición el alcance de sus derechos al acudir ante los jueces para plantear su caso, de forma tal que el juez, con base en dichas peticiones, defina la relación iusconstitucional entre el ciudadano y el Estado, o entre el ciudadano y poderes privados. Esto último puesto que la acción de tutela en Colombia, a diferencia de otros países que tienen un recurso o acción de amparo, puede interponerse contra poderes particulares cuando existe entre las partes una cierta relación de subordinación o indefensión. Este modelo realmente tiene unas implicaciones para la teoría del derecho así como para la teoría política y del Estado de gran trascendencia, que aún están por explorarse. Estamos frente a un ciudadano que se hace cargo, él mismo y no a través de sus representantes, de lo que considera debe ser el sistema político y las instituciones que nos rigen, por lo menos en cuanto respecta a algunos de los valores más preciados de la vida en comunidad, como es el alcance de sus derechos fundamentales y los límites del ejercicio del poder público.

Entonces encontramos en la primera década de la Corte Constitucional niños que acudieron ante los jueces luego de haber expulsados de los colegios por cosas tan baladíes como usar pestañina o llevar el pelo largo; o una mujer que cohabitó durante más de treinta años con un hombre que, por cosas del machismo, aparecía

5. Acciones populares, de cumplimiento, de grupo, de tutela, así como la Defensoría del Pueblo entre otras instituciones para la promoción y protección de los derechos.

como titular exclusivo del inmueble común que luego de su muerte pasaría a manos de la familia del compañero con el consiguiente desconocimiento del valor del trabajo de la mujer. Famoso fue el fallo del magistrado Ciro Angarita en el que reivindica el valor del trabajo doméstico e impide que el proceso ejecutivo siga su curso por el hecho de no haber reconocido ese valor constitucional el juez ordinario desde la perspectiva legal.

Esos son algunos casos para mostrarles el contexto de la discusión. No es suficiente en la reflexión jurídica hacerse en abstracto la pregunta filosófica por la coherencia como criterio de corrección de las decisiones judiciales. Es como quedarse en el cielo de los conceptos y no tocar la realidad de un país, en particular, de cómo el desprecio por la coherencia lesiona todos los días un principio medular de la organización política, el principio de igualdad de trato. Mas vale plantearse la pregunta de la coherencia a la luz de lo que es la lucha por el derecho en la práctica de un país.

2. Surgimiento de un derecho racional

La anterior exposición me permite pasar al segundo punto, a saber, cómo surge un derecho racional en contraste con el formal-autoritario que venía siendo característico del derecho en Colombia antes de 1991. Ese surgimiento se inicia con la gestación de la Constitución de ese año, por la integración de la Asamblea Nacional Constituyente y la heterogeneidad de posiciones en su interior, desde los extremos más marginados, como es el caso, por ejemplo, de los indígenas: Lorenzo Muelas al hablarle al país en su lengua nativa durante la Asamblea Nacional Constituyente le muestra finalmente al pueblo colombiano que su identidad no es monolítica, hispánica y católica únicamente, sino pluralista. Este hecho simbólico llevaría a unos importantes avances a nivel normativo en la gestación de la reforma, ya que los actores constituyentes se verían forzados a argumentar y no a escudarse en los acuerdos tácitos o explícitos de una sociedad tradicionalista y jerarquizada. Después vendrá una feliz circunstancia: la integración de la primera Corte Constitucional por un año. Se trataba de una Corte transitoria y en esa oportunidad hubo la posibilidad de que fueran nombrados magistrados provenientes de la academia e independientes de las camarillas políticas y burocráticas de las jerarquías judiciales, como lo fueron los magistrados Angarita, Cifuentes y Martínez. ¿Y esa feliz integración a qué llevó? A que, por primera vez en el país, llegaron a las altas cortes académicos y no personas curtidas en lo que es el trasegar para ascender en la carrera judicial. Eran éstos los que podríamos llamar perfectamente unos La

paracaidistas muy armados teóricamente, que veían el derecho de una manera alternativa. La suma de estos y otros factores llevó a una profunda renovación en la manera de concebir el derecho⁶, lo que se tradujo en los primeros roces de los “magistrados académicos” con los nombrados por las altas cortes, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. La lucha por el derecho puede representarse a partir de ese momento en tres grandes *rounds* de la jurisprudencia constitucional en los que se va a jugar el valor de la coherencia y el precedente constitucional.

3. Tutela contra sentencias

El primer *round* es tutela contra sentencias, es decir, la posibilidad de que un ciudadano ejerza esta acción de amparo de sus derechos fundamentales contra una sentencia judicial ejecutoriada. Para la burocracia judicial este cambio era un atentado leve contra el poder judicial tal y como se conocía y entendía hasta ese momento⁷. ¿Cómo era posible que un ciudadano acudiera ante un juez de cualquier categoría a cuestionar, por ejemplo, un fallo de la Corte Suprema de Justicia ya ejecutoriado? Un atentado en principio inaceptable para el derecho, dado el valor de la seguridad jurídica en el sistema formal-autoritario. Sin embargo, en el decreto de desarrollo de la acción de tutela (D. 2591 de 1991, artículo 40) se plasmó esa posibilidad, restringida a ciertas hipótesis y sujeta a caducidad. Ese artículo fue demandado con la tesis de la inconstitucionalidad de la tutela contra sentencias. En la Corte internamente - yo tuve la feliz ocasión de estar presente en todo ese debate como magistrado auxiliar - la cuestión fue aguda, muy tensa. Pero finalmente prevaleció la tesis de la Corte Suprema de Justicia y se declaró inconstitucional la posibilidad de que hubiera tutela contra sentencias. Sin embargo, en la redacción del fallo, el magistrado ponente, que había sido nominado por la Corte Suprema de Justicia, dejó una rendija en la motivación de la sentencia. Según la redacción era probable que en ciertas circunstancias, cuando el juez se salía claramente del derecho al dictar su decisión, no se estaría ya mas ante una decisión judicial. Tal argumento fue rápidamente capitalizado por el despacho de Eduardo Cifuentes que, en un fallo posterior (ST- 079 de 1993) plasmó la doctrina de las vías de

6. Ver sobre todo la jurisprudencia constitucional del año 1992, en particular la sentencia C-543 de 1992 y su salvamento de voto, en la que se declaró la inexequibilidad de la acción de tutela contra sentencias.

7. El sistema de control constitucional colombiano diseñado en 1991 es un sistema mixto: por un lado, difuso en la base, esto es, cualquier juez de la república es juez constitucional para efectos de resolver acciones de tutela; por otro, las decisiones que adoptan tienen que ser remitidas a la Corte Constitucional de forma tal que haya la posibilidad de una unificación de la jurisprudencia constitucional.

hecho. Esta consiste básicamente en que cuando es manifiesto que el juez está actuando arbitrariamente, éste se sitúa en los extramuros del derecho, con lo cual su decisión, si bien tiene la apariencia de una sentencia, no lo es, es una vía de hecho y por lo tanto puede ser tutelable. La citada sentencia se profirió, ¡oh paradójica!, a raíz de una tutela que la propia Corte Suprema de Justicia había concedido contra una decisión con valor de sentencia judicial. Gracias a la doctrina de las vías de hecho quedó abierta la posibilidad de anteponer, en casos extremos, la justicia a la seguridad jurídica. ¿Por qué digo que es el primer *round* precursor del debate en torno a la coherencia? Porque posteriormente la doctrina de las vías de hecho va a desarrollarse, se va a diversificar, se va a precisar, como sucede en la sentencia T-230 de 1994 cuando se describen los diversos tipos de defectos cuya presencia superlativa da lugar a conceder la tutela de los derechos fundamentales: defectos sustantivo, fáctico, orgánico y procedimental. Tales defectos lo que dejan en claro es que un juez o un tribunal no puede simplemente decidir a su arbitrio y bajo la mera apariencia del manto de legalidad. Tal doctrina introdujo así un primer elemento de racionalidad a la toma de decisiones judiciales, que luego va a convertirse en una amplia jurisprudencia de la Corte, incluso hasta abarcar los errores interpretativos manifiestos.

4. El mínimo vital

El segundo *round* que se da en la jurisprudencia es la doctrina del mínimo vital. Esta en un primer momento se siembra como una semilla en el año 92. Consiste en un argumento sencillo y es que la Constitución Política tiene valor normativo por su artículo cuarto, por lo cual principios fundamentales como la dignidad humana y la solidaridad social tiene efectos igualmente normativos frente a situaciones que atentan en su contra. Es importante recordar que la tradición jurídica colombiana hasta ese momento concebía la Constitución como una mera carta de navegación, con valor programático, sin eficacia directa en los casos concretos, por lo que por lo general requería de desarrollo legislativo para ser aplicada. El artículo 4 de la Constitución, que da carácter de norma de normas a la Constitución colombiana, establece claramente la posibilidad de aplicar de manera directa la constitución a la resolución de un caso. Y esa tesis del carácter normativo de la Constitución lleva entonces a la aplicación directa de las cláusulas de la parte dogmática - me refiero básicamente a los principios y derechos fundamentales -, sin que los jueces en la aplicación del derecho ordinario puedan sustraerse de tal aplicación escudándose en el principio constitucional de la autonomía judicial. En esa perspectiva surge la tesis de que, por ejemplo, es

posible reconocer la existencia de derechos fundamentales innominados. En 1992 se presentó el caso de una persona que iba a quedar ciega como consecuencia de que había trabajado 30 años en la construcción, básicamente en soldadura sin usar la protección adecuada. Aquejado de la enfermedad de los ojos, el ex trabajador acude ante un médico, quien ordena que sea intervenido quirúrgicamente para evitar la ceguera, y luego ante el Hospital Departamental de su localidad para solicitar que lo operaran pese a su carencia absoluta de recursos económicos. El hospital, en resumen, le dio una respuesta lacónica: “no somos las hermanitas de la caridad, esto es un hospital, aquí funcionamos con un presupuesto, no es posible suministrar una prestación sin la debida apropiación presupuestal, etc.”. El afectado decidió entonces interponer una acción de tutela. Su argumento central fue el hecho de vivir en un estado social de derecho en el que se garantiza el derecho a la subsistencia. El juez de tutela – tengan en cuenta que es el año 1992, a un año de la reforma - contestó lo mismo que el hospital: “Señor, aquí vivimos en un estado de leyes; un hospital público no puede disponer de los recursos libremente; lamentablemente no se le puede ayudar; existen otros medios de defensa judicial” (la acción penal contra sus familiares por inasistencia alimentaria). Ese fallo llega a la Corte Constitucional y le da pie para analizar la manera de decidir propia de los jueces con mentalidad preconstitucional. Se llega a la convicción de que esta persona, en efecto, tiene un derecho fundamental definitivo al mínimo vital. La interpretación de la Corte es precisa: “este señor está en unas circunstancias fácticas y que lo exponen, si no es operado, en corto tiempo a quedar ciego, lo cual es incompatible con los principios fundamentales de la Constitución”. Para la Corte, si bien el sistema jurídico establece una serie de deberes legales en cabeza de los allegados, en el sentido de que en la necesidad deben ayudar a su ser querido, cuando el afectado ha intentado repetidamente obtener dicho apoyo pero sin éxito por la situación de pobreza de su familia, le corresponde al Estado social, en virtud de los principios de dignidad humana, solidaridad social e integridad personal, financiar la prestación social y llevar a cabo la operación. Y en esas circunstancias la respuesta de los jueces – señor, este es un Estado de leyes, no un Estado caritativo – no es aceptable para la máxima instancia de interpretación constitucional. La conclusión final a la que llega la Corte se basa en una argumentación contrafáctica: “si el Estado no interviene se va a generar una consecuencia determinada, a saber, que la persona se verá obligada a aceptar quedar ciega por la falta de respaldo económico.” Y la pregunta que se hizo la Corte es ¿es esa circunstancia que se generaría aceptable a la luz de la Constitución? Y la conclusión a que se llegaba era que definitivamente no, debido al orden jurídico instaurado con la

Constitución de 1991. Y la decisión fue reconocerle el derecho al mínimo vital a esa persona, ordenando llevar a cabo la operación si se cumplían determinadas condiciones de tipo operativo⁸.

Esa doctrina del derecho fundamental al mínimo vital, esa semilla del año 92, ha crecido en lo que tiene que ver con tutela contra decisiones, por ejemplo, de la administración o judiciales con respecto a salarios y pensiones⁹. El concepto de derecho al mínimo vital está presente en el 80% de esa jurisprudencia de tutela que reúne más o menos el 50% de la jurisprudencia que produce el Tribunal Constitucional al año, o sea, de unos 1200 fallos al año aproximadamente 600 invocan el derecho fundamental al mínimo vital.

¿Qué relación tiene la doctrina del mínimo vital con la coherencia y con el valor del precedente constitucional? A primera vista ninguna. Pero, mirada más de cerca la cuestión en ella es clara. La concepción del derecho que se viene imponiendo en la práctica exige resolver los casos a la luz del sistema de principios materiales establecido en la Constitución. Ello supone el abandono de una visión formal del derecho, mediante la cual los jueces ejercían su discreción en el ámbito de sus competencias y la administración se ceñía exclusivamente al principio de legalidad. Ahora, por el contrario, las decisiones de la justicia ordinaria no pueden verse aisladamente del contexto constitucional sino que deben interpretarse armónicamente. Y en ese sentido es incoherente e incorrecta una jurisprudencia que no tenga en cuenta los principios materiales de la Constitución¹⁰.

8. Ver sentencia T-533 de 1993.

9. Ver Rodolfo Arango/Julietta Lemaitre, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Estudios Ocasionales, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CIJUS), Universidad de los Andes, Bogotá 2002

10. Un ejemplo reciente de la eficacia de la doctrina del mínimo vital asociada con el Estado social de derecho es la sentencia de inconstitucionalidad de la norma legal que establecía un impuesto del 2% a todos los productos de la canasta familiar. La Corte precisamente con fundamento en el mínimo vital declaró contrario a la Constitución gravar de manera indiscriminada todos los productos de la canasta familiar no teniendo en cuenta el impacto que esa decisión tiene sobre el sistema tributario y particularmente sobre el principio material de que el sistema tributario debe obedecer a principios de progresividad y equidad. Esa decisión, que es consecuente con lo que ha sido el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, se toma en un momento en el que la crisis fiscal del país se agudiza y ha llevado al gobierno y al congreso a buscar salidas desesperadas para solucionar el desequilibrio en las finanzas públicas. Sin embargo la Corte, consistente con su jurisprudencia anterior, anota que hay un límite material para esos efectos y más valdría la pena que gobierno y congreso se tomaran en serio la Constitución.

5. Valor del precedente en la jurisprudencia colombiana

Y finalmente el tercer *round* tiene que ver con el valor del precedente en la jurisprudencia colombiana. La vieja visión autoritaria-formalista tiene un caballito de batalla muy claro: los jueces sólo están sujetos al imperio de la ley y la jurisprudencia sólo es criterio auxiliar de la actividad judicial (artículo 230 de la Constitución). Según este entendimiento, nuestro sistema jurídico es uno de procedencia romano-germánica, cuyas fuentes son el derecho escrito, legal, no de precedentes. Sin embargo, esa visión claramente ha sido rebasada por la realidad y por el desarrollo constitucional. Hoy en día podríamos decir que el derecho colombiano no se entiende adecuadamente si no se concibe como un derecho de precedentes, y eso no en contra de la letra del artículo 230 de la Constitución. ¿Por qué no? Porque la mejor interpretación de la Constitución habla a favor de entender la expresión “ley” en sentido material como “norma”, en especial como “Constitución y ley”. Una interpretación armónica del artículo 230 junto con del artículo 4 de la Constitución que establece que ésta tiene el carácter de norma de normas, lleva a la conclusión de que no es posible que los jueces estén sometidos a la Constitución dado su carácter normativo, pero a la vez sólo estén sujetas al imperio de la ley en sentido formal. Esta última conclusión es inaceptable, por la sencilla razón de que los jueces deben respetar los principios fundamentales de la Constitución, entre los que se cuentan los principios de igualdad de trato y de derechos, los cuales implican el deber de respetar los precedentes constitucionales. A un juez no sólo le está prohibido aplicar una norma declarada inexecutable; también le está ordenado aplicar la norma declarada inexecutable condicionadamente sólo a las hipótesis cobijadas bajo el campo semántico compatible con la Constitución. En virtud del valor normativo de la Constitución, los jueces no sólo deben obedecer a la ley sino también a la Constitución y a la jurisprudencia constitucional que la concreta.

A este respecto cabe mencionar un fallo de la Corte Constitucional¹¹ en el que ésta se pronunció sobre una demanda contra el artículo 4 de la Ley 169 de 1898. En ese artículo 4 se hablaba de la doctrina probable, esto es, de la regla según la cual tres fallos en un mismo sentido constituían doctrina probable que debía ser tenida en cuenta por los jueces inferiores a la hora de aplicar el derecho. Esa disposición fue acusada por inconstitucional con el argumento fundamental de que los jueces sólo

11. Sentencia C-836 del 2001. En especial es importante estudiar el salvamento de voto con respecto al precedente y a su valor en el sistema jurídico colombiano.

están atados al imperio de la ley y no era admisible que tuvieran que respetar fallos judiciales, así fueran doctrina probable. La Corte Constitucional declaró exequible condicionadamente la disposición acusada con un interesante argumento: si bien en nuestro sistema jurídico los fallos judiciales constituyen precedentes, el valor vinculante de éstos no es necesariamente su obligatoriedad para los aplicadores del derecho, puesto que tal valor normativo no puede llegar hasta petrificar el derecho y hacerlo inflexible frente a los cambios sociales, económicos, políticos. Por el contrario, lo que sostiene la Corte es que la cláusula de la doctrina probable es constitucional si se entiende en el sentido de que los jueces son responsables y deben atenerse a lo que sobre el caso el sistema jurídico ha decidido en el pasado. Sólo en el caso de estar persuadidos sobre la necesidad de separarse de tal decisión pueden hacerlo pero están obligados a dar poderosas razones que respalden el abandono de lo anteriormente decidido. Este es un elemento de lo que denomino un “derecho racional” en el que hay que argumentar, dar razones para no actuar de la manera como se ha venido actuando en el pasado de forma tal que los ciudadanos pueden comprender las razones de los cambios judiciales con respecto a una misma materia.

Ese tercer *round* del enfrentamiento entre las visiones autoritaria-formalista y racional-argumentativa se hace manifiesto en una reciente sentencia de unificación¹² proferida por la Corte Constitucional en materia pensional. Resulta que en Colombia se aplicó una doctrina por más de 17 años en la que se reconocía la indexación de

12. Sentencia SU-120 de 2003. Las sentencias de unificación son una modalidad de fallos de tutela proferidos por la Sala Plena de la Corte Constitucional con el fin de asegurar la unidad del ordenamiento jurídico, unificar la jurisprudencia sobre derechos fundamentales y servir de referente interpretativo a todos los operadores jurídicos. Por un lado tenemos entonces el control abstracto de normas en ejercicio del control de constitucionalidad que ejerce la Sala Plena de la Corte Constitucional y, por el otro, el control concreto de normas individuales por parte de las Salas de Revisión integradas por tres jueces de la corte constitucional que hacen sala para decidir asuntos de tutela. Sin embargo, cuando alguna persona considera que un fallo de revisión viola la doctrina constitucional puede solicitar la nulidad del fallo de una de sus salas de revisión para efectos de que la Sala Plena dicte un fallo de unificación. Eso muestra que la misma Corte Constitucional se somete a la Constitución y al precedente constitucional: cuando una Sala de Revisión no respeta suficientemente el precedente que gobierna la materia, su fallo, así sea un fallo de la Corte constitucional, puede ser anulado por contrariar la Constitución. Fíjense que aquí no estamos ante el ejercicio del poder de quien tiene la mayor jerarquía de la organización judicial, sino ante un caso en el cual un tribunal tiene la apertura suficiente para aceptar que incluso él puede equivocarse y que sus fallos pueden ser declarados nulos por violar la Constitución. En ese sentido hay que contextualizar muy bien porque en la reforma a la administración de justicia lo que se pretende es eliminar definitivamente la posibilidad de que haya tutela contra sentencias judiciales y, con mayor razón, si es la jurisprudencia de las altas cortes, otro signo del pensamiento autoritario del gobierno y de algunos sectores de la administración de justicia.

la primera mesada pensional al pensionado que había cumplido con los requisitos para acceder a su pensión, pero que como consecuencia de alguna controversia sólo años después era cobijado por un fallo judicial en el cual se ordenaba el pago de esas acreencias. Se consideró durante largo tiempo por parte de la Corte Suprema de Justicia que el pensionado, en tales circunstancias, tenía derecho a que su primera mesada fuera indexada dada la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el fenómeno de la inflación. No obstante, hacia el año de 1999 tal corporación modificó abruptamente su posición. Básicamente la idea es que las mesadas pensionales no se indexan y que los costos que tiene la desvalorización del dinero no tienen necesariamente que ser asumidos por el patrón. Ese cambio abrupto, como digo, nunca se justificó. Por el contrario, en fallos de casación posteriores, la misma Corte Suprema de Justicia reconoce la indexación pensional a algunas personas y a otras no, sin justificar tales variaciones. Así las cosas, una decisión de la Corte Suprema fue impugnada mediante una acción de tutela y en su intervención los magistrados cuestionados argumentaron simplemente que no hay tutela contra sentencias, que como máxima instancia de la jurisdicción eran autónomos como sus fallos inexpugnables y que en tal sentido nadie puede pretender dictarles la manera de aplicar el derecho. La Corte Constitucional argumenta en su sentencia SU-120 del 2003 con un sentido del derecho diametralmente diferente: los jueces, además de estar sometidos al imperio de la ley, cuando dictan justifican sus decisiones; si bien pueden separarse de sus fallos anteriores, tienen que dar razones para ello. De no hacerlo, se colocan en los extramuros del derecho, sus decisiones constituyen vías de hecho y, como tal, pueden ser anuladas por inconstitucionales¹³.

Un tercer ejemplo, y con esto termino este tercer *round*, tiene que ver con el renacer fortalecido de las vías de hecho que expresamente establecen la obligatoriedad del precedente para resguardar el principio de igualdad. El valor de la coherencia en el derecho busca asegurar que las personas colocadas en la misma situación reciban un mismo trato de las autoridades públicas; y que si se quiere variar dicho trato, las autoridades tienen el deber de darle razones válidas y suficientes a la persona para que, por lo menos, comprenda tal decisión. Cuando la conciencia jurídica de un país ha aceptado este principio y lo respeta en la práctica, se abandona una visión

13. La lucha por el derecho se presenta en los medios de comunicación bajo el nombre de “choque de trenes”. La Corte Suprema, como en el caso de la indexación de la primera mesada pensional, se niega a cumplir las decisiones de la Corte Constitucional. Tal actitud ha llevado incluso a que en un caso Colombia sea demandada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de forma que es bastante probable que el país acabe siendo condenado por un fallo de la Corte Interamericana por incumplir decisiones judiciales en materia de derechos fundamentales.

autoritaria-formalista del derecho que sólo acude a la razón “yo tengo la autoridad”, “yo tengo autonomía” y, por lo tanto, “yo como máxima instancia decido”. El valor de la coherencia en el derecho es otro: los jueces pueden tener la autoridad para decidir, pero la legitimidad de lo que deciden deriva del peso de las razones que esgriman para sustentarlo. A este respecto la Corte ha indicado que hay lugar a la interposición de la acción de tutela contra una decisión judicial cuando: 1. La decisión impugnada se funda en una norma evidentemente inaplicable (defecto sustantivo); 2. Resulta incuestionable que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (defecto fáctico); 3. El funcionario judicial que profirió la decisión carece en forma absoluta de competencia para hacerlo (defecto orgánico); y, 4. El juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental). En criterio de la Corte, esta carencia de poder o desviación del otorgado por la ley es reveladora de una manifiesta desconexión entre el ordenamiento y el funcionario judicial que aparea la descalificación de su decisión como acto judicial.

Conclusión

A nivel metajurídico se podría decir que la coherencia es valor extra-jurídico que cumple la función de corregirle la plana a los jueces al interpretar y aplicar la ley de conformidad con la Constitución. Y esa corrección, a su vez, supone que la Corte Constitucional pueda oponerse a una visión del derecho en la que se admite que el criterio de autoridad se antepone al criterio de las razones para actuar¹⁴. Sólo la conciencia del valor de lo normativo, de la importancia de regir el ejercicio del poder público mediante la fuerza de las razones, puede permitir que el decisionismo judicial propio de una visión autoritaria acabe instalándose de nuevo en nuestra tradición jurídica. Serán las nuevas generaciones de juristas quienes deban decidir al respecto. Ante tal perspectiva, me declaro optimista.

14. Ver a este respecto los trabajos de Joseph Raz, *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, y de Carlos S. Nino, *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona 1989

INTERPRETACIÓN Y NARRACIÓN JURISPRUDENCIAL

Beatriz Espinosa Pérez*

“Sin duda semejantes narraciones son peligrosas. Así no deben ser jamás oídas en nuestro Estado. Si queremos que los defensores de nuestra república detesten las disensiones y discordias, no les hablaremos de los combates de los dioses, ni de los lazos que se tendían unos a otros; así como así nada de eso es cierto. Si es nuestro propósito convencerlos de que jamás reinó la discordia entre los ciudadanos de una misma república, y que no puede reinar entre ellos sin crimen, obliguemos a los poetas a que no compongan nada, y a los ancianos de entrambos sexos, a que no cuenten a los niños nada que tienda a ese fin. Que jamás se oiga decir entre nosotros que Hera ha sido encadenada por su propio hijo, ni Hefestos precipitado del cielo por su padre, por haber querido auxiliar a su madre cuando aquél la golpeaba; ni referir todos esos combates de dioses inventados por Homero”

La República o de Lo Justo - Platón

Introducción

El riesgo creado por la escritura del poeta como narrador de nuestras vidas es inevitable. En Colombia tal riesgo está por ejemplo en *Cien Años de Soledad* de Gabriel García Márquez, *La Tejedora de Coronas* de Germán Espinosa, *La Multitud errante* de Laura Restrepo, y muchas otras obras literarias que cuentan ausencias, silencios, negaciones, emociones ignoradas o vitalidades paralelas, en apelación angustiada sobre la condición humana. Pero no tiene la literatura la potestad exclusiva de configurar la conciencia de quienes somos, ésta también es narrada, con otro estatus ficcional, en textos jurídicos de distinta estirpe: Constitución, leyes, convenciones internacionales, tratados, contratos, arbitramentos, conciliaciones, fallos de instancia, jurisprudencia, doctrina jurídica, comentarios o reseñas jurisprudenciales, ensayos de teoría jurídica, filosofía del derecho o sociología jurídica. Y unos y otros textos se entrelazan en el imaginario social, no existen de manera insular¹.

* Profesora Pontificia Universidad Javeriana - bespinosa@javeriana.edu.co

1. Cf. Antonio Serrano González (1992), *Como lobo entre ovejas. Soberanos y marginados en Bodin, Shakespeare, Vives*.

1. Jurisprudencia y Narración

“Con lo que la figura tan temible del juez tomaba la forma, sólo en apariencia más inofensiva, del narrador”

César Aira – *Varamo*

Es el caso de la Corte Constitucional de Colombia: escribe en matrices de narrativa social sus fallos de constitucionalidad y de tutela. Su capacidad de ponerse en el lugar y contexto del otro² y la posibilidad ínsita en su práctica de complejizar en relación con situaciones concretas y cambiantes la narrativa fundante que es la Constitución, permiten la enunciación de tales marcos de narración:

“Porque la tarea del juez de constitucionalidad no consiste, ni puede consistir, en resignarse a que la norma básica es un tejido de retazos incongruentes, entre si inconciliables, sino en eliminar contradicciones y hacerlo de modo razonable”. Corte Constitucional SC-481 de 1998.

A su vez, los ciudadanos-nas inscribimos en esos enunciados nuestras narrativas particulares –orígenes, familia, relaciones laborales, conflictos, fracasos, dolores, amores...- pues aquellas determinan parte de nuestro proyecto de vida y construcción de subjetividad³.

«La Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales. Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza, o cultura. En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades.» Corte Constitucional SU-510/98.

Esta posibilidad de la jurisprudencia⁴ de incidir en las narrativas de los sujetos de derecho –a su vez la ficción más fuerte entre las que estructuran el concepto de

2. Tal como lo enuncia Martha Nussbaum (1995) al hablar de la sensibilidad literaria en los jueces y las posibilidades que da de reconocer los dramas ajenos.
3. Hay distintas maneras de comprobar los cambios de las narrativas de la jurisprudencia constitucional contemporánea, una de ellas es elegir temas específicos –y no líneas- para determinar los razonamientos que llevan a un fallo de exequibilidad o inexecutable, como es el caso en aspectos de familia, sucesiones, propiedad y posesión, contratos, costumbre mercantil y sociedades en artículo de Jorge David Bedoya (2002), en los que se evidencian transformaciones de conceptos fundamentales del derecho civil y comercial a partir de la Constitución y de los contextos actuales y complejos de los sujetos de derecho y sus interacciones. De hecho, una de las preguntas más apremiantes hoy es la de la articulación entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Constitucional.
4. Una visión de nuevas lecturas e interpretaciones de la jurisprudencia está en Costas Douzinas, Ronnie Warrington y Shaun McVeigh (1993). From the classical polis to postmodern megapolis: jurisprudence as grand narrative. *Postmodern Jurisprudence*.

Estado⁵ - no es privativa de los magistrados de la Corte Constitucional, la tienen con tanto o más poder los de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, así como los jueces de instancia de las distintas jurisdicciones⁶. Muchos de nuestros intereses vitales son dichos por los jueces, esto, en términos tanto políticos⁷ como cotidianos y de realidades particulares⁸, y por supuesto, en diálogo con la idea lacaniana de que en todo caso somos dichos, más que enunciarnos a nosotros mismos. Predicado sostenible con relación a las obras de narrativa, poesía y teatro, así como a las de cine, música y arte; nos dicen e incluso nombran nuestros conflictos internos, están en el espacio de posibilidad de simbolización. Nos nombran los textos de ‘alta estirpe’ cultural y los de la llamada cultura popular⁹.

Asumimos narrar como el contar y dar cuenta de situaciones e interacciones de sujetos a partir de múltiples referentes culturales y de distintos textos, creando siempre uno ‘nuevo’ determinado por el autor según su posición en el espacio social, en el cual se pueden abordar según los términos de la narratología, tanto el plano de la *historia*, en el que viven e interactúan los personajes, como el del *discurso*, en el cual el texto es considerado en tanto objeto verbal propiamente dicho¹⁰. Para Jean Pierre Faye¹¹, el más simple acto o gesto cognoscente es el de la narración, narrar tiene la

5. Un recuento de las imágenes en el concepto de Estado está en *La institución imaginaria del Leviatán*, de Omar Astorga (2000). Hoy, autores con diversa orientación ideológica se han propuesto pensar el imaginario social sobre el Estado y sus transformaciones contemporáneas, es el caso de Víctor Manuel Moncayo (2004) *El Leviatán derrotado* o Kenichi Ohmae (1996) *The end of the Nation State*.
6. François Ost (1992) hace una lectura de los complejos y cambiantes papeles del juez en su artículo Júpiter, Hércules, Hermes, tres modelos de juez.
7. Dice Cristian Courtis (2003) en ensayo publicado en homenaje al profesor Enrique Marí: “En su carácter de instituciones públicas, los tribunales de justicia cumplen un innegable papel político en la configuración de las sociedades en las que vivimos. Las decisiones de los tribunales conforman de manera importante las relaciones entre particulares, entre los particulares y las instituciones estatales, y entre las distintas instituciones estatales, y tienen fuerte proyección sobre el funcionamiento de la economía, sobre la esfera de autonomía de las personas y sobre el alcance de la acción del Estado.”
8. Este acercamiento es por supuesto parcial, pues en medio de una guerra civil como la colombiana se multiplican los casos de impunidad y de mínima inscripción de los relatos particulares en la juridicidad del país, si bien no se puede estar afuera de ella. En el testimonio de una mujer cuyo esposo, hijo y cuñado han sido asesinados y sus cadáveres quemados en el ataque al pueblo en que vivían, desplazada en los alrededores de la ciudad de Montería, se lee en sus intentos por rehacer un proyecto vital: “Nos juntamos un grupo de mujeres, todas viudas, sin preguntarnos quién había matado a nuestros maridos, sin averiguarnos unas con las otras si habían sido los guerrilleros o los paramilitares, ya todas con nuestros hombres enterrados, y con Incora empezamos a recibir la capacitación para un Programa de Tierras. Formamos una asociación de mujeres y así compramos esta tierra, y con una carta de respaldo porque no teníamos personería jurídica.” Revista *Credencial*, 2004, Bogotá.
9. En palabras de Slavoj Žižek (2000): “Le aplicamos al propio Lacan su célebre fórmula de ‘Kant con Sade’, es decir, su lectura de la ética kantiana a través de los ojos de la perversión sadeciana”.
10. Francis Berthelot (2004). *Personnage de papier ou personnage de chair?* www.vox-poetica.org Recuperado 31/03/2004.
11. *¿Qué es la Filosofía?* Ediciones del Serbal. 1998.

misma etimología en latín de conocer, narrar es un acto de nacimiento, de fundación, de creación, de invención del otro, de reconocimiento en el otro, somos en tanto somos dichos/narrados, en últimas, simbolizados. Y claro, es un gesto de muchísimos agentes sociales, no exclusivo de quienes enuncian ficción en la literatura.

Lo cual es necesario puntualizar para avanzar en la reflexión, pues ubica en tradiciones culturales¹² en las que el derecho puede ser visto como formas literarias¹³ para preguntar en qué géneros discursivos escribimos los abogados¹⁴ y cómo se dialoga desde esos géneros con narraciones de otros campos sociales.

Como lo expresa Hermann Herlinghaus (2002):

“El concepto de narración se ha aplicado mayormente en los estudios literarios donde se solía vincular con unos análisis estructuralistas o hermenéuticos que, con ciertas excepciones como la crítica psicoanalítica, se han mostrado casi indiferentes frente a los retos que la narración plantea cuando se la entiende como práctica heterogénea. Pero no es sólo una cuestión de ‘querer’ recurrir a una riqueza de narrativas que una o varias culturas ofrecen, sino que la inserción narrativa en vida e historia se vincula con unas necesidades que rigen tanto en el consciente como en el subconsciente...Lo que un estrecho concepto de narración tiende a no tomar en cuenta es el estatus retórico cultural tanto de textos como de ideologías. Ese estatus permite ver su carácter de constructos y ficciones y lo distingue precisamente de su (posible) estrategia de presentarse como ‘verdades objetivas’. La cultura letrada institucionalizada ha jugado su papel para esconder el estatus retórico (esto es, relativo) de sus propias ficciones.”

Esto en términos del derecho es afirmado bellamente por Robert Cover (2002):

“Ningún conjunto de instituciones o preceptos legales existe sin narraciones que lo sitúen y le den significado. Toda Constitución tiene una épica, todo decálogo tiene una escritura. Cuando se lo entiende en el contexto de las narraciones que le dan sentido, el derecho deja de ser un mero sistema de reglas a ser observadas, y se transforma en un mundo en el que vivimos. En este mundo normativo, el derecho y la narración están relacionados inseparablemente. Todo precepto legal exige ser situado dentro de un discurso - tener una historia y un destino, un comienzo y un final, una explicación y un propósito. Y toda narración exige imperiosamente un sentido prescriptivo, un mensaje moral. La historia y la literatura tampoco pueden evitar ser situadas en un universo normativo”¹⁵.

-
12. Para Robert Cover (2002): “Una tradición legal es parte constitutiva de un complejo mundo normativo. La tradición no sólo incluye un *corpus juris*, sino también un lenguaje y un *mythos* –narraciones en las que sitúan al *corpus juris* quienes expresan su voluntad a través de él-.”
 13. Aquí son útiles las reflexiones de Ian Ward (1991) en *Law and literature, possibilities and perspectives*.
 14. Es importante el texto de José Calvo (1997). *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho*. Ariel.
 15. Son importantes los artículos publicados en Estados Unidos por Martha Minow, Daniel A. Farber - Susana Sherry, Anthony Kronman y Harlon L. Dalton, en el capítulo *Storytelling in legal Discourse* del libro editado por Peter Brooks y Paul Gewirtz (1996), *Law's Stories*.
En la reflexión de origen francés, con rutas distintas, ver en Francia *Revue Europe* No.876 –2002- Droit et Littérature, entre otros los artículos de Christian Biet, Joelle Gardes Taminé, Michel Imbert, Maria Aristodemu, Olivier Salazar- Ferrer. Y en Bélgica, *Lettres et Lois, le droit au miroir de la littérature* (2001), proyecto dirigido por François Ost, Laurent Van Eynde, Philippe Gérard, Michel van de Kerchove.

2. Interpretar, Argumentar, Comunicar: NARRAR

“La invención puede tomar la forma del registro documental de la realidad y viceversa, porque en lo esencial su aspecto es el mismo. El indirecto libre, que es la perspectiva de la conciencia del personaje tratado en tercera persona, crea una impresión de naturalidad, como para olvidarse de que uno está leyendo una ficción, y que en la realidad nunca se sabe lo que está pensando otro, y porqué hace lo que hace. De modo que el indirecto libre, lejos de ser un recurso literario entre otros, es el dispositivo vital de la transubjetividad, sin el cual no se entendería nada de lo que pasa en la vida social”.

César Aira - *Varamo*

La Argumentación jurídica materializa la interpretación jurisprudencial, haciendo realidad una de las funciones del lenguaje presente en toda forma literaria, la comunicativa: se es conciente del otro, hay un otro auditorio al que se quiere convencer o persuadir (Perelman, Olbrechts-Tyteca, 1994) para aumentar la aceptación o adhesión frente a los razonamientos. Y no puede ser de otra manera si aceptamos la argumentación como práctica discursiva al interior de un campo del espacio social, un interactuar con otros, práctica en sí misma dialógica y reconocedora de contextos narrativos históricos, económicos, míticos... (Atienza, 1998): construcción de realidad – narración con otros, es poner el énfasis en la aceptación por parte de los destinatarios de la argumentación. El magistrado ponente presenta una propuesta de justificación de las valoraciones que hace tras una deliberación consigo mismo y a partir de sus determinantes personales, la cual le ayuda a construir el auditorio y a ponerse en el lugar de ese otro construido para narrarlo en clave argumentativa. Cualquier nuevo significado creado en la argumentación es siempre ‘significado compartido’, construido con otros en la comunicación (Wintgens, 1994), aunque pretendidamente neutro y por tanto enunciado en forma indirecta (Bourdieu, 1989).

La argumentación jurídica crea nuevos significados/imaginarios sociales a partir de demandas ciudadanas particulares al sistema judicial, como los pronunciamientos de la Corte Constitucional plenos de intención comunicativa.

“En este sentido, considera la Corte que en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución - directa o indirecta-, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el ethos y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la Corte, sólo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias

culturales y, por ende, dentro del valor justicia consagrado en la Constitución Política" (C.P., Preámbulo y artículo 1°) Corte Constitucional SU-510/98.

El texto narrativo se produce y se hace autónomo en las sentencias de la Corte en tanto ejercicio hermenéutico, partiendo de la pregunta por el Otro y tratando de ponerse en su lugar. En la argumentación jurídica como en todo discurso, se genera un contexto lingüístico en que los significantes adquieren significado propio, se transforman o reinventan para decirnos y decir al autor, tal como ha ido pasando con las sentencias de la Corte Constitucional citadas en el presente artículo.

“Se ha dicho, no sé si con razón, que el logro último de la literatura es
hacer resonar de algún modo el contenido en la forma”
César Aira- *Varamo*

Y es que así como hablamos de la Fuerza *Normativa* de la Jurisprudencia para referirnos al valor de ésta como fuente de derecho y factor decisorio en las interpretaciones judiciales, también nombramos la Fuerza *Narrativa* de la Jurisprudencia, el poder de decir las interacciones sociales. En términos de interpretación son dos fuerzas y una al mismo tiempo. La Fuerza Narrativa de la Jurisprudencia no implica únicamente que la consideremos como un cierto tipo de ficción normativa oficial¹⁶, sino también como han señalado Guyora Binder y Robert Weisberg (2000), el hecho que podamos leer de otra manera los textos jurídicos, reconociendo en ellos elementos distintos; en nuestro caso, a los sujetos en contexto, a los personajes de la narración enunciados por los jueces a partir de múltiples fuentes, necesidades y deseos, así como de posibilidades de construir destino ciudadano, significa que el derecho es al mismo tiempo práctica y símbolo constitutivo¹⁷.

16. Por ejemplo, a través de los funcionarios, expertos y analistas que conozcan, parcial o totalmente, aspectos de la realidad cultural que resultará eventualmente afectada o, en general, de la problemática sometida a la consideración judicial.

17. El uso de la expresión ‘ficción’ tampoco es nuevo en el campo jurídico, diversos autores de filosofía del derecho han recurrido a ella para hacer referencia al grado de abstracción de los conceptos que formula la teoría general, a cómo sus hipótesis son verdaderas ficciones en cuanto a los márgenes de relación con la realidad objetiva: Jeremías Bentham, Jhon Austin, Hans Kelsen, . De la misma manera, estudios de académicos se preguntan por las ficciones en teoría del derecho, como en el caso de la Norma Fundamental de Kelsen estudiada por María J. Fariñas Dulce. O como afirma Rafael Llano Cifuentes (1963) en *Naturaleza Jurídica de la ‘Fictio Juris’* haciendo referencia al derecho canónico: “*La ficción pone en tela de juicio la naturaleza de la misma norma. Es un punto neurálgico del derecho en donde se puede descubrir el entronque entre realidad y derecho*”.

En principio, tal Fuerza Narrativa tiene su origen en la llamada eficacia simbólica del derecho tal como la expone Mauricio García Villegas en distintos ensayos (1993-2003)¹⁸, “como dimensión simbólica del Estado que invade el ordenamiento jurídico por medio del principio de la representación popular y de la racionalidad y soberanía del legislador como postulados derivados de aquel principio” inculcando representaciones en los ciudadanos.

Pero además, siguiendo a Alicia E. C. Ruiz (1989), se debe tener en cuenta un segundo nivel en el que en la visión del derecho como comunicación simbólica, están presentes las dos estructuras fundantes que estudia el psicoanálisis: mito y ritual¹⁹: “El acercamiento a la relación derecho – mito desde una concepción simbólica del primero no se formula en abstracto. Nos interesan algunos problemas en torno al derecho moderno. Ese derecho que recepta y expresa, con tanta fuerza, las formas de la racionalidad de Occidente. Ese derecho que corresponde a un mundo que pretende, omnipotentemente, desterrar los mitos e instalar el supremo reino de la razón”.

Si afirmamos que el derecho, y específicamente la interpretación jurídica, crea relatos individuales con fuerza simbólica, estamos sosteniendo que los territorios textuales del derecho que determinan a los sujetos²⁰ no son únicamente los de la ley, son múltiples y diversos y atraviesan -incluidos los jueces- los proyectos personales, desde los símbolos enunciados en múltiples formas en la sociedad contemporánea²¹.

Es el caso de los medios masivos de comunicación, nos cuentan lo que el derecho debe ser, las injusticias que comete, cómo se definen las leyes y se comportan los

18. “Las normas jurídicas se pueden presentar como símbolos dirigidos a la representación. En este caso, la fuerza del derecho radica en el impacto que produce su condición de discurso propio de las instituciones jurídico políticas, discurso con capacidad para establecer la diferencia entre lo lícito y lo ilícito, lo justo y lo injusto, lo verdadero y lo falso. Aquí el texto jurídico, como el texto recitado por el chamán al curar a sus enfermos, crea una ‘mediación puramente psicológica’ y construye la realidad que el mismo regula”.

19. Cf. Alicia Ruiz (1989). Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría crítica del derecho). En *Materiales para una teoría crítica del derecho*.

20. Agrega Alicia E. C. Ruiz: “La relación derecho – mito nos revela una clave para la formulación de una teoría jurídica alternativa: la noción del sujeto, categoría bisagra, cuyo análisis y desentrañamiento sólo puede hacerse a partir de los desarrollos teóricos ocurridos en otras ciencias, particularmente en el psicoanálisis: poner en cuestión la noción de sujeto es mover una pieza que sostiene la estructura íntegra del sistema jurídico moderno”.

21. Es necesario tener en cuenta que al mismo tiempo se han enunciado posiciones escépticas ante el discurso de los derechos y sus efectos sobre la vida de las personas y los procesos sociales: ver Isabel Cristina Jaramillo (2004) Estudio preliminar a *La crítica de los derechos*, con textos de Wendy Brown y Patricia Williams.

legisladores, el avance de las investigaciones penales más ‘sonadas’, el desarrollo de las políticas criminales estatales y los múltiples juicios contra funcionarios estatales y particulares; y de ese modo re-crean imaginarios sobre la justicia, pero también prejuicios, preconcepciones, opiniones e incluso formas de acercarnos al sistema judicial y de elaborar saber sobre el derecho como ya no exclusivo de los abogados dentro del campo²².

El adentro sigue siendo defendido como exclusivo de los iniciados a través de las prácticas codificadas y significadas según los *habitus*, pero en todo caso se pone en cuestión la formulación de Bourdieu (2000) cuando ha dicho: “El efecto del campo se manifiesta en el hecho de que las instituciones judiciales tienden a producir verdaderas tradiciones específicas y, en particular, categorías de percepción y de apreciación totalmente irreductibles a las de los no especialistas, que engendran sus problemas y sus soluciones según una lógica totalmente hermética e inaccesible de los profanos.” Se cuestiona esta afirmación porque cuando aceptamos que narrativas sociales distintas de las jurídicas permean en forma constante y transversal las prácticas de los agentes judiciales, también se alteran y transforman los métodos de interpretación y argumentación, así como el valor social de los enunciados resultantes de tales prácticas para los que están ‘por fuera’ o ‘por dentro’ del campo.

3. Identidades personales en narrativa jurisprudencial

“Vale decir que es de vanguardia todo arte que permite la reconstrucción de las circunstancias reales de las que nació. Mientras que la obra de arte convencional tematiza la causa y el efecto, y con ello se cierra alucinatoriamente sobre sí misma, la obra vanguardista queda abierta a sus condiciones de existencia.”

César Aira - *Varamo*

Las narrativas particulares de los sujetos de derecho enuncian proyectos ciudadanos, sostenemos que en fallos sobre libre desarrollo de la personalidad²³ -centrados en

22. En palabras de Clara Sandoval y Oscar Guardiola (2003): “Hoy, tras el juicio televisado a O.J. Simpson, la ‘clase’ de derecho constitucional estadounidense televisada por CNN para todo el mundo en diciembre de 2000 y los *shows* de televisión *Moral Court*, *Judge Hatchetto*, *Justicia para Todos*, los ‘legos’ se acercan cada vez más a develar el esotérico secreto de la profesión legal; el derecho es una forma de *hacer* cosas con palabras, es *performance*, y en tal sentido no se encuentra demasiado lejos del *game show* de televisión, la telenovela o cualquier otro ritual en términos de espectacularidad, forma y falta de sustancia... una de las consecuencias de la globalización para el derecho es el colapso cada vez más inminente de la barrera que separa el adentro y al afuera de la cultura jurídica”.

23. Cf. Carlos Bernal Pulido, El derecho al libre desarrollo de la personalidad. En *IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo* Universidad Externado de Colombia, 2004.

el concepto de identidad personal- hay un estudio de casos importante para la perspectiva de la reconstrucción de la interpretación jurisprudencial como narraciones, pues la identidad tiene su genealogía jurídica en el derecho a la libertad:

“Al interpretar el artículo 16 constitucional que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el intérprete debe hacer énfasis en la palabra «libre», más que en la expresión «desarrollo de la personalidad», pues esta norma no establece que existen determinados modelos de personalidad que son admisibles y otros que se encuentran excluidos por el ordenamiento, sino que esa disposición señala «que corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional». Por ello esta Corte y la doctrina han entendido que ese derecho consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no afecten derechos de terceros.

Esta Corporación ha reconocido que de la Carta, y en especial del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se desprende un verdadero derecho a la identidad personal, que en estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir que es dueña de sí, de sus actos y de su entorno. El derecho a la identidad personal supone entonces «un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad». Corte Constitucional C-481/98.

La importancia que se da hoy a la identidad personal se conecta con el papel del derecho en sociedades que avanzan hacia una mayor formalización de las relaciones cotidianas, hacia la desacralización de la vida íntima ante el derecho y hacia debates en los que el estatus del cuerpo y sus productos se hacen cada vez más relevantes en el ámbito jurídico²⁴.

De manera específica, en las múltiples demandas actuales sobre identidad corporal como componente de la identidad personal, los ciudadanos quieren que el discurso judicial enuncie nuevos límites a la corporalidad, como parte de aquella y como elemento de los recorridos de las subjetividades²⁵.

“La preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual -entre ellas la homosexual- hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, la Corte ha afirmado que la específica orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe dentro del ámbito de autonomía individual que le permite adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás. Así, la doctrina constitucional ha señalado que la Carta eleva a derecho fundamental «la libertad en

24. Este tipo de debates se ilustran en las memorias del Primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética editadas por Emilsen González de Cancino (2003) con artículos como: Álvaro Vidal Rivadeneira, Utilización del cuerpo humano y sus productos; Marie Hélène Mouneyrat, El niño y el progreso científico; Fernando Alarcón Rojas, El negocio jurídico de maternidad por sustitución de la gestación; Felipe Vallejo García, Aspectos jurídicos del trasplante de órganos y tejidos humanos.

25. Cf. Zandra Pedraza Gómez (1999), en su libro *En cuerpo y alma, visiones del progreso y la felicidad*, donde se ocupa de los ideales del cuerpo que han definido la modernidad en Colombia y en América Latina, así como de los discursos y los ideales forjados para imaginar, construir e interpretar el cuerpo en el esfuerzo por gestar y vivir la modernidad.

materia de opciones vitales y creencias individuales», lo cual implica «la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social.

Conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación”. Corte Constitucional C-481/98.

La anterior es una matriz narrativa para futuras inscripciones de relatos particulares y da fuerza de ley a la enunciación que espera para su proyecto vital el ciudadano-a²⁶.

Referirnos en estos términos a la argumentación jurídica sobre el cuerpo, es poner el énfasis en la concepción material de la misma, en la formulación de premisas para la narración por parte de los magistrados, negando su carácter puramente instrumental y de verificación de corrección, pues se presiona hacia la fijación de nuevos límites de lo jurídico al llevar el ejercicio racional al espacio de lo corporal. Porque aún si no creemos que las convicciones morales del juez influyen en su decisión, las valoraciones que haga sobre el cuerpo son moralmente relevantes para la biografía de quien interpone una acción de tutela con relación a indefinición genital, problemas de salud, opción sexual, reconstrucción corporal e imagen personal, delitos contra la libertad y el pudor sexual, protección de la maternidad... La argumentación material compete a todos si es que vamos exigir que los jueces den argumentación ‘racional’ –en el sentido de inclusiva y pensada en el lugar del otro- sobre sus decisiones. Argumentos que en estos tópicos aparecen en proposiciones no evidentes sobre el cuerpo, no necesariamente aceptadas ‘a priori’ o por consenso fácil, ni inscritas previamente en imaginarios del derecho, igual que ocurre con las acciones judiciales propuestas por sujetos en busca del discurso cuerpo -derecho.

26. Se encuentra un análisis dinámico de la línea jurisprudencial de la Corte sobre el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo en Camilo Borrero, Rodrigo Uprimny, María Clara Galvis, Danilo Rojas (2002), Análisis Jurisprudencial. La igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, en Revista Pensamiento Jurídico No.15, La Constitución de 1991, Univ. Nacional de Colombia.

Sobre la orientación sexual ver Alexei Julio Estrada (2004) La orientación sexual y el derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional colombiana. En IV Jornadas de derecho constitucional y administrativo, Univ. Externado de Colombia.

Sobre diversidad sexual y Constitución, José Fernando Serrano (2002). Una lectura al tema de la diversidad sexual en la Constitución de 1991. en Modernidades, Nueva Constitución y Poderes constituyentes. Universidad Nacional de Colombia. Una perspectiva sobre las uniones homosexuales en el artículo de Cristina Motta (1998), La Corte Constitucional y los derechos de los homosexuales, en La Corte Constitucional, balance jurisprudencial de 1996. Universidad de los Andes, Siglo del Hombre.

En la supremacía constitucional de los derechos individuales, sociales, económicos y culturales, encuentran las identidades contemporáneas espacios para narrativas legítimas en el terreno de juego creado por los letrados, se cambian los límites de las decisiones sobre cómo ser ciudadanos²⁷. Solamente se es ciudadano/a al interior de un proyecto de vida unido a la identidad personal y hoy ésta se hace pasar por la reafirmación de la identidad corporal, (Montesinos, 2002)²⁸ porque ¿Cuál identidad del sujeto de derecho por fuera o más allá del cuerpo?

4. Identidades corporales en narrativa jurisprudencial

Suponen además, las anteriores afirmaciones, hablar de una jurisprudencia que no es texto plano, sino risomático, enunciado en distintos niveles y a partir de muchos textos.

No se puede ser ciudadano y sentirse parte de un proyecto democrático por fuera del cuerpo. Así como no se puede ser sujeto por fuera del lenguaje y éste último es corporalidad, la de cada uno (Gori, 1980)²⁹. Para Zandra Pedraza (1999): “el individuo moderno es aquel que cuestiona su historia y piensa, imagina y acomete su propia constitución y transformación, y lo hace en buena parte con el cuerpo y mediante el cuerpo. En las particularidades de la construcción de esta experiencia subjetiva y de su ideario estriba uno de los méritos de nuestra globalidad descreída.” No tener cuerpo es tener problemas de ingreso al lenguaje, a la norma social, pues la Ley –en tanto estructurante del sujeto- está y se instala en los lenguajes, tal como decíamos arriba. También significa problemas de ingreso a la norma jurídica, donde están los límites para ser ciudadano/a.

Una sociedad que se educa sin cuerpo no lo recupera fácilmente, pero puede comenzar a hacerlo en un discurso que incorpore nuevos sujetos y territorios, tal como proponen hacerlo la literatura, el arte, la música o las renarraciones del derecho.

27. Para una perspectiva crítica de la concepción de Estado vigente desde 1991 Cf. Rodrigo Uprimny (2001), Constitución de 1991, Estado Social y Derechos Humanos: Promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas en Seminario de Evaluación Diez años de la Constitución colombiana. Universidad Nacional de Colombia, ILSA.

28. El texto de Montesinos al que se hace referencia es el de *Las rutas de la masculinidad*; es también importante la compilación de Mara Viveros Vigoya y Gloria Garay Ariza, *Cuerpo, diferencias y desigualdades*, 1999, específicamente la tercera parte, “Cuerpos, significados y territorios”.

29. Roland Gori, El espacio psíquico del discurso. *El cuerpo y el signo en el acto de la palabra*.

La identidad corporal ha sido negada por la censura del cuerpo en el lenguaje ordinario y por supuesto en el jurídico. Las censuras corporales pasan por la raza, el color de la piel, las opciones sexuales, las decisiones estéticas corporales, las opciones relacionadas con la maternidad o paternidad, el disfrute del cuerpo, su erotización, la movilidad del cuerpo. Para las mujeres las restricciones han sido múltiples y el camino hacia la identidad corporal autónoma y elegida ha sido mucho más arduo que para los hombres³⁰.

Pero aún así partimos de la argumentación jurídica en libertad: no podría pensarse de otra manera, porque la censura sobre el cuerpo, sus derechos o su enunciación, no es siempre conciente, ni es todas las veces incorporada deliberadamente en las leyes o las decisiones judiciales, es sobre todo constructo cultural –por lo tanto con gran fuerza narrativa– y como tal se está transformando a la par de las identidades contemporáneas. Son individuos libres los que interrogan los límites normativos de la identidad corporal, atravesada por el ejercicio de múltiples derechos humanos (Wintgens, 1994).

Hemos estado instalados en la separación entre cuerpo y mente, pero ésta es insostenible para pensar un ciudadano/a que ES, en sí mismo y no en otros. Ese dualismo es uno de los más sólidos en las prácticas jurídicas como modos de jerarquizar valores y lograr determinado tipo de juicios y narraciones, (Olsen, 2001), al igual que los imaginarios sociales sobre significados, usos y abusos del cuerpo.

En el caso de las mujeres, demandan una nueva manera de contar, así como el cambio de paradigmas interpretativos del derecho, hacia otros que permitan optar por ser mujeres y hombres sin roles predeterminados cargados de valoraciones positivas o negativas sobre lo masculino y lo femenino³¹:

“El Programa de Atención al Desmovilizado a cargo de un oficial del Ejército Nacional, imprimió “más de dos millones de calendarios” con una foto -bajada de Internet- de una mujer en vestido de baño y un texto que expresa :“¡VUELESE YA! y obtenga beneficios jurídicos, económicos, salud, educación y lo más importante SU LIBERTAD”. La distribución de estos calendarios de bolsillo se habría llevado a cabo por la Brigada Móvil Número Tres del Ejército Nacional y nueve batallones en las zonas de Arauca, Araucaita y Saravena, a fin de complementar “una serie de acciones psicológicas” que buscan desarticular

30. Sobre el tema: Beatriz Espinosa Pérez (1996), *Genovena Alcocer Liberación imposible en el siglo de las luces*, Universidad del Valle. Erika Bornay (1990), *Las hijas de Lilith*, Cátedra, Madrid. Susan Rubin Suleiman, ed. (1986), *The female body in western culture*, Harvard University Press. Judith Butler (2002), *Cuerpos que importan*, Paidós, Argentina. Gilles Lipovetsky (2002), *La tercera mujer*, Anagrama, Barcelona.

31. Sobre los efectos de los fallos de la Corte en los derechos de las mujeres, Julieta Lemaitre (2001). ¿Puede la Corte Constitucional emancipar a las mujeres? en *Derecho Constitucional, perspectivas críticas*. Legis.

frentes guerrilleros en dicho territorio según se habría expresado por el señor General Carlos Lemus, comandante en dicha zona, al medio de comunicación referido.

Demanda de tutela

Las Accionantes de la tutela contra las Fuerzas Militares, aseguran que “se sabe y está comprobado” que un arma de guerra es la violación y la humillación del vencido a través de “la brutalidad sobre la sexualidad de las Niñas, las Adolescentes, las Mujeres”; tanto así que, advierte, “los organismos internacionales de defensa de los Derechos Humanos, han hecho llamados de atención al gobierno y los demás actores del conflicto armado, para que respeten la integridad de la población civil, domeñada por el abuso sexual, en el caso de las mujeres.” Explican en este sentido que en muchas ocasiones de las “brutalidades” referidas resultan embarazos indeseados y la muerte de la mujer violentada.

Las autoridades accionadas, a juicio de los accionantes, han desconocido la gravedad de las circunstancias anotadas al adelantar la campaña institucional censurada, como quiera que a través de ésta se ha abusado de la imagen de la mujer, tratándola y presentándola como un objeto, estimulando la violencia sexual como arma de guerra o como un ejercicio más de discriminación validado por el propio Gobierno y las Fuerzas Armadas. Al respecto, los accionantes afirman que la campaña publicitaria refuerza la idea de usar el cuerpo de las mujeres, “como si no fuera de nuestra propiedad y como si no pudiéramos decidir sobre un ejercicio responsable, libre y placentero de la sexualidad.”

Para los accionantes, el mensaje de la campaña institucional quiere significar “que quienes se sientan liberados, deben para completar su libertad, tomar a las Mujeres y coger el dinero, que se han equiparado como objetos inanimados que están para ser usados.” Corte Constitucional T-722/03.

Con la importancia dada hoy a la argumentación jurídica (García Amado, 2003) en la jurisprudencia constitucional y la apertura de la discusión sobre el manejo de fuentes en la interpretación de la Constitución³², se da una conjunción que permite reconocer de otra manera a los sujetos de derecho en contexto, con identidades corporales enunciadas en los fallos de la Corte —en el caso de Colombia—, en toda la complejidad argumentativa exigida por los pronunciamientos sobre el cuerpo humano.

La argumentación permite comenzar a enunciar la razón de sus peticiones de reorganización de biografías y el reconocimiento de las mismas para la vida cotidiana. El siguiente es un aparte del fallo de constitucionalidad sobre el Protocolo Facultativo de la Convención de Derechos del Niño:

“También, en el Informe Provisional preparado por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, ...se expresa, en relación con las causas de aquellas y las características de las víctimas:

“A. Causas

9. Las causas del problema abarcan una amplia gama de circunstancias y de prácticas perniciosas que van en contra de los intereses de los niños, desde la necesidad económica a las discrepancias socioculturales

32. Acerca de esta discusión entre otras: Sentencias T-406/92, C-113/93, C-131/93, C-486/93, C-083/95, T-123/95, T-260/95, C-037/96, C-109/95, SU-047/99, T-1072/00, C-252/01, C-836/01.

pasando por la discriminación sexual y otras formas de discriminación por motivos de raza, casta o clase. Por lo que respecta a la discriminación por motivos de género, las niñas son más vulnerables a la explotación sexual, ya que, entre otras cosas, hay una cultura de violencia, violación, incesto y abusos sexuales y de otra índole contra las mujeres. La discriminación comprende también el menosprecio sistemático de las mujeres, a las cuales se valora en términos de «propiedad» o por lo que pueden ganar con su trabajo, y arraiga en la organización social y las estructuras de poder, que dan a los hombres mayores prerrogativas y poder sobre las mujeres.

1. Las víctimas

“14. En todo el mundo, los niños se están volviendo cada vez más vulnerables a la explotación sexual con fines comerciales. Su vulnerabilidad suele deberse a las circunstancias que atraviesa su familia, ya sea que pertenezcan a una familia marginada o destrozada, hayan recibido malos tratos en ella o sean hijos de mujeres que trabajan en la industria del sexo.

“15. Los niños de la calle son particularmente vulnerables, ya sea por la presión que suelen ejercer sobre ellos sus compañeros o porque la prostitución constituye para ellos un medio de subsistencia. Los niños que se encuentran en orfanatos o bajo la custodia de las autoridades locales también suelen ser objeto de abusos sexuales por parte de los adultos que ostentan cargos de confianza o de autoridad. Son víctimas fáciles de los desaprensivos que alegan el pretexto de que ha habido consentimiento.

“16. Asimismo, la frecuencia creciente con que se recurre a la fuerza o al rapto para arrastrar a los niños a las redes de explotación y abuso entraña una amenaza grave para los niños que no pertenecen a grupos marginales”. Corte Constitucional SC-318/03 Aprobación Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de niños en la Pornografía.

La complejidad está en la carga valorativa que debe ser expuesta, no sólo por lo moralmente necesario del fallo en tanto referencia delitos contra menores, sino porque se deben asumir los contextos narrativos en la relación cuerpo - derecho, atravesada por discursos religiosos, éticos, de salud, de comportamiento. El cuerpo es para todos, dentro y fuera del campo jurídico, una construcción de imaginarios y redes axiológicas, los modelos de cuerpo que enunciamos se corresponden con nuestros capitales culturales y estos, tal como afirmamos, impregnan también nuestra concepción del derecho. Los niños y los jóvenes piden hoy al derecho reconocer sus procesos identitarios específicos, para reafirmarse al interior de los procesos sociales en tal diferencia y sin exclusiones. Lo que antes de 1991 aparecía como irrelevante, se hace hoy determinante para niños y jóvenes.

En Sentencia de Corte Constitucional T-658 /99 se relacionan los siguientes hechos ocurridos en un colegio:

-El día once de marzo de 1999 el profesor de educación física le manifestó que no podía entrar a clases porque tenía el cabello largo, enviándolo donde la coordinadora, quien debía autorizar la asistencia futura a las clases.

-Agrega que se ha sentido discriminado por los profesores, quienes le han dicho en público, que la gente que mantiene el cabello largo es drogadicta, sucia y no prospera en la vida.

-Se recibieron las declaraciones de las directivas del Colegio, las cuales señalaron que en su Manual de Convivencia, el cual aparece firmado por el actor, existen cláusulas a las que se comprometió al momento de

matricularse y que ha incumplido en lo que tiene que ver con las condiciones de aseo y presentación personal que el colegio exige.”

Este enfrentamiento entre los conceptos de ‘normalización’ de cuerpos de los adultos³³ y los deseos estéticos e identitarios de los jóvenes³⁴ aparece como una demanda al derecho para resolver tales conflictos. Lo que buscan los jóvenes es deconstruir en el derecho las identidades impuestas desde afuera.

La Corte consideró en la sentencia antes citada:

«En el caso concreto, la longitud del cabello, es pauta de comportamiento que se debe inducir en el estudiante por los mecanismos propios del proceso educativo. Nunca mediante la vulneración de derechos fundamentales. No son los Manuales de Convivencia herramientas dominantes y autoritarias que se utilicen para incluir preceptos que vulneren los derechos constitucionales de menores, que pueden al tiempo que verse privados de los beneficios de la educación, sentir amenazada y quizás distorsionada su libertad de autodeterminarse.

Y citando el fallo de unificación 641 de 1998:

*el largo del cabello y la forma del peinado, el maquillaje y el adorno corporal, así como el uso de accesorios hacen parte del derecho a la propia imagen, en cuyo ejercicio toda persona está facultada para decidir de manera autónoma cómo desea presentarse ante los demás, si acepta que su figura sea captada y difundida por los medios de comunicación cuando no se halla en un lugar público o abierto al público, si usa barba o bigote, si disimula o resalta determinada característica física, si usa o no las prendas que están de moda, etc.”*³⁵

Hay múltiples sentencias en la Corte Constitucional sobre demandas identitarias de jóvenes similares a la del fallo citado.³⁶ En Sentencia T-259/98 dijo la Corte en sus consideraciones:

“El impedir el uso del arete y la utilización de expresiones tales como «te ves muy lindo» o el uso del refrán «quien se deja abrir la oreja, se deja también abrir el culo», al que hizo alusión el Coordinador de disciplina, no sólo coarta el derecho del menor a la autodeterminación, sino que constituye un trato degradante -artículo 12 de la C.P., y viola el artículo 44 ibidem que garantiza a los menores protección contra toda forma de violencia moral, como sin duda lo es una censura como la que públicamente le formuló el maestro al alumno”.

El derecho a la propia imagen es trascendente para humanos y humanas, es el territorio desde el cual nos relacionamos con los demás, otra forma de comunicarnos, y en esa medida no puede ser indiferente para el derecho en las

33. El cuerpo normatizado apunta a lo que Beatriz González Stephan (1996) ha llamado diseño del cuerpo ciudadano, Economías fundacionales. Nueva Sociedad.

34. También de los niños y las niñas, en Sentencia SU-642/1998 la Corte Constitucional se pronunció en relación con el libre desarrollo de la personalidad de una menor de 6 años a quien estaban obligando a cortarse el cabello en el jardín infantil argumentando la prevención sanitaria para evitar la proliferación de piojos.

35. ST-366 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández.

36. Por ejemplo Sentencias T-366/97, T-516/98, T-695/99, T-1086/2001, T-037/2002, T-435/02.

reconstrucciones biográficas³⁷. Lo anterior no sólo por el actual imperio de la corporalidad³⁸ que afecta a hombres y mujeres de todas las edades, sino porque estamos corporalmente en el mundo para las intersubjetividades.

Se trata de cómo nos vemos y afirmamos antes los demás, de hacer cambios sobre el cuerpo, de la enfermedad, del derecho a disponer sobre el propio cuerpo, del disfrute corporal, de las opciones sexuales, de los derechos sexuales y reproductivos... se trata de cada una/o de nosotros en el mundo en que habitamos, el del derecho.

En Colombia se multiplican las tutelas por el derecho a la salud en tanto modificaciones corporales, que no siempre encuentran su móvil en la estética:

“La cirugía solicitada a Coomeva E.P.S., no puede ser considerada como una “cirugía estética”, y por lo tanto excluida del P.O.S., ya que de los diagnósticos que emitieron los médicos y que obran dentro del expediente se deduce que la cirugía la requiere la demandante para mejorar las dolencias que la afectan. Considera la Sala que la cirugía que requiere la accionante, tiene como finalidad esencial, garantizar el derecho a la salud, a la dignidad, seguridad social y a la integridad física y que su caso es similar al resuelto en la T-1251/00, luego se reitera dicha jurisprudencia en armonía con las otras jurisprudencias citadas en el presente fallo.” Corte Constitucional ST-935/01

No procedencia de la tutela para la realización de cirugías de carácter estético

“Si no se demuestra que una cirugía que en principio está catalogada como de carácter estético compromete el derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas³⁹ no procede la

37. Gloria Garay y Mara Viveros (1999): “Antes de salir de casa en la mañana, a través de nuestro reflejo en el espejo, controlamos rápidamente nuestra imagen: si el cabello está ordenado o planificadamente desordenado, el efecto final de la combinación de la ropa que escogimos, la expresión del semblante con el cual vamos a encarar el mundo... Podemos además recorrer con la mirada el tono de los músculos que activamos con las rutinas diarias del ejercicio. Otros, que por distintas razones permanecemos en la calle, evaluamos, a través del reflejo en las vitrinas, el desgüeño del cabello, cara, ropa y la expresión adusta y agresiva que utilizamos para enfrentar, asustar, quebrantar la voluntad de quienes nos van a dar monedas, billetes o comida. Ocurre también que nos transformamos en escaparates de otros signos, presentados ya sea con sutileza, ya sea con ostentación: un reloj, aretes en las orejas o la nariz, un corte de pelo, un pañuelo, un cinturón, las marquillas de los jeans o de las botas, evidenciando nuestra adhesión a una u otra tribu urbana... Cuerpo-imagen, cuerpo-máquina, dos de las formas como nos es posible existir hoy en día. Consumismo los signos que ofrece un mercado transnacional, a través de medios masivos de comunicación, signos para distinguirnos y excluir a otros, signos de efímera duración y en perpetua reinención”.

38. Ver Anne Fohr et Isabelle Monnin (enero 2004) *La tyrannie du corps idéal*, Le Nouvel Observateur.

39. Esta corporación ha tutelado en varias ocasiones el derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas de mujeres que han necesitado mamoplastia reductora, operación que en principio es considerada de carácter estético, cuando el gran tamaño de sus senos causaba fuertes dolores de espalda (Ver sentencia T-461/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). También se ha tutelado el derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas de una menor a quien no le crecía uno de sus senos para que se le colocara la prótesis así el síndrome de poland del cual padecía no comprometiera aspectos funcionales por encontrarse que la carencia de tal miembro implicaba un grave perjuicio psicológico y el concepto de salud también engloba tal aspecto (T-566/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Finalmente se ha tutelado el derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas de una mujer que sufría graves depresiones a causa de la supresión de sus senos como consecuencia del cáncer que padecía. En tal tutela se ordenó a la EPS la realización del implante (Ver sentencia T-572/99 M.P. Fabio Morón Díaz).

*tutela*⁴⁰. Al no verse comprometido un derecho de carácter fundamental, no procede la protección del derecho a la salud individualmente considerado⁴¹. Corte Constitucional ST-749/01

También son comunes las tutelas solicitando protección a personas en debilidad manifiesta por su condición física como los discapacitados por distintas dolencias o limitaciones:

“La discriminación histórica que ha aquejado a los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos colombianos determinó al Constituyente de 1991 a ordenar que el enfoque social de la organización política debe concretarse en la definición de cometidos y acciones estatales que hagan prevalecer el goce efectivo de los derechos de esas personas. Por tal razón, configura deber estatal adelantar el diseño y la ejecución de políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los discapacitados (C.P., art. 47), con el fin de que se conviertan en personas socialmente útiles y productivas”. Corte Constitucional SC-531/00.

El cuerpo ha sido una evidencia no conflictiva para el derecho, aun si en el Código Penal se contemplan delitos contra la vida y la integridad personal, contra la libertad y formación sexuales o contra la familia. O aun si el Código Civil habla de personas, edades y capacidades. Hoy encontramos en la Constitución la posibilidad de contar historias sobre sujetos en contexto desde la raza, cultura, sexo, edad, condición física, opción sexual.

Las disposiciones se hacen realidad en tanto los sujetos las corporalizan y las convierten en práctica social inscrita en la vida cotidiana y en las historias particulares, una vez que los jueces crean una ficción que nos entregan en las narrativas jurisprudenciales.

40. Ver sentencia T-449/97 M.P. Hernando Herrera Vergara. En este caso no se concedió la tutela al accionante que solicitaba se le realizara cirugía de carácter estético por unas cicatrices que le quedaban en la ceja después de un accidente.

41. Cf. ST-757/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En este caso no se tuteló el derecho al la salud de una señora que por tener un nódulo quístico en la ceja derecha de crecimiento lento el cual no producía trastornos en la visión pero alteraba las proporciones del rostro solicitaba la realización de cirugía plástica.

BIBLIOGRAFIA

- Adolfo León Gómez Giraldo (1999). Seis conferencias sobre Teoría de la Argumentación, AC Editores, Colombia
- Alicia Ruiz (1989). Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría crítica del derecho). En *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- Clara Sandoval (2003). La construcción de un discurso contrahegemónico del derecho en “América Latina”; comentarios y alternativas a la propuesta sobre la consolidación de los estudios jurídicos críticos, *Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. ILSA, Universidad Nacional de Colombia. Bogotá
- Ch.Perelman y L. Olbrechts-Tyteca (1994). *Tratado de la Argumentación, la Nueva Retórica*, Editorial Gredos
- Christian Courtis(2003). *Reyes Desnudos*. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales, en *Filosofía, política, derecho, Homenaje a Enrique Marí*. Comps. Claudio Martyniuk y Roberto Bergalli. Prometeo Libros, Buenos Aires
- Clara Sandoval y Oscar Guardiola (2003). Estudio preliminar en *Derecho y Globalización*, William Twining. Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores. Bogotá.
- Frances Olsen (2001), *El sexo del derecho*, en *Desde otra mirada, textos de teoría crítica del derecho*, Eudeba
- Guyora Binder, Robert Weisberg (2000). *Narrative Criticism of Law, Literary Criticisms of Law*, Princeton University Press.
- Gloria E. Gómez (2002). *Cuerpo, significante y goce*, en *Revista El Jardín de Freud, No.2 Cuerpos y goces contemporáneos*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.
- Hermann Herlinghaus (2002). *Narración e Imaginarios identitarios. Paradojas y pistas de reflexión*. *Revista Nómadas, Subjetividades contemporáneas: producciones y resistencias*. Universidad Central. Bogotá.
- Jacques Lacan (1971). *Escritos 1*, Siglo Veintiuno Editores, México, Espasa, Argentina.
- Jorge David Bedoya (2002). *Una Mirada a temas tradicionales del derecho privado desde la jurisprudencia de exequibilidad de la Corte Constitucional Colombiana*. *Revista de Derecho Privado*. 27. Universidad de los Andes. Bogotá.
- Juan Antonio García Amado (2003) *Retórica, Argumentación Derecho, Ensayos de Filosofía Jurídica*, Temis, Bogotá.

- Luc J. Wintgens (1994). Retórica, razonabilidad y ética, un ensayo sobre Perelman, en DOXA No.14
- Manuel Atienza (1998) A propósito de la Argumentación Jurídica, en DOXA No.21
- Martha Nussbaum (1995). Justicia Poética. Editorial Andrés Bello. Chile.
- Mauricio García Villegas (1993). La eficacia simbólica del derecho. Ediciones Uniandes. Bogotá.
- Pierre Bourdieu (2000) y Gunther Teubner, *La fuerza del derecho*, Estudio preliminar de Carlos Morales de Setién Revina, Pensar, Uniandes, Siglo del Hombre editores, Colombia.
- Peter Brooks, Paul Gewirtz (1996). Law's Stories. Yale University Press.
- Rafael Montesinos (2002). Las rutas de la masculinidad. Ensayos sobre el cambio cultural y el mundo moderno. Gedisa. España.
- Roland Gori (1980). El cuerpo y el signo en el acto de la palabra. Kapelusz. Argentina.
- Robert Cover (2002). Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial. Gedisa. Barcelona.
- Robert Cover (2002). Derecho, Narración y Violencia, poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial, ed. Christian Courtis. Gedisa
- Slavoj Zizek (2000). Mirando al sesgo. Una introducción a Jacques Lacan a través de la cultura popular. Paidós. Argentina.
- Zandra Pedraza Gómez (1999). En cuerpo y alma: visiones del progreso y de la felicidad. Universidad de los Andes. Bogotá.

INTERPRETAR Y ARGUMENTAR: HACIA UNA PRAGMÁTICA DEL CONFLICTO EN EL DERECHO

Roque Carrión Wam*

INTRODUCCIÓN

A fines del siglo XX se ha instalado, en el campo teórico y práctico del Derecho, una fuerte tendencia a considerar los factores interpretativos de la ley, en sus contextos propios judiciales, como elementos importantes para reformular las teorías del derecho y el sentido social de su práctica discursiva, racional y argumentativa. Me parece que este *Tercer Encuentro con la Justicia: Interpretación, Argumentación y Precedente. Otra forma de entender el Derecho* parece sugerirnos, en la segunda parte del subtítulo, que por la vía de la interpretación, la argumentación y el precedente podemos encontrar “otra forma de entender el Derecho”. Entender de este modo la Convocatoria de este evento es otra forma de recordarnos que debemos re-pensar esta *vexata quaestio iuris* que ha venido caracterizando tanto una parte de la teoría y filosofía del derecho, como la práctica jurídica tribunalicia y jurisprudencial.

Efectivamente, es un lugar común afirmar que la profesión de abogado y de la acción de la justicia, a través de los jueces, se caracterizan por la específica actividad de interpretación de las leyes. Y que los abogados, jueces, notarios, profesores de derecho, poseen particulares habilidades intelectuales y métodos especiales para ejercer esta práctica interpretativa; se sugiere que los juristas son intérpretes de las leyes como los médicos son intérpretes de los signos del cuerpo.

* Profesor Titular Investigador, Centro Latinoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Carabobo. Valencia, Venezuela. Ex profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

Pero mientras que los médicos practican su arte de desentrañar los síntomas patológicos del cuerpo sobre la base de una práctica teórica orientada por una semiología o semiótica médica “que se ocupa (del) estudio de los signos y síntomas de las enfermedades”,¹ los juristas no han llegado a constituir un cuerpo de doctrina metodológica, ni menos una semiótica jurídica estándar que sirva de referencia obligada para el estudio de los signos jurídicos, a la par de los médicos.

Esta analogía que sugiero, que como toda analogía puede exagerar los elementos comparativos de uno y otro arte de interpretar signos, vale porque nos recuerda la ausencia de una semiótica jurídica, a pesar de la existencia de una larga tradición de esfuerzos teóricos y prácticos para construir una guía metodológica para la interpretación de las leyes. Este hecho se torna aún más escandaloso, cuando comprobamos que el mito popular respecto de los juristas como “especialistas” en “hacer decir a las leyes lo que uno quiere que digan”, no se basa en nada que se pueda aprender sistemáticamente en las Facultades de Derecho, cuyos programas apenas hacen referencia, en los cursos o materias de Introducción al Derecho o de la Filosofía del Derecho, al tema de la *Interpretatio Iuris*.

Al parecer, pues, los juristas aprenden a interpretar y argumentar en el campo de las disputas jurídicas de forma autodidacta. Que esto es así se deja ver en los escritos de los abogados y en las sentencias de los jueces. Hay, sí, una abusiva jerga interpretativa de las leyes que a diario se usa en los tribunales, y también en los noticieros televisivos y radiales y en las crónicas periodísticas. Creo que no he exagerado al señalar estas ausencias en los estudios de derecho, en las disputas doctrinarias de los juristas y en los análisis de los prácticos del derecho: no hay una formación, ni siquiera literaria, de la historia de las ideas jurídicas sobre la interpretación y argumentación jurídicas y la enseñanza del derecho positivo en las Facultades de Derecho carece, de manera endémica, de una orientación para estudiar los llamados “métodos de interpretación de la ley”. Esta anomalía congénita en la formación de los juristas, responde a una tradición dominante, aún hoy, de la conformación del derecho positivo moderno. Entrar, en esta ocasión, a contar la historia de este fenómeno nos desviaría por campos que no son los propios de este Encuentro.

No revelo ninguna verdad si recuerdo que no hay ciencia ni técnica sin sustento histórico; de aquí la importancia de la historia de las ideas jurídicas modernas, de

1. Surrós Batlló, Juan y Surrós Batlló, Antonio. *Semiología Médica y Técnica exploratoria*, Barcelona, Massori. 1998 p. 1, reimpresión de la 7ª edición.

la hermenéutica jurídica y de la argumentación jurídica son, por derecho propio, áreas de investigación y estudio que ya no pueden estar ausentes en los estudios de derecho positivo e, incluso, en la formación de esos nuevos “científicos sociales” llamados politólogos.

1. En lo que sigue, intentaré bosquejar un restrictivo panorama de las tendencias que han marcado hito en la tradición hermenéutica jurídica; seguidamente presentaré un sucinto bosquejo de lo que podemos entender hoy como ‘argumentación jurídica’ y, por último dejaré bosquejada una propuesta, la que se anuncia en la segunda parte del título de este trabajo: “hacia una pragmática del conflicto en el derecho”, que intenta señalar una vía exploratoria para iniciar la difícil tarea de poner las bases de una semiótica jurídica “no ilusionista”, atendiendo la crítica de Enrique Haba respecto de ciertas teorías semióticas aplicadas al análisis del discurso jurídico².

Uno de los más distinguidos teóricos de la hermenéutica, Hans-George Gadamer ha reconocido “el significado paradigmático de la hermenéutica jurídica”³. Desde, por lo menos, el siglo XVI, según Plachy, aparece una clara tendencia a construir una teoría de la interpretación del derecho que se manifiesta, especialmente, “con un empuje extraordinario en el humanismo jurídico del quinientos”⁴. Tal parece haber sido el interés sobre el tema que, según Plachy, el jurista Viglius Aytta van Zwichem afirmaba en 1532: “sin la interpretación no hay doctrina jurídica: todo se resume a encontrar un método justo de la interpretación”⁵. El estudio de la interpretación jurídica formaba parte de la formación humanista de entonces. Según cree el mismo Plachy “la interpretación sirve para hacer descender de las alturas a la estructura filosófico-jurídica al plano operativo del derecho vivo”⁶.

Entre los siglos XVI al XVIII la interpretatio iuris sufrió altibajos que van desde el surgimiento de la doctrina conocida a través del adagio *in claris non fit interpretatio*, la misma que, en una formulación iluminista, en palabras de Beccaria, se le aludía negativamente señalando que “los desórdenes que nacen de la interpretación “están

-
2. Haba, Enrique. “Semiótica ilusionista y Semiótica desencantadora”, en. *DOXA*, 23, 2000, pp. 561-594
 3. Gadamer, Hans-George. *Verdad y Método. Fundamentos de la hermenéutica filosófica*. Ediciones Sígueme, Salamanca, 1997, p. 396
 4. Plachy, Adolfo. *La teoria della Interpretazione. Genesi e historia della hermeneutica moderna*. Dott A. Guiffre, Editore, Milano, 1974, p. 1
 5. Idem.
 6. Op. cit. p. 37.

lejos de poder compararlos con los que nacen de la “rigurosa y literal observancia de la ley penal”. Beccaria se hace portavoz de esos ideales al exigir la escritura de las leyes en una lengua que no sea extraña al pueblo, la publicidad de la ley a través de la imprenta, la misma que “ejercería un efecto disipador de cábalas e intrigas”⁷. Y en este contexto, el ahora conocido y ambiguo recurso retórico al “espíritu de las leyes”, tenía su expresión cabal y realista en la formulación de su inspirador Charles de Secondat barón de La Grède et de Montesquieu: el tal espíritu de las leyes consistía en “las diversas relaciones que las leyes pueden tener con las diversas cosas”, donde “cosas” eran algo muy concreto y que van desde los “caracteres físicos del país” hasta el “género de vida de los pueblos”, la religión de sus habitantes, su comercio, sus costumbres y maneras⁸.

Los tópicos que hasta hoy se conservan en la jerga interpretativa jurídica los pone a circular, al parecer, Karl Friedrich von Savigny en su *Sistema de Derecho Romano Actual* (Cap. IV del V. 1. Interpretación de las leyes) ¿En qué consiste, para Savigny, la interpretación de las leyes? En que “como la de todas las artes, se limita a establecer los presupuestos y a enseñar los peligros que podemos encontrar en nuestro camino”⁹. Y, por ello, la interpretación es “un arte que se aprende por el estudio de los grandes modelos que la antigüedad y los tiempos modernos ofrecen en abundancia”. La idea de “métodos de interpretación”, en sentido fuerte, es, pues, extraña a Savigny. Nuestro autor afirma que interpretar la ley no es hacer algo diferente a la “interpretación de cualquier otro pensamiento expresado en el lenguaje” e introduce los famosos cuatro topoi de la interpretación: el gramatical (el lenguaje de las leyes), el lógico (la descomposición del pensamiento (en) las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes), el histórico (el lado sincrónico y diacrónico de la ley diríamos hoy) y el sistemático que “tiene por objeto el lazo íntimo que une a las instituciones y reglas de derecho en el seno de una vasta unidad”¹⁰.

Historia, sistema legal y texto de la ley son tres momentos interrelacionados que, reproducidos en “nosotros mismos la operación intelectual en virtud de la cual se determina el pensamiento de la ley” permite lograr una exitosa interpretación; éxito que admite grados en “relación directa con el talento del intérprete” y con el

7. Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Edición de Franco Venturi /trad. De Joaquín Jordá Catalá). Bruguera S.A, Barcelona, 1983, pp. 22-23, 57-59

8. Montesquieu. “De l’Esprit des Lois”. *Oeuvres Complètes* Aux Editions de Seuil, Paris, 1964, p. 532.

9. Savigny von, Karl Friedrich. *Sistema del Derecho Romano Actual* (versión castellana de Jacinto Mejía y Manuel Poley) Centro Editorial de Góngora, s/f, V. 1, p. 1986.

10. Op. cit, p. 187.

del legislador. Todas estas recomendaciones valen, según Savigny, para la “interpretación de las leyes en su estado normal”¹¹.

Tampoco François Géný, a pesar del título de su clásica obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai Critique*, propondrá una estructura metodológica de interpretación de la ley. Por el contrario, ni siquiera el “fenómeno de la codificación” impedía “en lo que realmente había de esencial, la libertad de interpretación jurídica”. Así, para Géný la ley escrita no nos proporciona “todas las soluciones que requiere la práctica” y la “lógica del derecho” es impotente para darnos la “clave de los problemas de la vida social”; de aquí que Géný sostenga que hay que dejar en libre curso a la “actividad individual del intérprete, quien deberá escrutar él mismo las exigencias de la naturaleza de las cosas y las condiciones de vida”¹².

La obra de Emilio Betti es, me parece, un intento de construcción de una teoría general de la interpretación dentro de la cual encuentra su lugar la específica interpretación jurídica. En la perspectiva de cierta orientación vigente sobre el discurso del derecho y su interpretación, la obra de Betti se aproxima a la tesis que considera al derecho como una expresión de la racionalidad práctica, con ciertos rasgos propios del contexto en el que Betti desarrolla su tesis. Según Betti, la función normativa de la interpretación jurídica se instaura en el marco del “entender para obrar” o “si se prefiere -dice Betti- para decidir, o sea para tomar partido respecto de los preceptos a observar, o en orden a dogmas, valoraciones morales o situaciones psicológicas a tener en cuenta”¹³.

Para Betti la interpretación jurídica tiene tres funciones: a) una cognoscitiva en el reconocimiento de la ley o de otra fuente de derecho; b) una normativa que busca “obtener máximas de decisión y de acción práctica” y c) reproductora o representativa como “medio de un fin ulterior que es el hacer entender a un círculo de destinatarios”¹⁴. La jurisprudencia civilista le permite a Betti detectar ciertos tipos de cánones hermenéuticos: los correspondientes al objeto que son la inmanencia y la autonomía (su “interior necesidad y racionalidad”); otro es el relativo a la “correlación existente entre las partes constitutivas del discurso”; y el tercer canon es el de la interpretación supletiva: “integrar la valoración normativa en su

11. Op. cit. p. 192.

12. Géný, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai Critique*. Seconde édition revue et mise au courant L.G.D.J. Paris, 1954, 2^e T1. P.207 (1^a edición 1899).

13. BETTI, Emilio. *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Editorial revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, p. 95.

14. Op. cit. pp. 49-50, 52, 54. Para la función normativa Cf. Betti, Emilio. *Teoría Generale della interpretazione*. Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, T.1, Cap. VIII, 1995.

racionalidad, desarrollando ulteriores secuencias con ello coherentes, o por el contrario, en caso de falta de racionalidad, limitando su aplicación”¹⁵.

Y los cánones hermenéuticos del sujeto son: a) la actividad de entender es decir “el intérprete recorre por sí mismo el proceso creativo”; b) la correspondencia o consonancia hermenéutica: que el intérprete y el objeto por entender “vibren en perfecto unísono”¹⁶. Además, según Betti, la teoría de la interpretación cumpliría una función pedagógica, pues es “una teoría particularmente adaptada a educar a los jóvenes en el sentido del respeto a las opiniones de los demás”¹⁷.

Frente al entusiasmo por una teoría general de la interpretación que guiaría la interpretación jurídica, se ha erigido, desde 1934, una teoría del derecho que incluye, en su aparato conceptual, la tesis de la imposibilidad de los métodos cognoscitivos positivos como garantía de una interpretación, de una decisión correcta, a la cual se llegaría por medio del uso de un método jurídico positivo. Kelsen se ha declarado abiertamente contrario a admitir esta posición “ilusionista” propia, al parecer, de una determinada jurisprudencia tradicional que imagina el proceso de interpretación como si: 1) sólo se tratara en él de un acto intelectual de esclarecimiento y comprensión, 2) el órgano de aplicación de derecho sólo tuviera que poner en movimiento su entendimiento y no su voluntad, 3) mediante una pura actividad del entendimiento pudiera encontrarse, entre las posibilidades (de interpretación) dadas una opción correcta según el derecho positivo, que correspondiera al derecho positivo¹⁸. De aquí la rotunda conclusión de Kelsen: “resulta inútil pretender fundar jurídicamente una de esas posibilidades con exclusión de las otras”¹⁹.

La imposibilidad de encontrar un método racional que positivamente determine, concluyentemente, la correcta interpretación, le permite a Kelsen afirmar que “en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación del derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la investigación

15. Betti, *La teoria Generale...*, cit. p. 37.

16. *Op. cit.* p. 41.

17. *Op. cit.* p. 24.

18. Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho* (versión castellana de la 2ª edición alemana de 1960 de Roberto Vernengo) UNAM, México, 1979, p. 352 (párrafo subdividido por nosotros).

19. *Op. cit.* p.353. Para una revisión de la teoría kelseniana de la interpretación jurídica, parece necesario señalar claramente que la tesis sólo ataca la pretensión ilusionista del fundamento jurídico de una posible interpretación correcta. No se afirma, con ello que la disputa racional interpretativa no cuenta para nada en la decisión judicial.

cognoscitiva muestra”²⁰. La posición de Kelsen respecto de toda pretensión de un método de interpretación positivo de la ley, se convierte, finalmente en una investigación sobre el proceso de decisión del juez²¹.

Dos años antes de la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen, en 1958 Alf Ross publica su extenso trabajo *Sobre el derecho y la Justicia* en la que se concibe el “método jurídico (interpretación)” como fundamentalmente empírico y, por ello, afirma Ross “tenemos que analizar... la práctica de los tribunales y tratar de descubrir los principios y reglas que realmente los guían en el tránsito de la regla general a la decisión particular”²². Pero, adelanta Ross, la práctica interpretativa que se realiza en los tribunales de justicia no nos permitirá encontrar “reglas fijas” ni “principios de interpretación ‘vigentes’”²³. Lo máximo a lo que podemos aspirar es a detectar “un estilo de método o estilo de interpretación”²⁴. Por todo esto, la interpretación “es política jurídica y no ciencia del derecho”²⁵.

Agregaré sólo tres brevísimas referencias más: los capítulos IV y V de la *Metodología de la Ciencia del Derecho* de Karl Larenz, que toca también los tópicos de la tradición hermenéutica jurídica²⁶; los trabajos seminales de Giovanni Tarello para quien el objeto de la teoría de la interpretación “no puede ser otro que un fenómeno (simple o complejo) susceptible de un análisis empírico”²⁷. Y del lado de nuestro subcontinente señalo los trabajos de Julio C. Cueto Rúa²⁸ y la disputa sobre la interpretación de la ley entre Sebastián Soler y Genaro Carrió, entre otros²⁹.

20. Op. cit. p. 354.

21. Para una exposición más detallada y contradictoria con la tesis cossiana del método de interpretación, véase Roque Carrión. “La producción de la sentencia”, en, *Enciclopedia jurídica OMEBA*, Tomo VII, Apéndice, 1996, pp. 857-875.

22. Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia* (traducción de Genaro R. Carrió) EUDEBA, Buenos Aires, 1963, p.106.

23. Idem.

24. Idem.

25. Idem. Ross separa algunos tópicos de la interpretación jurídica como los semánticos sintácticos, lógicos, pragmáticos, desde una perspectiva no esencialista del lenguaje cotidiano jurídico y en el que el “contexto y la situación son los auxiliares fundamentales para la interpretación judicial” p. 115.

26. Larenz, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho* (traducción de Marcelino Rodríguez Molinero de la 2ª edición (de la 4ª alemana definitiva, 1980).

27. Tarello, Giovanni, *Diritto, Enunciati, Usi, Studi de Teoria e metateoria del diritto*. Il Mulino, Bologna, 1971, p. 421 y “Preliminari a una teoria dell’interpretazione giuridica”, en, *Estudios en honor del Doctor Luis Recasens Siches*, 1, UNAM, México, 1980.

28. Cueto-Rúa, Julio C. *Judicial Methods of Interpretation of the Law*, Louisiana State University, 1981.

29. Soler Sebastián. *La interpretación de la ley*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962 y *Las palabras de la Ley*, FCE, México, 1969. CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, y *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971. Hay que señalar algunos otros aportes a la investigación del fenómeno de la interpretación jurídica que, en su momento, en América Latina, tuvo impacto entre los juristas; me refiero a la obra de Luis Recasens Siches. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. FCE. México, 1956 y “La lógica de los problemas humanos”, en *DIANOLA*, Anuario de Filosofía, FCE. UNAM, México, 1964.

Ahora bien, de este breve repaso de la larga tradición de la interpretación jurídica, no podemos menos que insistir en tener en cuenta esta historia que nos atañe directamente tanto como teóricos y como prácticos del derecho. Si no tenemos, aún hoy, una teoría estándar de la interpretación de la ley, por el contrario sí poseemos una tópica de la misma, cuya revisión crítica y comparativa es una tarea ineludible tanto para la investigación como para la formación de los abogados y para la cultura jurídica de los prácticos.

Pero aún queda algo por decir en este primer apartado: sugerir alguna respuesta a la primera parte del título de la Convocatoria de este Encuentro. ¿Desde la tópica de la interpretación de la ley podemos encontrar una vía para intentar “otra forma de entender el derecho? Según Tarello, por ejemplo, no se debe hablar de ‘interpretar el derecho’ sino de la ‘interpretación de la ley’ y, en este sentido, cabe mencionar adelantos tímidos de subvertir un poco la tradición reseñada: me refiero a la aparición de la visión del uso alternativo del derecho, originalmente nacida en Italia y asumida por algunos movimientos de juristas latinoamericanos, quienes también han hablado de ‘pluralismo jurídico’ o de la ‘contra-cultura jurídica’, hasta las sugerencias sobre una ‘postmodernidad jurídica’. Todos estos movimientos han criticado las instituciones jurídicas de origen moderno y con ello la tradición que la sustentan, y recalcan la tensión existente entre la ley, como texto que contendría en sí misma el único significado positivo correcto y las exigencias de la vida social que pretenden ampliar el excluyente ámbito de significado de la ley positiva. En este contexto crítico, sólo se ha apreciado una práctica ideológica obstructiva en la interpretación de las garantías racionales procesales en la ‘aplicación de la ley’. En la medida en que esta historia de la interpretación de la ley no ha llegado a constituir un cuerpo doctrinal homogéneo, la respuesta a la pregunta arriba indicada parece llevarnos a la posibilidad de desarrollar algunos de los derroteros teóricos para, desde ellos, proponer otra versión omnicomprendiva no sólo de la ley, sino del concepto mismo de Derecho. Y con esto llegamos a una tesis que es reiterativa en las actuales tendencias iusfilosóficas: la *teoría del derecho* que se asuma, conscientemente o por transmisión acrítica, es determinante frente al tema de la interpretación de la ley.

2. No creo estar desencaminado si sugiero que el uso de la expresión ‘argumentación jurídica’, la acción de proponer, proporcionar ‘argumentos’ en la formación de las leyes, en los escritos de los abogados y en las sentencias judiciales es un uso lingüístico más tardío que el uso de la expresión ‘interpretación jurídica’. En uno

de los textos clásicos del siglo XX que ha influido, al parecer, en la cultura jurídica de los prácticos, el libro de M.P. Fabreguettes *La Logique Judiciaire et l'art de juger* (1914), la 'argumentación' es un medio que se utiliza para la "interpretación extensiva de la ley"; y un "argumento es un razonamiento por el cual se extrae una consecuencia de una o más proposiciones", que "tiene por objeto forzar al espíritu a admitir, como verdad, lo que antes no era reconocido como tal"³⁰. Y los argumentos que se usan para tales propósitos son los a pari (ratione), a contrario (sensu), a fortiore (ratione), a majori ad minus. La interpretación ordinaria de la ley, según Fabreguettes, es gramatical y lógica: la primera se produce cuando la redacción de la ley "no presenta, en sí misma, un sentido claro y completo; o cuando no expresa exactamente el pensamiento del legislador"³¹. La interpretación lógica de la ley consistirá en aplicar los cuatro argumentos indicados, más otros siete argumentos: a generali sensu, ratione leges stricta, pro subjecta materia, los extraídos de los trabajos preparatorios (de la ley), ab inutilitate legis, ab absurdum, ab auctoritate y a rubrica. "En materia jurídica -dice Fabreguettes- el argumento se apoya sobre un principio cierto o sobre un hecho establecido"³², y según la "relación del género de certeza" de los argumentos éstos son o apodícticos (verdades necesarias y absolutas) o dialécticos (verdad contingente o relativa); además aquí se usan otros argumentos como ad posteriori, ad hominem, de analogía, etc. El libro de Fabreguettes continúa desarrollando temas como la deducción y sus reglas, la inducción, presunción y cálculo de probabilidades, definiendo la probabilidad como "el estado intermedio entre la ciencia y la ignorancia"³³.

Medio siglo después de la aparición de la obra de Fabreguettes, Giovanni Tarello nos recuerda que este tipo de "teoría de la argumentación", que hasta hace un decenio estuvo de moda entre los estudiosos de lógica y metodología "es muy poco cultivada entre los juristas"³⁴. No obstante lo afirmado por Tarello, creo que podemos reconocer que los juristas hacen uso indiscriminado de este tipo de argumentos sin saberlo; es decir, efectúan discursos con fines de justificación, echando mano a este tipo de argumentos sin conocer la tradición jurídica de los mismos. En otro orden de ideas, esto significa que la educación jurídica ha olvidado estos tópicos de la argumentación jurídica.

30. Fabreguettes, M. P. *La Logique Judiciaire et l'Art de Juger*. L.G.D.J. Paris, 1926 (deuxième édition revue et corrigé) p. 375. La primera edición se publicó en 1914.

31. Op. cit. p. 380.

32. Op. cit. p. 477.

33. Op. cit. p. 493.

34. Tarello, G., *Diritto, Enunciati, Usi*, cit. p. 426.

Uno estaría tentado a afirmar que esta tradición de la argumentación jurídica se ha constituido en un tipo estándar de argumentación en las disputas legales. Yo creo que no es así, que las referencias a esta vieja tradición argumentativa son, más bien, esporádicas en el sentido en que no constituyen criterios regulativos de los efectivos discursos de la práctica jurídica. Independientemente de esta tradición tópica, otros, como Manuel Atienza piensan que “las obras de Mac Cormick y de Alexy presentan, precisamente, lo que me parece puede denominarse ‘la teoría estándar’”³⁵.

Si nos remontamos 33 años atrás, a partir de la aparición del *Traité de l'Argumentation. La Nouvelle Rhétorique*. De Chaim Perelman y L. Olbrechts-Tyteca³⁶ a la actualidad, se puede matizar un poco la afirmación de Atienza. Esto significa que en el escaparate de las teorías, más o menos desarrolladas, de la argumentación hay diferentes modos y técnicas de describir el proceso racional de argumentar en el derecho. En el *A Survey of 25 Years of Research on Legal Argumentation* de E.T. Feteris se concluye que la “argumentación legal es considerada como parte de un diálogo o discusión”, y que en la construcción de una teoría de la argumentación legal, se espera la cooperación de varias disciplinas: filosóficas, teóricas (modelos), empíricas, analíticas y prácticas, todo lo cual redundará en el progreso de la investigación y en el éxito de la aplicación de las perspectivas teóricas, en la práctica legal y en la educación legal³⁷. Y en la nueva línea de análisis pragma-dialécticos, la argumentación legal es considerada como parte de un procedimiento de discusión, en el cual el punto de vista legal se desarrolla de conformidad con ciertas reglas de discusión racional³⁸.

Uno de los intentos de diferenciar la interpretación y la argumentación en el derecho se debe a Neil MacCormick, quien subraya que la “interpretación sólo puede ser una parte de la argumentación legal, las mismas que encajan en una amplia visión de las teorías políticas y normativa constitucional, todo lo cual forma parte de la argumentación práctica”³⁹.

35. Atienza, Manuel. “Proyecto de una teoría de la argumentación jurídica”, en, *Las Razones del Derecho. Temas de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 235.

36. Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L. *Traité de L'argumentation. La nouvelle Rhétorique* 2e. édition. Editions de L'Institut de Sociologie. Université libre de Bruxelles, 1970.

37. Feteris, E.T. “A Surve of 25 Year of Research on Legal Argumentation”, en *Argumentation* 11, 1997. pp.368-369.

38. Feteris, E.T. “A dialogical theory of legal discussions: Pragma-dialectical analysis and evaluation of legal argumentation”, en, *Artificial Intelligence and Law*, 8, 2000, p.115.

39. MacCormick, Neil. “Argumentation and interpretation in Law”, en, *Ratio Iuris*, vol. 6, N° 1, March, 1993, p.16.

Detengámonos un momento y preguntémonos cómo se caracteriza la argumentación; en qué consiste argumentar. Según algunos autores:

1. “Argumentación es la actividad de poner argumentos a favor o contra algo” (MacCormick)⁴⁰.
2. “El dominio de la argumentación es el de lo verosímil, lo plausible, lo probable, en la medida en que este último escapa a las certezas del cálculo”. (Perelman-Olbrechts-Tyteca)⁴¹.
3. “La argumentación utiliza el lenguaje para justificar o refutar un punto de vista con el propósito de asegurar un acuerdo en las ideas. El estudio de la argumentación se centra típicamente en uno de dos objetos: o en las interacciones en las que dos o más personas dirigen o realizan argumentaciones tales como debates y discusiones, o en los textos o editoriales en los que una persona expone un argumento” (O’Keefe)⁴².
4. “Argumentar para convencer significa producir un acto ilocucionario para empujar a un hablante, un interlocutor, ideal o real, a realizar un acto perlocucionario, es decir, aceptar o rechazar la opinión o tesis que se le ofrece a través del propio acto de habla” (Lo Cascio)⁴³.
5. “La argumentación jurídica... (es) una práctica lingüística... en esta práctica siempre se trata de la corrección de la proposición normativa. La argumentación jurídica es, por tanto, un discurso y un discurso práctico” (Gianformaggio)⁴⁴.
6. “En principio, argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar... supone, pues, renunciar al uso de la fuerza física o de la coacción psicológica como medio de resolución de conflictos”
 - 6.1 “... en una argumentación -o en un argumento- pueden distinguirse varios elementos: aquello de lo que se parte, las premisas; aquello a lo que se llega, la conclusión; y los criterios que controlan el paso de las premisas a la conclusión, esto es, la inferencia”.

40. Idem.

41. Perelman, Ch. y Olbrichts-Tyteca, op. cit. p. 1.

42. Citado por van Eemeren, Frans H., Grootendrost, Rob, Jackson, Sally, Jacobs, Scott. “Argumentación”, en, Van Dijk (Comp.). *El Discurso como estructura y proceso. Estudios sobre el discurso I. Una introducción multidisciplinaria*. Gedisa, Barcelona, 2000, p. 305.

43. Lo Cascio, Vincenzo. *Gramática de la argumentación*. Alianza editorial, Madrid, 1998, p. 50

44. Gianformaggio, Letizia. “Il gioco della giustificazione. Osservazione en margine di una teoria procedurale dell’argumentazione giuridica”, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, V. XIV, N° 2, Diciembre 1984, p. 475.

6.2 “No existe sin embargo una única manera de entender -y de estudiar- la argumentación y los argumentos... podríamos (señalar) tres concepciones a las que cabría denominar, respectivamente formal (lógica), material (dar buenas razones para una determinada acción) y dialéctica (persuasión).

6.3 “Pero en cualquier caso, la argumentación discurre según ciertas reglas que regulan el comportamiento lingüístico de los participantes -el flujo de los argumentos- y tiene como finalidad persuadir a un auditorio... para que acepte una determinada tesis” (Atienza)⁴⁵.

Lo característico de todas las seis definiciones de la argumentación es el hecho, obvio para los juristas, de que en la acción de argumentar intentamos persuadir a un oponente, y que en este proceso recurrimos a una serie de acciones lingüísticas más o menos establecidas en una determinada comunidad. La ‘controversia jurídica’, expresión con la cual se designaban, desde antaño, muchos de los tópicos que ahora se presentan como novedades en las teorías de la argumentación, es no sólo un problema de conocimiento sino también de la “memoria”. “La controversia es un teatro de la memoria: de la memoria de los testigos a la memoria del juez”, nos recuerda Giuliani. Y en el desarrollo de la controversia “se puede reconstruir una continuidad entre código lógico, código psicológico y código ético”, lo que supone una epistemología que se basa en los mecanismos de la memoria y la reminiscencia, como “las primeras operaciones de la razón humana”. Así, en este contexto, “hacer cosas con las palabras en la argumentación es una de las manifestaciones más importantes de la praxis: es decir en la acción en relación con los valores”⁴⁶.

La tónica de la argumentación jurídica mantiene, pues, viva una tradición a la que se incorporan ahora dos nuevos elementos: la teoría de los actos de habla y la consideración que pone de relieve la calidad de la discursividad práctica del derecho. Si todos estos elementos se expresan efectivamente en la práctica de la argumentación jurídica, entonces parece inevitable que “la Filosofía del Derecho, desde esta perspectiva, tiende a identificarse con la teoría de la argumentación”⁴⁷.

-
45. Atienza, Manuel. “El Derecho como Argumentación”, en *El sentido del Derecho*. Ariel, Barcelona, 2001, p. 256, 259. Del mismo autor, “Proyecto de una teoría de la argumentación jurídica”, en *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 235-252.
46. Giuliani, Alessandro. “Le rôle du ‘fait’ dans la controverse (à propos du binôme rhétorique-procedure judiciaire)” en, *Archives de Philosophie du Droit*, Tomo 39, Sirey, 1995. pp. 236-237. Del mismo autor “L’élément juridique dans la logique médiévale”, en, *Logique et Analyse*, Nouvelle Serie, 6^o Année, Decembre, Ns. 21 a 24, 1963. *IL. Concetto di Prova. Contributo alla logica Giuridica*. Dott. A. Guiffirè, Editore, Milano, 1971.
47. Atienza, Manuel, “El Derecho como Argumentación”, cit. p. 254, con la cual la Filosofía del Derecho que en los programas de estudios de Derecho aparece como un curso o materia incómodo e incluso inútil en la formación de los abogados, cobra ahora una inusitada y principalísima importancia, pues se convierte en nada menos que en una herramienta indispensable para la práctica racional y culta en las controversias jurídicas y judiciales y en la teoría y enseñanza del Derecho.

Concebido así el Derecho, desde la base misma de la práctica controversial argumentativa, caemos en cuenta de algo que hemos venido poniendo entre paréntesis, no sólo teóricamente a la Kelsen, sino en los hábitos diarios de lucha jurídica judicial: "... que el derecho es un fenómeno esencialmente político, es decir que tiene relaciones intrínsecas con la práctica política. Algunas de estas relaciones son directas y otras se dan a través de la moral"⁴⁸. Y al restituir al Derecho al seno de la vida social política de una comunidad, no podemos evitar una clara consecuencia: "El discurso justificatorio jurídico no es insular sino que la adopción de normas que legitima la prescripción de normas jurídicas está sometido a crítica en el marco del discurso moral, sobre la base de normas... que no son jurídicas", por ello "este imperialismo del discurso moral implica que no existen razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones con independencia de su derivación de razones morales"⁴⁹.

Si después de este breve repaso de la tónica de la argumentación jurídica, nos preguntamos de qué modo puede llevarnos a "otra forma de entender el derecho", la respuesta parece orientarse en contra de la visión todavía dominante del Derecho y de la ley, considerados como discursos cerrados en su propio universo de significación, al que nos hemos acostumbrado a denominar como "derecho positivo". Al abrir el discurso jurídico a la argumentación racional práctica, nos encontramos con un discurso jurídico contexto-dependiente de un discurso más amplio e inclusivo. Para algunos esta apertura del sentido del derecho, es algo así como abrir una caja de Pandora en relación a uno de los llamados valores del derecho: la 'seguridad jurídica'⁵⁰.

Me parece que Habermas ha señalado, recientemente, una manera de combinar seguridad con racionalidad abierta cuando afirma que "el problema de la racionalidad de la administración de justicia consiste, por tanto, en que la aplicación de un derecho surgido contingentemente puede hacerse de forma internamente consistente y fundamentarse externamente de modo racional, para asegurar simultáneamente la seguridad jurídica y la rectitud o corrección normativas"⁵¹. A

48. Nino, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política, Una revisión de la teoría general del derecho*. Ariel, Barcelona, 1994, p. 11 (libro póstumo del autor publicado por Albert Calsamiglia).

49. Op. cit. pp. 71 y 82.

50. Cf. Carrión Roque, "Sobre la crisis recurrente y la acción política a través del Derecho" en Roque Carrión (Comp.) *Crisis y Acción Política* CELIJS, Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela, 2000. pp. 53-73.

51. Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso*. Trotta, Madrid, 1998, p. 268. Pero agrega Habermas, esto es posible ahora a través de "tres alternativas bien conocidas, a saber, las respuestas de (a) La hermenéutica jurídica (b) del realismo jurídico y (c) del positivismo jurídico" (idem).

lo que habría que agregar, como resumen de las otras vertientes teóricas de la argumentación, las palabras de Perelman: “el derecho es simultáneamente acto de autoridad y obra de razón y de persuasión”⁵².

3. Aunque el título de este trabajo ha omitido el tercer tema del Encuentro, el del ‘precedente’, me tomo la libertad de extender lo hasta aquí dicho, para encuadrar el punto del precedente en este contexto. Me valdré, para ello, de tres caracterizaciones del ‘precedente’: “...*la ratio decidendi* es un fundamento normativo de los juicios: *la ratio decidendi* de un caso anterior constituye una regla respecto de la cual la decisión posterior se deberá conformar... En efecto, una *ratio decidendi* funciona como un fundamento justificativo invocado como apoyo de la decisión tomada”. (Tammelo)⁵³.

“El argumento del precedente afirma que una ley ha sido previamente materia de interpretación judicial y esta debe ser interpretada en conformidad con la interpretación dada a la misma por otros tribunales”. (Mac Cormick)⁵⁴.

Basándose en la experiencia del Common Law, Atienza observa que “el precedente sólo puede funcionar si la razón en la que se basa la decisión (la *ratio decidendi* del caso) se formula de manera explícita”, y agrega “en todo caso, la idea de estado de Derecho parece implicar la necesidad de que las decisiones de los órganos públicos estén argumentadas... en este sentido puede decirse que la idea regulativa del estado de Derecho es el sometimiento del estado, del poder, a la razón, y no de la razón al poder” (Atienza)⁵⁵.

La pregunta que se plantea ahora, en el contexto de todo lo hasta aquí dicho, es si el ‘precedente judicial’ mantiene incólume su tradición de argumento válido. Si el discurso jurídico es un discurso contexto-dependiente de factores externos y, entre ellos, los políticos y morales, si el discurso jurídico es una expresión del discurso práctico ¿puede sostenerse un argumento justificatorio, de modo que las razones

52. Perelman, Chain. “La motivation des décisions de justice, Essai de Synthèse” en, *La motivation des décisions de Justice*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 425.

53. Tammelo, Ilmar. “La ratio decidendi et la règle de Droit” en, *La Règle de Droit* (Etudes publiés par, Ch. Perelman) Etablissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1971. pp. 124 y 125.

54. Mac Cormick, Neil. Op. cit p. 23.

55. Atienza, Manuel, “El derecho como argumentación” cit. p. 256. Para un análisis de los precedentes en el derecho civil como argumento de autoridad para la justificación de decisiones judiciales, véase Moral Soriano, Leonor. “The uses of Precedents as Argument of Authority, Arguments ab Exemplo, and Arguments of Reason in Civil Law Systems”, en *Ratio Juris*. Vol. II, N° 1, March, 1998, pp. 90–102.

de su corrección permanezcan válidas en casos judiciales posteriores? Al parecer esto puede ser posible en contextos sociales estables y sin demasiados sobresaltos en sus hábitos y estructuras ideológicas. En todo caso, me parece que la ‘doctrina del precedente’ tal como se usa en la práctica judicial tendrá que sufrir serias modificaciones, y su supervivencia está en la relación directa con la fuerza de su argumentación justificativa sustantiva.

4. En este último apartado, intentaré bosquejar un avance de lo que puede constituirse como una semiótica jurídica, centrada en la pragmática del conflicto en el espacio argumentativo denominado ‘derecho’. En general, las referencias a la ‘pragmática’ no son muy usuales en las teorías y doctrinas jurídicas. Alf Ross ha dedicado un capítulo de su obra *Sobre el Derecho y la Justicia* a los “factores pragmáticos de la interpretación en la administración de justicia” (Cap. XXIX), entendiendo por ello a la “consideraciones basadas en una valoración de la razonabilidad práctica del resultado, apreciado en relación con ciertas valoraciones fundamentales presupuestas”⁵⁶, y distingue entre los factores pragmáticos “implícitos en el simple ‘sentido común’” y los factores pragmáticos “superiores”, los mismos que “aparecen como deliberaciones acerca de las consecuencias que tendría una cierta interpretación, estimadas y mutuamente ponderadas a la luz de los valores fundamentales”⁵⁷.

Aquí, “pragmática” tiene el sentido de resultado exitoso o consecuencia valiosa del proceso de interpretación. Para otros autores la interpretación es pragmática “si está conectada con el objetivo pragmático de cada argumentación, el cual consiste en persuadir”⁵⁸.

4.1 El sentido de “pragmática” que se ha instalado en el uso teórico y metateórico a partir, por lo menos, de las obras de Rudolf Carnap y Charles Morris, quienes dieron origen a diferentes perspectivas pragmáticas,⁵⁹ ha sido asumido por filósofos, metodólogos, lingüistas, semiólogos y algunos juristas. Así, por ejemplo, Theodor

56. Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*, cit, p. 140.

57. Op. cit. p. 141.

58. Gizbert – Studnicki, Tomaz, “The burden of argumentatio in Legal Disputes. En, *Ratio Juris*, V. 3, N° 1 bis, March, 1990, p. 120.

59. Para un panorama de la Semiótica Jurídica que recoge los apuntes de los fundadores actuales de la pragmática véase Roque Carrión Wam “Semiótica Jurídica” en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Apéndice Tomo VI, Buenos Aires, 1992. Una primera versión en inglés se encuentra con el mismo título, en *Semiotics, Law and Social Sciences* (D. Carzo y B.S Jackson, eds.). Gangemi Editor. The Liverpool Review. Roma. 1985.

Viehweg ha señalado la importancia de la teoría del lenguaje para la teoría del derecho, en especial la “creciente atención al uso pragmático del lenguaje como posible punto de partida para ulteriores investigaciones”⁶⁰. Lo que resalta Viehweg como lo “más importante”, es el hecho de que la “dimensión pragmática del lenguaje, es decir, las relaciones entre signos y quienes los utilizan, encuentra su comprensión desde la situación del discurso”, lo que lleva “espontáneamente a tomar en cuenta el diálogo”, y agrega que incluso la “actitud espiritual... prefiere la concepción pragmática del lenguaje”⁶¹.

Y sin embargo, la ‘pragmática’ es, aún hoy, más bien un conjunto de problemas antes que una disciplina bien establecida, como lo recalca Marcelo Dascal⁶². En concreto, la pragmática, en un sentido amplio, es “la teoría de los usos del lenguaje” y las reglas pragmáticas “al contrario de las reglas semánticas, no son de naturaleza algorítmica, sino más bien heurísticas. Tienen el carácter de presunciones, es decir, sus conclusiones son aceptadas a condición de que no haya razones más fuertes para abandonarlas”⁶³.

La interpretación pragmática consistiría en “atribuir a un hablante, en base a su comportamiento lingüístico y a informaciones contextuales, una intención comunicativa que actúa como causa de ese comportamiento”⁶⁴. Las fuentes culturales de esta perspectiva pragmática pueden encontrarse, más cercanamente en el siglo pasado, en las obras de juristas y filósofos que favorecieron el desarrollo de lo que se denominó el “giro lingüístico” en filosofía analítica del lenguaje ordinario. La teoría de los “actos de habla” (Austin y Searle) forma parte de las nuevas investigaciones de la teoría pragma-dialéctica de la argumentación, en la medida en que considera a la argumentación como “un complejo acto de habla, cuyo propósito es contribuir a la resolución de opiniones diferentes o de disputa”⁶⁵.

60. Viehweg, Theodor. *Tópica y Filosofía del Derecho*. Editorial Gedisa, Colección Estudios Alemanes, Barcelona, 1991. p. 185.

61. Op. cit. p. 188.

62. Dascal, Marcelo. *Pragmatics and the Philosophy of Mind 1. Thought in language*. John Benjamin Publishing Company, 1983, p. 20.

63. Dascal, Marcelo. “Epistemología, controversias y pragmática”, en, *ISEGORIA*, 12, 1995, p. 14

64. Idem.

65. Graham, Keith, “Preconditions for normative in a pluralist world, en *Argumentation*, V. 15, N° 4, November 2001, p. 473. Para una sucinta exposición de la pragmática FETERIS, Eveline T. “A dialogical theory of legal discussions: Pragma - dialectical analysis and evaluation of legal argumentation en *Artificial Intelligence and Law*, 8, 2000, pp. 115–135 y el Chapter 10. “Pragma–dialectics and critical discussions”, en *Fundamentals of argumentation theory. A handbook of historical backgrounds and contemporary developments*. Frans H, van Eemeron, Rob Grootendorvt, Francisco Snoeck Henkemans, y otros. Laurence Elbaum Associates Oublisher. New Jersey, 1996.

5. La semiótica jurídica que postulo, encuentra sus más inmediatas fuentes de inspiración en la semiótica de Charles Morris y en la semiótica de Algirdas J. Greimas, y en sus desarrollos derivados de estas perspectivas semióticas. No entraré aquí a discutir las tesis semióticas de estos autores, y sólo bosquejaré la orientación de una semiótica jurídica. Por un lado, según Morris, la clásica tripartición de la semiótica en semántica, sintáctica y pragmática “pueden interpretarse dentro de una semiótica de interpretación conductista: la sintáctica estudiando cómo se combinan los signos, la semántica su significación, y la pragmática el origen, uso y efectos de los signos dentro de la conducta total de los intérpretes de los signos”⁶⁶.

Cada una de estas tres ramas de una “teoría de los signos” puede ser desarrollada como una semiótica pura o descriptiva. Así, por ejemplo, la semiótica descriptiva investigaría” las relaciones de los signos de la literatura, el arte, la moral y la religión, con la personalidad de los individuos y con las personas y procesos de la organización social” y, además, estudiaría “las condiciones dentro de las cuales surgieron los signos de cierta especie, su eficacia comunicativa, las funciones que cumplen tales signos en la conducta social e individual, sus aspectos sanos y patológicos”⁶⁷. El carácter puramente conductista de la semiótica morriseana encuentra un obstáculo, si se la entiende sólo como una semiótica de la comunicación, es decir como una semiótica puramente referencial en el sentido en que abre un hiatus entre el enunciado y el significado externo del signo, no permitiendo precisamente el juego pragmático de la interacción entre sujeto enunciador, enunciado, y los efectos de sentido que también se establecen en el discurso mismo⁶⁸. La idea de, por ejemplo, Código jurídico (o ley) responde, en su constitución histórica, a una semiótica de la comunicación en el sentido en que “a partir del siglo XVIII la definición científica se enderezó cada vez más a eliminar la dimensión pragmática del emisor-receptor”⁶⁹.

66. Morris, Charles. *Signos, Lenguaje y Conducta*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1962. p. 241.

67. Carrión, Roque. “El Derecho como lugar de la pragmática del conflicto: una perspectiva semiótica” en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVIII – N° 15, Abril – Junio 1998. p. 236 y “Codificación, Pluralidad Cultural y Pragmática del Conflicto”, ponencia leída en las Giornate Internazionali di Studi “Tra Interpretazione e comunicazione. Nasita e declino dei codici: un approccio interdisciplinare”. Università di Messina del 18 al 20 de Mayo de 2001.

68. Dejo, en esta ocasión, la discusión sobre si la semiótica morriseana puede extenderse a un análisis semio-pragmático en el que el significado se conforma en un contexto-dependiente del juego de la disputa y sus condiciones sociales efectivas.

69. Fabri Paolo. *Táctica de los Signos*. Gedisa editorial, Barcelona, 1995, p. 311.

De este modo se excluía toda la pragmática de la enunciación, y al hacerlo se instauraba así el enunciador-emisor ideal y abstracto: el “legislador racional”, y el sentido de los discursos jurídicos positivos como autónomos en su estructura de significación. La ley se independizaba de su universo de significación del que procedía. Ya hemos visto que las nuevas tendencias de la argumentación jurídica, consideran al discurso como una expresión de un discurso más amplio e inclusivo: el discurso moral y político.

Por el lado de la semiótica greimasiana, tenemos la propuesta de una “teoría de la significación” como una construcción que atiende a la inmanencia del discurso. Pero esta inmanencia no significa clausurar el discurso a las influencias de otras estructuras de significación. Se trata, más bien, de estructurar los espacios semióticos concurrentes y coimplicantes, lo que permitiría, precisamente, la posibilidad de “explicitar, bajo la forma de una construcción conceptual, las condiciones de aprehensión y de la producción del sentido”.⁷⁰

En este contexto, podemos imaginar un análisis semiótico del lenguaje contexto-dependiente y situacional del derecho, concretizado en el proceso de producción de la ley y en el de la jurisprudencia. Con esto queremos resaltar el hecho de que *la pragmática del conflicto social domesticado a través del derecho*, constituye el objeto mismo de análisis, es decir la construcción de los universos de significación legislativos y jurisprudenciales. En la construcción de esta semiótica pragmática del conflicto jurídico, encajan los temas y problemas de la tradición hermenéutica jurídica y de la argumentación jurídica y las nuevas aproximaciones pragmático-dialécticas. La semiótica del conflicto del derecho tiene, pues, una omnimoda pretensión: la de constituirse como un campo de síntesis de las ricas tradiciones hermenéutico-jurídicas viejas y nuevas que confluyen en el derecho. Como todo análisis empírico (ahora en un sentido comprensivo: el lenguaje –y- los hechos, y ya no en la mutua exclusión de la ‘teoría del derecho’, por una parte, y la ‘sociología del derecho’ por otra) que, en este caso, parte de la experiencia del conflicto, su validez y utilidad para la teoría y la práctica del derecho sólo se justifica por su poder de “diagnóstico y solución” del caso sub iudice. Por este camino pretendemos llegar a construir una semiótica jurídica que nos permita un nuevo modo de analizar el derecho⁷¹.

70. Greimas, Algirdas J. *Sémantique Structurale. Recherche de Méthode*, Librairie Larousse, Paris, 1970.

71. Una *semiótica jurídica* de este tipo no puede no ser, en primer lugar, descriptiva de los efectivos procesos de interpretación y argumentación en la disputa jurídica. Pero este esfuerzo descriptivo no puede olvidar la existencia de una tónica de la interpretación y argumentación de larga data que se asumen como “normativas”. Todo lo cual implica una constante tensión entre teoría y metateoría de la interpretación y argumentación jurídicas. Cf. Claudio Luzzati, *L'Interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, en especial el Cap. II sobre “la metateoria dell’interpretazione giuridica. Problemi di metodo e semiotica”. Pp. 87-163.

**ALCANCE HEURÍSTICO DEL MODELO
«AUTORIDADES» PARA EXAMINAR LAS
ARGUMENTACIONES DE LOS JURISTAS
y comparación de ese modelo con los enfoques
«sistémicos» («razonabilistas», etc.)
en la actual Teoría del Derecho**

Enrique Haba*

Introducción autobiográfica

Este estudio se basa en ideas que presenté en unos trabajos míos hace ya mucho tiempo¹. No había tenido ocasión de volver sobre ellas, mas pienso que esos planteamientos conservan validez, sobre todo si los hago objeto de ciertas aclaraciones. Me adelanto a señalar unas ideas centrales, que serán expuestas en forma más circunstanciada aquí en las dos secciones principales.

La tesis nuclear es muy sencilla. Parte de una cosa que todo el mundo sabe, lo que la práctica jurídica pone en evidencia una y otra vez. Me refiero al fenómeno de que, no pocas veces, un mismo texto legal es entendido de distintas maneras entre los propios juristas. Solo que, por mi parte, pongo el mayor énfasis en llamar la atención sobre una consecuencia que, aun siendo bastante obvia, no suele reconocerse abiertamente: la circunstancia de que, *en los hechos*, el sentido aceptado por cada intérprete depende de una *elección* efectuada por este *mismo*, entre distintos sentidos

* Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad de Costa Rica.

1. 1972, 1977a, 1979, 1980a, 1980c. Las cifras remiten, en ésta y otras notas, a los años de publicación de los trabajos indicados en la lista bibliográfica ubicada al final del presente estudio.

jurídicos posibles. Y subrayo que dicha decisión –sobre la cual bien puede faltar la conciencia de ser justamente tal cosa, una opción– depende, en la medida en que ella sea racional, de un *fundamento* que el intérprete acepte, conscientemente o no. Es así, por fuerza, ya que de acuerdo con el fundamento aceptado es cómo se hace derivar un sentido determinado –¡no otros posibles!– respecto al texto en cuestión. Esto significa que tales fundamentos, sean cuales fueren, desempeñan el papel de una verdadera «Autoridad» (le llamo así, para ser gráfico), a la cual el intérprete somete, de hecho, la fijación del sentido normativo imputado a ese texto.

Por tanto, la clave para evaluar la argumentación jurídica como un pensamiento *racional*, o «razonable», debiera consistir ante todo en responder a la siguiente pregunta doble: ¿en *qué* Autoridades se fundamenta tal argumentación y *cómo* (con qué pautas y qué grados de validez científica) son inferidas unas u otras soluciones jurídicas en función de dicha base?

En el primero de aquellos trabajos² quise ofrecer una respuesta panorámica a lo del «qué». Para ello señalé un variado cuadro de *métodos* que los juristas usan para justificar sus interpretaciones de las disposiciones legales. A veces recurren a unos, a veces a otros. Pero menos equívoco que llamarle «métodos»³ a tales figuras de razonamiento, es clasificarlas como unas grandes categorías de argumentos o de «topoi» *parametodológicos*. En definitiva, lo que ahí presenté no es mucho más que cierta *tópica* de unos cuantos rótulos que muchos ubican, hiperbólicamente, como métodos de la «técnica» jurídica. Lo que entonces agregué, por mi cuenta, fueron unos análisis para poner de manifiesto los lazos *racionales*⁴ que hay, o puede haber o debiera haber, entre tres «momentos» (les llamo así ahora) del fenómeno interpretativo: i) cada uno de esos «métodos», ii) sus eventuales fundamentos-Autoridad, iii) y finalmente los tipos de resultado interpretativo legitimados por tales vías (esto es, como consecuencia de esas relaciones de *i* con *ii*).

2. *Supra*: nota 1.

3. «Por método jurídico, el jurista entiende *cualquier* técnica de aproximación al fenómeno jurídico en su realidad histórica, humana y social, y además la técnica de interpretación del derecho» [Albert Brimo, «Logique juridique et Méthode juridique», en *La logique juridique* (Travaux du IIe Colloque de philosophie du droit comparée, Toulouse, sept. 1966), pp. 213-223, A. Pédone (Collection Philosophie comparée du droit et de l'Etat N° 2), París, 1967: 217, (cursiva añadida por mí, E.P.H.)]. Significa que ahí el término «método» se usa en sentido muy *amplio*: no se refiere, pues, a unos procedimientos *rigurosos* como aquellos a los que se echa mano, al calificarlos así, en otras disciplinas: cf. 1990 (§§ II, V y X *in fine*) y 2003c (cap. XI).

4. «Racionalidad» y «racional» son términos multívocos [cf. 1988]. Por mi parte, recurro a ellos para referirme a *razonamientos* cuya corrección pueda ser *intersubjetivamente* comprobable en un círculo de locutores dado [cf. 1990, §§ III-V; más breve, 2003b (Sec. D.III.c) o].

Ahora bien, sigo pensando que lo allí señalado es básicamente acertado, en general (con las salvedad que señalaré un poco más abajo). Pero lo cierto es que ni ahí ni en los restantes trabajos con que pronto complementé esos desarrollos⁵ tomé el toro por las astas en cuanto a lo principal, el asunto del «cómo». No llegué a darme cuenta que era este, ni más ni menos, el verdadero punto crucial. Cedí a la inocencia de tomar por descontado que si se lograba —a diferencia del modo en que suelen proceder la dogmática jurídica y las argumentaciones jurídicas en general— identificar de modo expreso las Autoridades en juego y ponerlas claramente sobre el tapete al interpretar, con ello bastaría para que todo lo demás viniera como por añadidura. Una vez reconocido que la interpretación habría de basarse específicamente en tal o cual Autoridad, las conclusiones jurídicas a sacar en cuanto al sentido del texto así encarado no podrían menos —suponía yo— que desprenderse en forma unívoca y hasta sencilla. Con ello estaba dando por presupuesto —pero sin plantearme ni siquiera la cuestión— que las reglas de inferencia para obtener tal univocidad son cosa obvia, simplemente cuestión de sentido común o poco menos. Eso sí, había alcanzado a percibir bien que *en última instancia*, o sea, para determinar qué Autoridad se tome como fundamento en la ocasión, no cabe ningún *método* para elegir entre ellas mismas, pues esto depende de la voluntad de cada intérprete. Es cuestión de sus «gustos» jurídicos, podría decirse. El «método» interpretativo, sea cual fuere, no entra a jugar sino *después* de haber sido elegida, en forma tácita o expresa, la Autoridad a que el intérprete somete su pensamiento jurídico sobre la cuestión planteada. Puesto de la manera más breve, mi tesis era: a) no hay un método *general* para resolver unívocamente las controversias en materia de interpretación, por cuanto ellas dependen de una cuestión previa y contingente como lo es la opción entre Autoridades; no obstante, b) pero sí puede haber método aplicable bajo la condición de que las partes estén de acuerdo sobre cuál es la Autoridad pertinente. Pues bien, no he cambiado de opinión sino en cuanto a b).

No mucho tiempo después de publicar aquellos trabajos comprendí⁶ que, después de todo, en modo alguno yo había proporcionado ahí *criterios* de racionalidad lo bastante específicos y explícitos como para que los intérpretes, una vez aceptada tal o cual «Autoridad», vayan necesariamente a orientarse todos de la misma manera y responder de modo unívoco a las cuestiones interpretativas presentes. Mi planteamiento no alcanzó su verdadero objetivo,

5. *Supra*: nota 3.

6. Las observaciones que siguen provienen de 1980c.

el de conseguir destilar unas pautas *propia*mente metódicas⁷ para abordar las interpretaciones jurídicas. Más aún, vine a entender que, de cualquier modo, difícilmente un examen de tal tipo, esto es, centrado sobre el relevamiento de unos esquemas *puramente* racionales, estará en condiciones de dar con el meollo mismo de los problemas «vivientes» de la interpretación jurídica. De acuerdo con las maneras como esta opera en la realidad misma del derecho, se trata de mucho más que un proceso de racionalidad. Valoraciones de contenido y origen muy variados, ideas de múltiples especies junto con variadas emociones, etc., *todo* eso pasa allí a entremezclarse de proteiformes maneras con los aspectos *propia*mente racionales. De ahí que la dinámica real del fenómeno interpretativo no se pueda dominar mediante unos «esquemas metodológicos», sean cuales fueren.

El presente trabajo busca conjugar mi primera aproximación con aquello de lo que no me di cuenta hasta más tarde. La primera sección [A] del presente trabajo retoma las ideas básicas en que se centra el modelo de análisis ofrecido originariamente [§§ 1-2], pero al final se advierte ya sobre la insuficiencia esencial de ese enfoque [§ 3]. La segunda sección [B] comienza por especificar más mi autocrítica [§ 4]; a continuación trato de rescatar lo que el análisis referido a Autoridades puede, a pesar de todo, mantener como aprovechable para unos exámenes *realistas* sobre la argumentación jurídica, señaladamente si es contrapuesto a las tendencias ilusionistas («razonabilismo») y en general la inflación de pedanterías acomodadas para configurar unos u otros cripto-«sistemas») que dominan el panorama en la actual Teoría del Derecho [§§ 5-8].

A) EL MODELO-AUTORIDADES

1. La noción de «Autoridad» (*¿quién «decide» el sentido por interpretar?*)

El texto jurídico que se interpreta no es otra cosa que el signo de un sentido⁸. Pero, ¿«quién» o «qué» decide, en última instancia, sobre *cuál* sea ese sentido? Tiene que haber *alguien* o *algo* que dé origen a tal sentido o lo justifique. «Alguien» o «algo» que, por sí y ante sí, determine el contenido «verdadero» del texto. «Alguien» o «algo» que tenga –así sea hipotéticamente– la última (fundamental, básica) palabra en cuanto a resolver qué ideas son las expresadas mediante las palabras de la ley.

7. *Supra*: nota 12.

8. 2003c: esp. pp. 66, 70 y § 18,

Ese alguien o algo reclama, así, una condición de Autoridad para llevar a interpretar de determinada manera, pues justamente Ella es quien no autoriza a hacerlo de otras maneras.

Ese texto «vale» en cuanto, como signo, sirve justamente para dirigir la atención hacia cierto pensamiento de un *autor*, real o hipotético. Tal «pensamiento» constituye el sentido del texto. El «autor», cuyo «pensamiento» es la *Autoridad* que se considera decisoria en cuanto a tal sentido, puede ser una persona individual (p. ej., el monarca), o un grupo bien determinado de individuos (un cuerpo colectivo definidamente integrado: p. ej., el Parlamento), o hasta un grupo relativamente difuso (p. ej., el pueblo o —en un sentido todavía más vago— «el espíritu del pueblo»). Podría también entenderse que el verdadero «autor» es cualquiera de las instancias siguientes: un sujeto de naturaleza metafísica (p. ej., Dios —Derecho de origen divino—), o un sistema de valores estimados como absolutos (p. ej., ciertos principios de Derecho Natural —llámeseles «justicia» o de cualquier otro modo— de los cuales se deducirán límites al sentido válido posible de los textos), o unos criterios rectores de la armonía dogmática del orden jurídico (p. ej., adecuación de una norma concreta a los principios característicos de algún instituto jurídico —la propiedad, el debido proceso, etc.— o a unos principios generales del derecho)⁹. Cualquiera de esas instancias, u otras, funge como fundamento del sentido imputado al texto.

Puesto que un texto legal puede ser entendido de distintas maneras, el sentido aceptado depende de una elección (opción) del intérprete. Dicha decisión se refiere a ese *fundamento* que el intérprete acepta, de tal manera, para fijar el sentido del texto. Claro que ella no tiene por qué ser tomada con clara conciencia de sus presupuestos e implicaciones, y ni siquiera sabiendo que se trata precisamente de esto, una *elección*. Sea como sea, así tal fundamento viene a desempeñar, a los ojos de dicho intérprete, el papel de una verdadera «Autoridad», pues a *eso* él *somete*, de hecho, la determinación del contenido intelectual que trata de aprehender a partir del texto en cuestión. Para destacar este uso especial del término «autoridad», tal definición estipulativa, escribiré dicho término siempre con mayúscula (*Autoridad*) al utilizarlo así. Autoridad, en tal sentido, no es otra cosa que ese Algo que obra *realmente*, dentro de la propia cabeza del intérprete, como base intelectual de la elección interpretativa efectuada por él mismo. Salvo, claro está, que el intérprete decida en forma simplemente caprichosa qué sentido tiene el texto y, todavía más, hasta tenga plena conciencia de hacerlo así. De lo contrario no se ve cómo él

9. XXXXb.

podría creer y sostener –inteligentemente– que ese texto significa esto o aquello, sin tomarlo de alguna Autoridad que a sus ojos está más allá y por encima de los gustos suyos personalísimos.

Esa idea central, muy sencilla, descansa en lo más elemental del conocimiento sobre la naturaleza de los fenómenos lingüísticos, el carácter inevitablemente *convencional* que tienen todas las formulaciones de los lenguajes¹⁰. El o los significados que se imputan a los textos legales no pueden, dado que son *lenguaje*, escapar a tal carácter. Todas las discusiones en cuanto al sentido de unas normas legales, *cualquier* interpretación de las leyes, son el resultado de aplicar ahí unas *convenciones* lingüísticas, expresas o tácitas. La interpretación acogida no es nunca una respuesta propiamente necesaria, ni en el plano de la lógica ni como regularidad empírica. Cuando alguien presenta cualquiera de esas interpretaciones, siempre es posible que, por estar sustentada en tal o cual convención lingüística, haya quienes no acepten esta misma para ese caso, sean muchos o pocos.

Las discrepancias entre intérpretes frente a un texto obedecen, pues, a que lo han comprendido con base en disímiles convenciones lingüísticas. Ahí ellos han acudido, respectivamente, a reglas de uso diferentes para ese lenguaje. Puesto en terminología de Wittgenstein, cada posición interpretativa se ha basado entonces en distintos «juegos lingüísticos». Pero la verdad es que cualquiera de estos mismos, *todos* ellos, caben dentro de la «gramática» (inconsistente) de las formulaciones interpretadas¹¹. Sea como fuere, tanto si aceptamos un marco teórico de tipo wittgensteiniano como si prescindimos de tal enfoque, basta con no ignorar la naturaleza convencional del lenguaje para advertir que las disputas sobre interpretaciones de las leyes reposan, en el plano de la lógica (¡sin negar que ahí intervienen también otros factores además de la lógica!), sobre desacuerdos respecto a qué convenciones lingüísticas se deba manejar para el caso. Sin embargo, aun tales desacuerdos no se dan sencillamente al azar, pues las interpretaciones a que arriban los juristas pasan, de todos modos, por alguna «lógica» que el intérprete presupone al entender que un texto jurídico significa esto o aquello. A ciertas bases de esa «lógica» interpretativa voy a llamarle: las *Autoridades* de la interpretación. En función de ellas es dable reconstruir una *eventual* racionalidad, o razonabilidad, de cada interpretación, esto es, sacando a luz CUÁL o cuáles son las Autoridades intelectivas que dicha interpretación presupone y hasta qué punto son manejadas ahí con verdadera *coherencia*.

10. 2003c: esp. §§ 6, 18 y 32.a.

11. 2003c: esp. § 8 y cap. IX.

El señalar que interviene una «Autoridad» (o varias) en el pensamiento del intérprete, vale tanto como decir que ese es un procedimiento intelectual donde aquel *NO* actúa en forma libre. Se encuentra sometido a un «algo» –así suele «ver» la cuestión *él mismo*– respecto a lo cual el texto interpretado cumple la función de constituir un signo, una manifestación, la forma de revelar aquello mismo. Se supone que este no es sino la manifestación de un pensamiento que le da origen y constituye su *sentido* propio. Pero como quiera que el texto legal, en cuanto lenguaje, puede tener más de un sentido, corresponde averiguar de *qué* («algo») depende cuál sentido sea aceptado como jurídicamente legítimo para dicho texto. Por eso digo que a ese «algo» le corresponde, para el intérprete, un papel de verdadera *Autoridad*, sea cual fuere el contenido específico en que esta consiste a sus ojos. De tal manera ella viene a ser, ya sea explícita o implícitamente, ese fundamento de que emana el sentido jurídico que dicho intérprete «encuentra» cuando examina el texto.

Es visible que recorro al término «Autoridad» tomándolo en un sentido muy amplio. No lo refiero solamente a lo que puedan establecer unas personas, sean individuales o colectivas, sino, en forma más general, a *todo* aquello que dentro mismo del proceso mental para aprehender los sentidos del derecho escrito se *impone*, de cierta manera, al intérprete cuando este piensa como tal. Este uso del vocablo «Autoridad» trata de llamar la atención sobre dicha *coerción* (intelectual) que un «algo» ajeno –determinado contenido de voluntad o cierta idea por sí misma– ejerce sobre la conciencia de quien interpreta las leyes. Tal presión, sentida en su propia mente, es lo que le lleva a «reconocer» determinado sentido, y a desechar otros, para cada una de aquellas.

No obstante, en cuanto al contenido normativo en sí que se «ve» como propio de la Autoridad presupuesta, al decir que esta misma –no la libre voluntad del intérprete– *decide* el sentido del texto, aquí la palabra «decisión» no necesariamente conlleva un sentido psicológico-voluntarista. Se trata de una «decisión» asentada en un proceso psicológico-voluntarista, sí, pero solo cuando se hace referencia precisamente a un *individuo* como Autoridad, o tal vez si es a un grupo de ellos. Entonces estamos ante una Autoridad-PERSONA, sea individual o colectiva. Mas también es posible, por otro lado, que la Autoridad invocada no sea un ente de naturaleza personal, ni uno ni varios individuos bien determinados: así cuando se la encara, por ejemplo, como un sistema de *valores absolutos* o de *principios técnico-jurídicos*. Entonces la «decisión» no se contempla como dada por un hecho propiamente, no se indaga sobre un acontecimiento real producido en el tiempo y

en el espacio, sino que ello es visto como si fuera cuestión nada más de aprehender el *propio contenido conceptual*, en sí, de ese «sistema» intelectual (de valores o principios) que sirve de Autoridad o de inferir alguna disposición que se presenta como deducida de él mismo. Entonces estamos ante una Autoridad-IDEA, conformada por unos u otros contenidos simplemente intelectuales, con abstracción de si han sido o no han sido pensados por tales o cuales sujetos en las ocasiones que fuere.

Síntesis.— Cuando se trata de una Autoridad-*persona*, la «decisión» que sirve de base a la interpretación jurídica se acata porque justamente eso fue lo pensado por uno o varios individuos, real o supuestamente. En cambio, si lo considerado como Autoridad es, ella misma, un ente conceptual, vale decir, una Autoridad-*idea* supraindividual, entonces su «decisión» no es otra cosa —se supone— que el propio sentido intelectual ínsito en ese ente o es algo que se deduce de este, con independencia —se supone— de que ello fuera pensado concretamente por cualesquiera individuos de carne y hueso.

Acotación

Hasta no hace mucho, pensé que sólo en mis propios escritos se halla el termino Autoridad empleado así, en ese sentido tan amplio, a propósito del discurso jurídico. A dicha noción llegué por reflexionar sobre las contradicciones en la interpretación jurídica, en 1969, al elaborar lo que luego se publicaría como *Esquemas...* [1972]. Seguí empleando después esta terminología en otros estudios, primero como idea central de mi Tesis parisina [1977] y luego especialmente en la parte III de mis *Apuntes...* [1979: §§ 45-53]. De todos modos, si bien este uso mío no ha tenido (que yo sepa) seguidores ni comentaristas, posiblemente es menos singular de lo que acaso pudiera creerse.

Nada menos que Esser escribió algo por el estilo, en relación con la dogmática (o sea, para lo que yo llamo una Autoridad-idea): «La dogmática es pues, por lo pronto, en forma completamente general el partir de unas *autoridades* inmodificables, ya sean unos textos o su respectiva comprensión, ya sean unas sentencias fundamentales sin remitirse a tal sitio [*i.e.*, a esos textos] y por tanto con autoridad propia [reconocida a estas mismas]» [Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*,. (y elección del método en la determinación del derecho), Athenäum, Francfort, 1970: 88, cursiva mía] Hasta he comprobado que la idea es todavía muchísimo más vieja: «Mr. Balfour da el nombre de “autoridad” a *todas* aquellas influencias, nacidas del clima intelectual, que hacen

que unas hipótesis sean posibles o imposibles para nosotros, [esto es, que las veamos como] vivas o muertas» [William James, «The Will to Believe» (or. 1896), en *The Will to Believe and other essays in popular philosophy + Human Immortality, two supposed objections to the doctrine*, Dover, Nueva York, 1956: 9 (cursiva mía)]. *Nil in novum sub sole!*

He subrayado que el intérprete, en cuanto tal, «somete» su mente a la decisión de la o las Autoridades que él haya aceptado como fundamento de la relación letradosentido. Más también es posible que, llegado el caso, él prefiera (y pueda) no acatar lo que dicen tales o cuales leyes, por considerarlas justas o inadecuadas, y prefiera buscar unas soluciones jurídicas en otras fuentes, complementariamente. Entonces se deja de lado, total o parcialmente, lo que es *interpretación* propiamente dicha de esas leyes, para pasar a otra esfera: cierta *integración* del derecho positivo, en instancias judiciales o administrativas. Mas aun en este último caso, cuando el jurista argumenta para justificar tal solución, no tendrá más remedio, también ahí, que fundamentarse en unas Autoridades.

En definitiva, pues, el sentido que se le reconozca al texto legal interpretado ofrecerá como fundamento jurídico, ya sea explícita o implícitamente, alguno de los tres tipos de Autoridad siguientes:

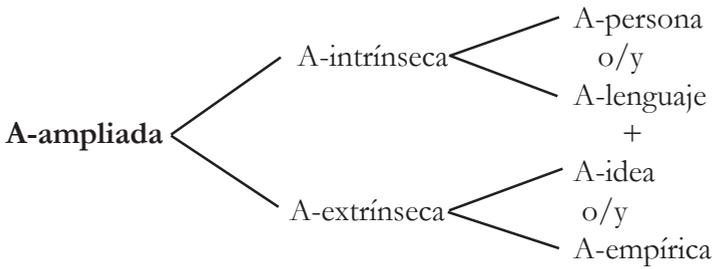
- I) un autor personal, ya sea individual o colectivo –Autoridad-*persona*–;
- II) un sentido lingüístico que se entiende como objetivamente ínsito en el texto mismo (con independencia de lo que en la realidad haya sido psicológicamente pensado por quien en los hechos elaboró o sancionó ese texto) –Autoridad-*idea*–;
- III) un contenido considerado como intrínseco al texto, lo cual se completa o corrige en atención a ciertos elementos de juicio que son extrínsecos con respecto a este mismo –Autoridad *ampliada*–.

De ahí resulta el siguiente cuadro de alternativas básicas:

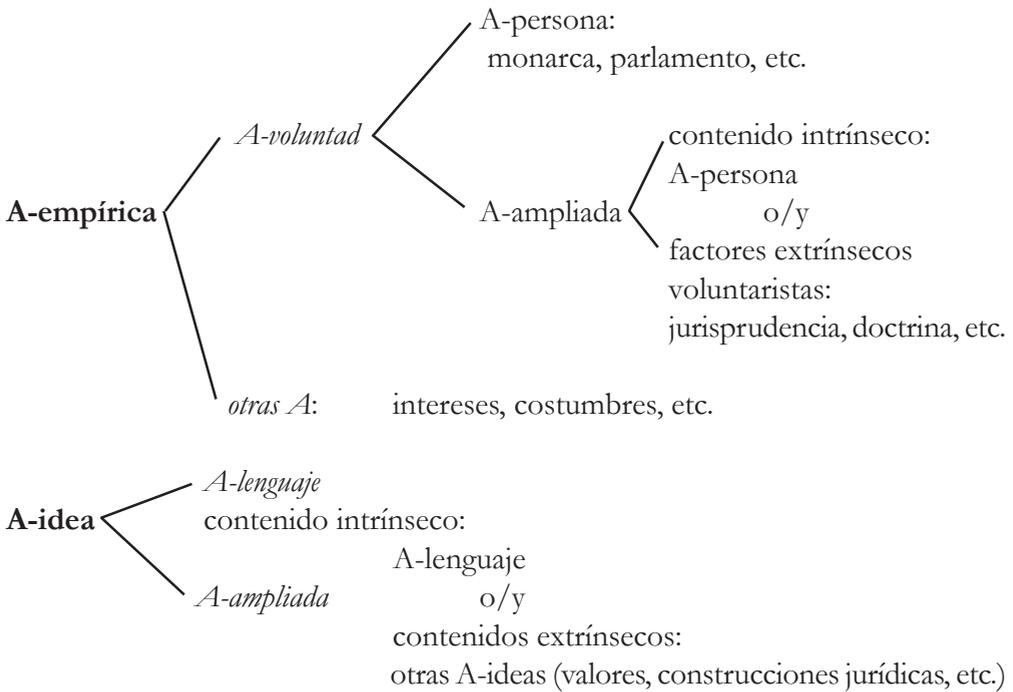
INTERPRETACIÓN DEL DERECHO (E S Q U E M A I)

A-persona (voluntad del legislador)

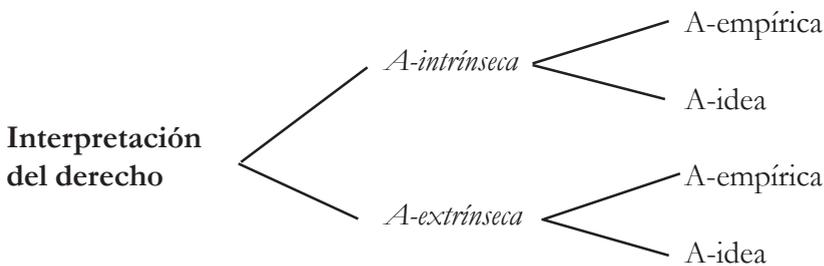
A-lenguaje (reglas de un campo de usos lingüísticos)

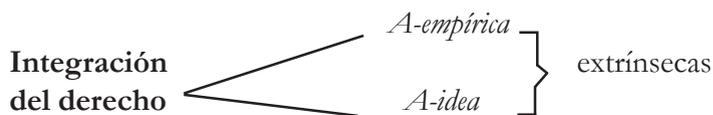


INTERPRETACIÓN DEL DERECHO (E S Q U E M A II)



INTERPRETACIÓN vs. INTEGRACIÓN (E S Q U E M A III)





N.B. Los Esquemas I y II contienen los mismos tipos de Autoridades de la *interpretación*, sólo difieren en la presentación. En el Esquema III están esas mismas Autoridades, pero esta vez en paralelo con las análogas de la *integración*. En los tres esquemas, la abreviación *A* significa *Autoridad(es)*, puede tomarse tanto en singular como en plural.

2. Autoridades como condición básica de la metodología interpretativa (*escogencia del método interpretativo en función de alguna Autoridad*)

Hemos visto que, sea como fuere, siempre se termina por entender, explícita o implícitamente, que el sentido del texto jurídico invocado son unas pautas dadas por cierta Autoridad. En eso se basa, al menos supuestamente, el valor jurídico-normativo de dichas pautas. La primera cuestión implícita en toda tarea interpretativa es, por ende, esta pregunta fundamental: ¿el sentido conceptual dado por cuál Autoridad («quién» o «qué») es lo que se indaga en los signos escritos que conforman el texto considerado? ¿*Adónde* hay que ir a buscar ese sentido, cuál es la «fuente» *básica* que lo determina?

Ahora bien, todo método interpretativo¹² es una *mediación*, en cuanto razonamiento,¹³ entre fundamento y resultado de la interpretación así efectuada. Ese método es el camino —el medio— que va de la Autoridad presupuesta (fundamento) a la solución jurídica «descubierta» por el intérprete, dado que la interpretación tiene como fin —según se presupone ahí— revelar el pensamiento que *esa* Autoridad ha formulado valiéndose del texto por interpretar. Por tanto, la selección de cuáles sean los métodos interpretativos apropiados en cada caso depende, en definitiva, de cuál se entienda que es la Autoridad (individuo u otra cosa) que determina («decide») el sentido del texto. Si el método no es más que un *medio* para arribar a un fin, aquí *ese* fin no es otro que el conocimiento de una conceptualización jurídica exactamente tal y cual ella es —real o supuestamente— según el «pensamiento» normativo propio de la Autoridad considerada.

12. *Supra*: nota 3

13. 1990 (§ IV-VI) o XXXXc (Sec. DI.1-4).

Sabemos que tales Autoridades pueden ser de diversos tipos, sean personas o ideas: la llamada «voluntad del Legislador», tal o cual idea objetiva (p. ej. una noción de justicia o una «construcción» de la dogmática jurídica), o también alguna combinación de lo uno y lo otro. Por lo demás, un mismo método puede llegar a emplearse en función de distintas Autoridades, respectivamente con resultados distintos. Todo eso explica los desacuerdos en materia de interpretación.

Cómo el intérprete se oriente, depende así de una *elección*, una opción, una decisión, más o menos consciente o inconsciente, tomada por él mismo: la determinación, a *su* cargo, de la o las Autoridades en que él se basa (fundamento) para seleccionar el método interpretativo y para guiarse al ponerlo en práctica. Digo que él la «determina», porque más de una vez puede *elegir* entre distintas Autoridades disponibles –de acuerdo con convenciones, casi siempre tácitas, del lenguaje jurídico– al interpretar las disposiciones jurídicas. Según qué Autoridad sea la que él acepte, el resultado interpretativo será uno u otro. Pero aunque se trata de una elección suya, esta opera, mal que bien, dentro de ciertos límites. Dije que el intérprete se *siente* como sometido a las Autoridades que él reconoce, pero también importa subrayar que él no es sino *relativamente* libre para establecerlas.

Esas Autoridades no las inventa él propio intérprete, en lo fundamental. Se han integrado a su mente por la vía de la cultura jurídica asimilada durante la formación universitaria y luego por las ideas que transitan en el propio medio profesional donde él se está desempeñando. Y de una manera más global todavía, esto es, no solo por sus conocimientos de tipo específicamente técnico-jurídico, en la «cabeza» del intérprete presionan también, con mucha fuerza, la *gramática* del lenguaje en general (lo cual conlleva sus precomprensiones ideológicas, etc.)¹⁴ que se interpreta y además las expectativas concretas que dentro de su mente proyecta el entorno social. Es verdad que el intérprete puede, en su caso, elegir ya sea unas u otras Autoridades al interpretar. Pero una vez que ha elegido, o que cierta elección le ha sido socialmente inculcada, la Autoridad que él acepta le *impone* –si piensa racionalmente– tales o cuales consecuencias interpretativas.

Por eso señalé que alguna o algunas de las Autoridades señaladas constituyen, en cada caso, el *fundamento* del método interpretativo utilizado. Es cierto que dicho

14. 2003c: esp. §§ 7-8 y 32c.

fundamento puede tener a su vez, desde el punto de vista causal y el axiológico, unas *bases más profundas* (fundamento del fundamento), de modo que son estas las que vienen a sustentar en última instancia la «autoridad» reconocida a dicho fundamento jurídico. Sin embargo, los «métodos» argumentativos utilizados se pueden examinar desde un ángulo que se limite a indagar cuáles son las características de la interpretación jurídica en sí misma, nada más. Entonces el análisis no avanza hasta el punto de discriminar también las raíces sociales y las valoraciones de carácter último que explican la aceptación de la «autoridad» de determinado fundamento jurídico. Desde dicho ángulo, para saber por qué jurídicamente se elige un método y no otros, y cómo funciona cada uno de ellos, no es imprescindible preguntar además *por qué* (fundamento del fundamento) se toma como Autoridad el fundamento metodológico que se tome. Esto último se dilucida en otro tipo de estudios, sean filosóficos o de las ciencias sociales empíricas.

La clara determinación de los fundamentos interpretativos *dentro* del campo propio de la metodología jurídica misma resulta indispensable, eso sí, para poder elegir congruentemente entre los métodos aplicables a la interpretación, como asimismo para saber de qué manera deba utilizarse cada uno llegado el caso. Puesto que tales métodos no son más que «medios» para alcanzar algún fin jurídico como decidido por la Autoridad presupuesta, resulta que si no se tiene clara conciencia de *cuál* sea la Autoridad fundante cuyo pensamiento es buscado en una interpretación, entonces el empleo de los métodos (medios) puede fácilmente conducir a incongruencias en las soluciones jurídicas. El fundamento-Autoridad funge como un punto de partida *axiomáticamente* dado desde el punto de vista *técnico-jurídico*. Sin perjuicio de que cuando lo jurídico se enfoca (cosa que, sin duda, debe hacerse también) en relación con otras esferas de lo humano –finalidades prácticas utilitarias, principios morales, etc.– habrá que ver, y eventualmente discutir sobre, qué axiomas jurídicos fundamentales sean apropiados para realizar verdaderamente lo que piden aquellas otras esferas.

Una vez resuelta la primera cuestión, en qué Autoridad se considera adecuado respaldar la interpretación, surge una segunda interrogante: ¿cómo conocer, de modo preciso, el sentido efectivamente «decidido» por *esa* Autoridad? Se trata, pues, de evitar adjudicarle a la ley un sentido distinto al fijado, real o presuntamente, por esa Autoridad misma. Esta segunda cuestión es la de determinar los *métodos* de interpretación: hallar las *vías* por medio de las cuales

cabe averiguar el sentido que la Autoridad ha «decidido», o decide ahora, para los textos. Cuáles hayan de ser esas vías depende, obviamente, de «quién» o de «qué» –Autoridad– se entiende que emana el sentido normativo. Por ejemplo: una cosa son los medios adecuados para averiguar lo que pensó concretamente un individuo en un momento histórico dado (Autoridad-persona), esto reclama métodos de investigación empírica; otra cosa son los medios pertinentes para armonizar el sentido de una norma con el de otras muchas en el seno común de una «construcción» jurídica (Autoridad-idea), esto requiere métodos lógico-dogmáticos.

Es posible, incluso, que para hallar el sentido de un texto se acuda a *más de una* Autoridad: por ejemplo, que se tome como fundamento la voluntad del Legislador, pero también un criterio de justicia. En tales casos, se dará una de las tres circunstancias siguientes (suponiendo que las Autoridades en juego sean sólo dos):

- ambas Autoridades determinan idéntico sentido normativo;
- el sentido emanado de una de ellas complementa armoniosamente al que emana de la otra (sin perjuicio de que, de manera concomitante, puedan coincidir en parte ambos sentidos);
- el sentido de una contradice, total o parcialmente, al de la otra.

En la última de estas tres circunstancias, ¿lo propio de cuál autoridad ha de predominar sobre lo de otra(s)? Está planteado, como se ve, un problema de *jerarquía* de Autoridades. De cuál sea la Autoridad considerada en el ápice jerárquico depende cuáles sean las vías preferidas para indagar el sentido normativo. Se prefieren los métodos que, según se supone, con mayor fidelidad conduzcan a hallar la «decisión» de la Autoridad de más jerarquía, utilizándolos precisamente para estos efectos.

Entre los métodos existentes para interpretar el derecho escrito puede considerarse un *orden de prelación*. Este orden ha de estar en función del que se supone básicamente dado entre las Autoridades. Si para interpretar determinado texto son utilizables diferentes métodos y ellos conducen respectivamente a resultados interpretativos contradictorios, se tiene por valederos los resultados obtenidos por el (o los) método(s) que sirve(n) de medio para brindar el sentido dado por la Autoridad considerada de mayor jerarquía. Pero la contradicción podría también darse entre métodos que sean todos pertinentes en relación con

la misma Autoridad valedera. En tal caso, de entre ellos se estará a lo que surge del método que para el caso sea el más apropiado –por su inmediatez, por su claridad, etc.– para develar la verdadera «decisión» de esa Autoridad. Por ejemplo: si como Autoridad se toma la voluntad del Legislador, esta podría hallarse de modo más seguro indagando en lo que surge de los debates parlamentarios que en los trabajos preparatorios¹⁵.

En síntesis, la cuestión metodológica indaga qué características esenciales presentan las Autoridades, cualesquiera sean ellas, como fundamento empleado en los *métodos* interpretativos del derecho¹⁶.

Remisión

En el libro *Esquemas metodológicos...*, examiné cinco grupos de «métodos» interpretativos típicos, a saber: literal-gramatical, sicológico-voluntaristas (trabajos preparatorios, antecedentes legislativos, etc.), lógico-dogmáticos (principios generales del derecho, analogía y otros argumentos «lógicos», construcciones doctrinarias, etc.), axiológico-teleológicos (justicia y equidad, principios de Derecho Natural, intereses, etc.), sociológico-realistas (naturaleza de las cosas, bien común, métodos sociológicos propiamente dichos, etc.). Véase allí las Partes Segunda y Tercera.

3. Limitaciones para el papel de lo racional en los razonamientos jurídicos

Importa hacer una aclaración fundamental. El encarar la interpretación jurídica como una cuestión de razonamientos basados en Autoridades, significa ni más ni menos que aceptar, en todo caso implícitamente, que esos discursos interpretativos se llevan a cabo guiándose por unas pautas de *racionalidad*, o en todo caso de «razonabilidad», sean las que fueren.¹⁷ Sin embargo, tal supuesto no cabe darlo por admitido así como así, cual si fuera una cosa obvia. El pensamiento jurídico no puede entenderse sin tomar en cuenta centralmente el hecho de que, para decirlo con las célebres palabras de Holmes, ahí no se trata, ante todo, de una cuestión de «lógica» sino de

15. La cuestión de averiguar *cuál* sea tal «voluntad» no está libre de serias dificultades, tanto conceptuales (¿qué ha de entenderse por tal?) como prácticas (¿cómo detectarla?): cf. 1992.

16. En otro sitio he discutido una concepción diferente, hermeneutista, sobre el papel de la idea de «autoridad» en el derecho: 1977b.

17. 1990 (§§ VIII-X) o XXXXc (Sec. DI: # 3-5 y 11).

«experiencia»¹⁸. Nada más apropiado que insistir, también aquí, en hacer recordar lo que Radbruch, con palabras difícilmente superables en concisión y acierto, supo caracterizar así: «la interpretación jurídica es una insoluble mezcla de elementos teóricos y prácticos, cognitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos»¹⁹.

Ahora bien, si eso es así (sin duda, ¡lo es!), ¿qué sentido tiene ponerse a examinar la interpretación jurídica *como si* eso fuera un discurso racional? Para responder a esta cuestión, que es la crucial, aquí puedo limitarme a dirigir la atención hacia tres precisiones²⁰:

- 1) Aceptando la caracterización dada por Radbruch, no deja de advertirse que el derecho, si bien no es una pura «lógica», tampoco consiste en fenómenos de «experiencia» que sean simplemente como ciegos, ciento por ciento. Eso se halla guiado también, cuando menos en cierta medida, por la inteligencia humana. Allí intervienen incluso, como factor no desdeñable aunque no el único (ni, menos que menos, todopoderoso), unas figuras de racionalidad o razonabilidad, como elementos de *conocimiento*: interacciones entre «creencia» y «actitud»²¹.
- 2) Mediante dichas figuras se abre paso la cuota-parte (por decirlo así) que al interpretar pueda caberle –mayor o menor, según los casos– a unos «elementos teóricos... cognitivos... científicos...», etc. (Radbruch).
- 3) El examinar dicha interpretación como un constructo teórico coherentemente fundado en Autoridades, significa: *a)* sacar a luz ciertos presupuestos fundamentales –las Autoridades– que, explícita o implícitamente (a menudo son ambas cosas, combinadas de unas u otras maneras), obran desde el interior mismo de esos discursos; *b)* facilitar, con base en tal conocimiento, que sus locutores consigan ser más conscientes de sí mismos, autorreflexivos, y que, de tal manera, se encuentren en mejores condiciones de manejar el recurso a las Autoridades –

18. «The life or the law has not been logic; it has been experience» [cit. Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1970 (ed. or. 1930): 271].

19. Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, E.F. Kohler, Stuttgart, 1970 (7ª ed., a cargo de Erik Wolf; efectuada a partir la 3ª ed. del autor, 1932). Hay versión española por José Medina Echavarría de la ed. de 1932: *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933. Véase también mis estudios: 1993a, 1993b, 1995a.

20. Discuto ampliamente esa cuestión en: XXXXc, esp. Sec. F. Además véase 2003b: Introducción General y *passim*.

21. Véase Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (trad. Genaro R. Carrió), Eudeba, Buenos Aires, 1963: §§ LXX-LXXI.

sean unas u otras— con la mayor coherencia científica posible (si es que ellos quieran hacerlo así); *c*) tomar mejor conciencia acerca de cómo y por qué es dable eventualmente sustituir unas Autoridades por otras, y qué consecuencias prácticas pueden seguirse de optar así para interpretar el texto considerado²².

En una palabra, *saber* que el discurso interpretativo es cuestión de Autoridades, distinguiendo nítidamente unas de otras, permite tener en cuenta los niveles de *racionalidad* de ese discurso, hasta donde él pueda tenerlos. A partir de ahí, es dable aprovechar y hasta incrementar —si el intérprete lo *quiere* verdaderamente— dicho nivel, para hacer que un discurso jurídico logre más plenamente tales o cuales efectos prácticos²³. Es cierto que mucho en la interpretación jurídica no es, en verdad, cuestión de «métodos» [*infra*: Sec. B] . Pero como no se puede hablar de todo a la vez, el análisis estrictamente metodológicos hace abstracción de otros aspectos que, ciertamente, no son menos importantes para comprender la «experiencia» (Holmes) íntegra de las formas en que los juristas interpretan el derecho. Tales aspectos quedan detrás de las bambalinas en *este* punto, el contenido del «método», mas el lector ya sabe que no se puede prescindir de ellos —«cabeza» del juez²⁴, etc.— para comprender las maneras como se da la interpretación jurídica, como fenómeno global, en la realidad. Y también las Autoridades son, quíerose o no, *un* aspecto de tal realidad, esto es, de la conducta discursiva *real* en que consiste la actividad *práctica* de los juristas: ¡pragmática *lingüística*!²⁵.

B) RECONSIDERACIÓN DEL MODELO PROPUESTO

4. Tres planos de análisis y unas tesis básicas

Si bien se mira, mi concepto de Autoridad puede entenderse como una especie de «construcción», o mejor dicho, *re*-construcción respecto a la actividad interpretativa de los juristas. Dicho concepto, también él, constituye ni más ni menos que un *modelo* racional para esa actividad. Semejantes modelos se pueden entender, y utilizar, de diferentes maneras. Pueden tomarse desde tres clases de ángulos principalmente, según tres enfoques muy distintos (también es posible combinarlos).

22. El modelo de razonamiento jurídico en *cuatro pasos* que he propuesto en otro sitio [2002, esp. §§ 5-9; vers. rev. en XXXXc, Sec. E.IV.4] se asienta en una clara conciencia respecto a esos tres puntos.

23. Respecto al asunto de las consecuencias *prácticas*, véase especialmente el paso cuarto del examen indicado en la nota anterior.

24. XXXXc (Primera Parte *in limine*: Intr.) o 2003a (Sec. H.V.1)

25. 2003c: § 32.a.

i) Modelo como *tipo ideal*. — Se trata principalmente de un medio heurístico para poner cierto orden, de acuerdo con criterios de selectividad determinados por tales o cuales intereses de conocimiento, en la captación *intelectual* de determinados aspectos, así escogidos, acerca de realidades que son mucho más complejas. Entonces no se desconoce que la práctica difiere del modelo trazado. Las diferencias entre este y ella pueden hasta ser muy amplias, inclusive insalvables, mas hay un interés en compararla con aquel justamente.

ii) Modelo como *tipo promedial*. — Este punto de vista, a diferencia del anterior, pretende corresponder a comprobaciones sobre cómo pasan las cosas habitualmente en la *realidad* misma. Se trata de registrar cómo suelen proceder de hecho, en la generalidad (por lo menos en la mayoría) de los casos, los protagonistas reales— ¡no unos seres ideales!— de la actividad empírica de la cual se considera inducido el modelo en cuestión.

iii) Modelo como *ideal axiológico*. — Es un *proyecto*, un propósito cuya realización se juzga deseable, y también bastante viable, con vistas a corregir tales o cuales aspectos de la realidad actual.

Esos tres «tipos» —me estoy apoyando en conocidas distinciones señaladas por Max Weber— guardan, como se ve, respectivamente relaciones muy distintas con la realidad. Ahora bien, en las «construcciones» a que se abocan los iusmetodólogos de la actual Teoría del Derecho²⁶, estos tres planos no suelen aparecer distinguidos en forma neta. Probablemente sea eso la razón fundamental por la que sus autores no caen en la cuenta de que aquellas son a la vez tan «racionales» (o «razonables») como fantasiosas. De ahí que, a diferencia de los *puros* tipos ideales, unas construcciones como, por ejemplo, la «posición original» que postula Rawls²⁷ o el Hércules de Dworkin²⁸ son tan desorientadoras respecto a las prácticas de quienes protagonizan la actividad jurídica corriente (compárese tales construcciones con estudios realistas sobre pensamiento judicial: p. ej., el implacable informe de Lautmann)²⁹. Muy otra cosa

26. *Teoría del Derecho*.— En la literatura especializada se suele actualmente usar este rótulo para señalar el tipo de exámenes aludido específicamente por unas denominaciones como: *Rechtstheorie*, *Rechtsgrundlagenforschung*, *Legal Theory*. Se trata, pues de lo que puede llamarse asimismo: Investigación *Básica* o *Fundamental* acerca del Derecho. No son las teorías corrientes —doctrina o dogmática jurídicas— que los juristas emplean para su actividad profesional (abogados, jueces, etc.), sino la *meta*-teoría donde se reflexiona *sobre* la naturaleza de aquellas y sobre características del pensamiento jurídico *en general*.

27. 1996b (§§ III) y XXXXa; muy sintéticamente, 1997 (pp. 116).

28. 2000; versión corregida, en XXXXb (Anexo).

29. Rüdiger Lautmann, *Justiz – die stille Gewalt* (Justicia – la forma callada de Poder). Fischer Athenäum Taschenbücher (FAT 4002), Francfort, 1972

resulta si las interpretaciones del derecho se reconstruyen con base, por ejemplo, en un modelo como el que he denominado Autoridades, entendiéndolo como *tipo ideal*. De tal manera no se disimula –al contrario, se pone el acento en hacer RESALTAR– el carácter semántico-*contingente* y optativo-*ideológico* que tienen dichas interpretaciones.³⁰

Considerando mi posición de la manera en que la presenté originariamente, ella puede desglosarse –según lo veo ahora– en tres tesis básicas:

- a) el tomar conciencia de las Autoridades presupuestas sirve para entender (*tipo ideal*) los procesos interpretativos, pues las discrepancias entre intérpretes consisten en unos desacuerdos fundamentales respecto a aquellas;
- b) todos los intérpretes recurren (*tipo promedial*), así sea implícitamente, a unas u otras Autoridades;
- c) adquiriendo una conciencia clara acerca de tales mecanismos intelectuales, sería posible y deseable proceder a una ordenación adecuada (*ideal axiológico*) de todas las Autoridades manejadas por los juristas, esto es, preestablecer entre ellas unas firmes relaciones de jerarquía y complementación, explícitas e inequívocas, con lo cual se conseguiría llegar a interpretar unívocamente los textos jurídicos aplicables.

Pues bien, después he llegado a ser mucho más cauto hasta respecto a las posibilidades simplemente *intelectuales* de ese modelo mismo. Ahora me limito a creer que él puede tener apenas ciertas virtudes *heurísticas* para otorgarle mayor transparencia el pensamiento interpretativo de los juristas, ya no le atribuyo unas condiciones propiamente científico-*metódicas*. He comprendido que tampoco ese modelo, ni ningún otro, sirve para delinear procedimientos interpretativos capaces de producir soluciones unívocas respecto a todos o a la mayor parte de los casos que producen controversias entre juristas. Me doy cuenta, hoy, que resulta prácticamente imposible llegar a construir, ni siquiera a título de proyecto hipotético para el mero nivel semántico de las interpretaciones jurídicas, un orden de Autoridades y reglas de inferencia –las segundas para ser aplicadas a las primeras– que sea bastante preciso. Reconozco que ni siquiera un sistema de Autoridades delineado de la manera más cuidadosa sería capaz de resolver intersubjetivamente, aun siendo aplicado al pie de la letra, la gran mayoría de las discrepancias interpretativas que surgen en la aplicación «viviente» del derecho.

Por lo pronto, no se ve cómo podría ser definida cada una de esas Autoridades en forma tal que no quede afectada de vaguedad, textura abierta, etc. (ni hablemos de

30. Para desarrollos *in extenso* acerca de esas opciones, véase 2003c: esp. cap. IX.

las presiones sociales, ideologías, la personalidad de cada juez, etc.). No es raro que cada Autoridad pueda, a su vez, ser entendida de maneras distintas en unos u otros casos, o por distintos intérpretes frente a una situación dada. Por ejemplo, si se trata de A-lenguaje, a menudo cabe más de una (sola) interpretación literal, y todas estas son posibles «literalmente»³¹. O bien, si tomamos la A-persona llamada «voluntad del legislador», más de una vez no será nada seguro cuál pueda haber sido esta en relación con ciertas hipótesis a las que puede (o no) ser referido un texto legal: inclusive suele ser dudoso si realmente haya existido alguna «voluntad» de El a ese respecto³², etcétera...

Si entendemos que la solución interpretativa se fundamenta en una Autoridad, o en más de una pero consistentemente sistematizadas, eso significa que habría ahí una relación ilativa que lleva de ese axioma-Autoridad a la conclusión-interpretación, claro que en relación también con tales o cuales datos de la situación de hecho a la cual se quiera aplicar el texto interpretado). Para que esa relación ilativa pueda ser trazada en forma *propriadamente* metódica (*i.e.*, métodos en sentido estricto)³³, a través de cada uno de sus pasos inferenciales, sería indispensable que tanto su premisa básica, la Autoridad presupuesta, como así también las reglas de razonamiento capaces de fijar los inferencias relevantes entre esta y aquellos datos, presenten un contenido conceptual fijado con la mayor precisión; vale decir, que su manejo intelectual sea verdaderamente *intersubjetivo* entre los juristas. En la práctica de los razonamientos jurídicos profesionales no se ve tal cosa, ni ahora ni antes. Tampoco conozco ningún proyecto, ni siquiera entre los que se discuten en las más delirantes visiones sobre lo racional o lo razonable en el derecho, capaz de «construir» algo que *funcione* así en la realidad, sea cual fuere la terminología usada.

En semejante imposibilidad afina la diferencia esencial entre cualquiera de los «métodos» jurídicos y los métodos empleados en las ciencias propiadamente dichas. En estas, a diferencia de aquellos, los conceptos fundamentales y las principales reglas de inferencia se encuentran *intersubjetivamente* fijados³⁴. Por eso la aplicación de los métodos elaborados en función de unos y otras no suele dar lugar, tratándose de la llamada ciencia «normal» (T.S. Kuhn), a mayores discrepancias en el «círculo»

31. 2003c: esp. cap. X.

32. Haba 1992.

33. Quiere decir que no se trataría simplemente de unos «métodos» en el sentido amplio señalado más atrás [nota 3], sino de métodos *propriadamente dichos*: Cf. 1990 (esp. § VII-VIII y X *in fine*); más breve, 1991 (§ I.B) y 2003 (§ 85, esp. # 2.a).

34. 1990: esp. §§ VII-VIII. Más breve: 1991 (esp. §§ I.B y Epil.) y 2003c (§§ 85-86).

profesional de la disciplina respectiva. Toda visión científicista sobre las posibilidades de la metodología jurídica implica pensar que se pueda lograr algo parecido para el razonamiento en el derecho. Algún lector benevolente hacia los puntos de vista por mí expuestos mediante la noción de Autoridades, podría acaso concluir que eso podría ser alcanzable si se establece (¡y fuera respetado!) un sistema firme de ellas. Confieso que en los estudios anteriores donde años atrás expliqué mi propia «construcción»³⁵, esa tabla de Autoridades, hasta cierto punto fui víctima de semejante ingenuidad.

Ahora bien, al no hacerme ya aquellas ilusiones científicistas, como lo de pensar que sea dable construir unas interpretaciones propiamente metódicas de las leyes, he aquí mi posición actual respecto a las tres tesis que indiqué más atrás³⁶:

Tesis (a) — Conservo esta idea, pero acentúo ahora que las discrepancias a propósito de unas Autoridades, tanto respecto a cuáles deban ser estas mismas como inclusive en cuanto a qué contenidos se ubiquen dentro de cada una de ellas, estos desacuerdos responden esencialmente a factores *extralógicos*. Depende de las «formas de vida» (Wittgenstein) que el intérprete vincula —lo diga o no lo diga— con los «juegos de lenguaje» en que consisten las interpretaciones por él sostenidas³⁷. De ahí que, por lo general, resulte imposible fijar de manera bastante precisa tales contenidos con antelación a las circunstancias mismas que se dan cuando, en la práctica del derecho, unas interpretaciones son objeto de discusión. Si bien se mira, la discusión surge por eso. Y tampoco está descartado que, aun basándose —explícita o implícitamente— en unas u otras Autoridades, el intérprete no las maneje en forma suficientemente racional. Hasta es posible que se llegue a buscar apoyo, en el seno de una misma argumentación, en Autoridades que resulten inconsistentes unas con otras. Esto es, total o parcialmente contradictorias entre sí en cuanto a los resultados que de ellas sea dable derivar para el caso en cuestión.

35. 1972, 1977, 1979, 1980.

36. En mi descargo puedo decir que, sea como fuere, siempre las manejé con no poca reserva. Así, como palabras finales de mi Tesis parisina no dejé de hacer esta advertencia: «Tal posibilidad *es viable* intelectualmente. Sin embargo, queda por ver si los juristas *querrán* aceptarla [vale decir, si estarían dispuestos a *someterse* a las condiciones, *i.e.*, unos métodos propiamente dichos que ella requiere]. Ahora que, sobre este último punto no cabe ser muy optimista» [1977a: 425 —trad. al español y agregando la aclaración entre corchetes—]. — Ni siquiera mis escritos juveniles cayeron en «corrales de ramas» como esos en que se zambullen ufanos quienes se toman bien a pecho la discusión de formulitas como las de la lógica deóntica, o en torno de empresas tipo Rawls, las de Habermas-Apel o Lorenzen y Cía. (pragmáticas «trascendentales» o, por lo menos, «universales»), y toda variedad de etcéteras.

37. 2003c: § 8

Tesis (b) — También este punto de vista lo mantengo, pero con la misma reserva que acabo de agregar para (a). Me importa subrayar, por tanto, que las Autoridades manejadas por cada intérprete no constituyen, en sí, el factor *decisivo* para llegar a la interpretación que aquel invoca. En realidad, se acude a ellas como una manifestación discursiva de algo más fundamental: las «formas de vida», contingentes (vinculadas ideológicamente³⁸, a «precomprensiones» en general)³⁹, que ha asimilado la mente del intérprete en cuestión.

Tesis (c) — Tal idea, ahora la deshecho en lo esencial. Mas no descarto, a pesar de todo, que si acaso se alcanzara más precisión y «transparencia» respecto a las Autoridades presentes, esto podría contribuir, en todo caso, a que muchas de las interpretaciones jurídicas fuesen *menos* retóricas, aunque no «racionales» en sentido estricto⁴⁰.

No existe ni puede existir ningún *método* jurídico, unos procedimientos *propriadamente* racionales⁴¹ para interpretar las leyes [*supra*: §3]. El mayor grado de racionalidad alcanzable en cuanto a dichas interpretaciones, tanto en la teoría como en la práctica, pasa por la condición de no negarse a reconocer, antes que nada, el inevitable coeficiente de *irracionalidad* que esa actividad de los juristas conlleva, por la naturaleza misma del lenguaje en que ella se desenvuelve y también por las funciones sociales que está llamada a desempeñar⁴². De ahí que la reconstrucción de esos discursos en términos de Autoridades pueda prestar unos servicios *heurísticos*, pero justamente como cartabón para medir la *poca* racionalidad que presentan los discursos mediante los cuales los juristas suelen interpretar del derecho. En efecto, tal tipo de análisis permite sacar a luz, contrariamente a la generalidad de aproximaciones dominantes en la actual Teoría del Derecho, ni más ni menos que la poca congruencia o la flojedad de muchas inferencias jurídicas corrientes. Esto por cuanto lleva a examinarlas en función de discernir, sin ninguna clase de tapujos, aquellas Autoridades en que los razonamientos jurídicos habituales están basados, explícita o implícitamente. Tal cosa implica, a su vez, poner sobre el tapete ambigüedades fundamentales de tales Autoridades y eventuales contradicciones entre ellas mismas. Así también, las múltiples indeterminaciones en reglas de inferencia usadas para las argumentaciones que se fundamentan en aquellas, sobre

38. 2003c: esp. §§ 7, 11-12, 19, 32 (# n-o), 33 (# g, i, l).

39. 1999a, 2003c (esp. §§ 20, 28, 32.m, 33.j).

40. 1990: esp. §§ IV-V, VIII. Más breve, XXXXc: Sec. D.3-4.

41. *Supra*: notas 33, 34, 40.

42. *Supra*: a la altura de las notas 11, 17-19 y 29-30; y véase los sitios indicados en esas mismas notas.

lo cual se apoyan variados efectos esencialmente retórico-persuasivos («seducciones» del lenguaje, diría Wittgenstein)⁴³.

No quiere decir que en la interpretación jurídica no pueda darse, a pesar de todo, también *cierta* participación de elementos de juicio racionales o razonables, en grado mayor o menor según los casos. Pero es capital no hacerse ilusiones exageradas sobre la medida en que esto último se da realmente. Sobre todo, para no engañarse, importa tener siempre a la vista que la intervención *concreta* de tales elementos no puede ser fijada de antemano mediante reglas del lenguaje jurídico, dado sus ambigüedades, textura abierta, etc.⁴⁴. Por lo demás, a menudo unas reglas pueden ser dejadas de lado por el intérprete invocando otras normas jurídicas del mismo derecho positivo, eventualmente con base en otras Autoridades, poco importa si llamándolo aún «interpretación» o prefiriendo calificarlo como una «integración» [*infra*. § 7]. Es verdad que el intérprete no dispone siempre de tal libertad en la práctica; pero no menos cierto es que no pocas veces sí la tiene, de hecho, a su disposición.

Es en ese punto, el concerniente a la «racionalidad» o «razonabilidad» del discurso jurídico profesional, donde las tendencias dominantes en la actual Teoría del Derecho⁴⁵ suelen pasar por alto la verdadera naturaleza del lenguaje jurídico y las funciones sociales reales de sus intérpretes. Pretendiendo hacer de dicho discurso una empresa «racional» o «razonable», los autores afiliados a dichas tendencias le imputan a ese discurso las no menos laboriosas que rosadas «construcciones», sean de unas u otras especies. Eso sí, dedicarse a tal literatura resulta muy funcional para inyectarle renovada vida a un comercio académico del que se benefician los especialistas de la materia: congresos, revistas, libros, conferencias, etcétera⁴⁶.

5. Ayuda (relativa) que puede brindar el modelo-Autoridades

El razonamiento jurídico suele dejarse llevar por las idílicas «construcciones» dogmáticas de su doctrina profesional. Tal vez podría hacerse el intento de invitar

43. 2003c: esp. §§ 12, 22, 32.n-o, 33.ñ

44. 2003c: esp. §§ 9, 32.f-j, 33.b-g

45. *Supra*. nota 26

46. 1998 (§ IV, esp. 160 ss.); el punto se encuentra más desarrollado en XXXXa (§ I). — No me atrevería a negar que, en cierto modo (y hasta donde me dejan), también el autor de esta obra participa de ese «comercio». Solo que, digo yo, un estudio como el presente no va a ser —¡he ahí su principal inconveniente!— de los recomendables para contribuir, ni poco ni nada, a mitificaciones «construccionistas», u otras, sino que... Ese labor, la de des-mitificar el pensamiento jurídico, he tratado de abordarla en mis estudios, desde distintos ángulos: esp. 1993a, 1993b, 1995b, 1996a, 1996b, 1997, 2000, 2001a, 2001b, 2001c, 2004, XXXXa y XXXXc

al jurista —si quiere enterarse— a cobrar mejor conciencia de las limitaciones y, más aún, de las «celadas» lingüísticas (Wittgenstein) que el uso de distintas figuras de la doctrina jurídica conlleva⁴⁷. Debiera importar, sobre todo, hacerle saber que de ninguna manera podrá escapar a la responsabilidad de tomar una decisión *él mismo* ante las opciones axiológicas básicas en caso de interpretaciones jurídicas discutidas⁴⁸, cuando le toca resolver esas cuestiones. Con tal propósito podría ayudarle un modelo como el de los esquemas de Autoridades, por ejemplo. Pero se ha de tener bien claro que ni siquiera esos esquemas van a suministrarle ningún verdadero *método* (en sentido estricto), sino apenas una guía *heurística*⁴⁹ para estar en condiciones de manejar en forma menos espontáneo-ingenua, vale decir, de modo más autoconsciente —y también más realista— las interpretaciones sobre el derecho positivo⁵⁰.

Si el intérprete lograra visualizar con nitidez qué Autoridades están en juego, y comprender que cualquiera de aquellas constituye una base («axioma») posible pero no la única invocable para interpretar disposiciones jurídicas, eso le permitiría tomar conciencia, por encima de todo, de que *todas* esas interpretaciones son unos actos de *opción* (dentro de un «marco», dice Kelsen)⁵¹. Sabrá y tendrá como guía, entonces, que la interpretación que él sostenga conlleva —lo quiera o no lo quiera— su responsabilidad *personal*⁵². En efecto, el acto intelectual de interpretar el derecho no consiste en proceder a descubrir *una* (sola) solución *preestablecida* («mito básico»: cf. Frank)⁵³, sino en una *elección* efectuada por el propio intérprete entre distintas maneras posibles de entender las disposiciones jurídicas. Para esos efectos, no tendrá más remedio que optar, *él mismo*, entre distintas Autoridades básicas. Hermenéuticamente posibles son *todas* estas, pues todas responden a figuras de razonamientos admitidas —en principio— entre los juristas de ese medio. Que dichas interpretaciones son «posibles», de veras, no se deduce de ningún criterio a priori, ni depende simplemente del gusto de cada quien. Esa posibilidad, cuando existe, queda probada por el hecho mismo, lingüístico, de que tales interpretaciones son invocadas, explícita o implícitamente, por unos u otros locutores profesionales del derecho ante su auditorio profesional. El tomar clara conciencia al respecto permite

47. 2003c: esp. §§ 12, 32.n-q, 33.ñ

48. 2001c, 2002, 2003c (esp. § 21 y cap. XI).

49. Véase 1994 o 1996e; más breve, 2003c (cap. XI)

50. 2002

51. 2003c: § 50

52. 2001c o 2002

53. *Op. cit.* (n.18). Para un breve resumen, puede verse 2003c: § 52.

abrir los ojos a la necesidad de *distinguir* bien entre las Autoridades en presencia, o sea, discernir aquellas en que se basan explícita o implícitamente los razonamientos jurídicos presentados. Sólo así el intérprete queda en condiciones de visualizar un panorama suficientemente amplio, y teóricamente claro, para efectuar su opción interpretativa con verdadero conocimiento de causa, en vez de alienar su pensamiento en el «cielo» (Jhering)⁵⁴ de una dogmática *per se*.

6. Contraposición del modelo-Autoridades a los enfoques «razonabilistas» y en general a la idea de «sistema jurídico»

El camino aquí propuesto, sobriamente realista y que me parece bastante sencillo, difiere a fondo, creo, de enfoques como aquellos a que dedican sus esforzados análisis las orientaciones dominantes en la actual Teoría del Derecho⁵⁵. Sin embargo, aun entre estas hay una dirección, muy difundida, que guarda cierta relación con lo advertido aquí. No todos allí se dedican a discutir o prolongar los alambicados delirios que ha hecho circular Rawls⁵⁶ o el compuesto de trivialidades y confusionismos puestos sobre la mesa por Dworkin⁵⁷, los juegos de formulitas del cientificismo lógico-deóntico⁵⁸ o las hazañas en jerigonzas de las múltiples variantes que ofrece la semiótica formalista⁵⁹, etc. Hay unas aproximaciones que tratan de sacar a luz las figuras de «razonabilidad» que están implícitas, o que pueden proponerse, como base de los discursos jurídicos. Son herederos, en tal sentido, de caminos teóricos abiertos por Perelman y Viehweg⁶⁰, aunque combinándolos también con otras perspectivas epistemológicas (p. ej. unas de Habermas⁶¹). Los teóricos de esas tendencias se esfuerzan por delinear unos conjuntos, más o menos complejos, de pautas «razonables» que, según ellos suponen, podrían y deberían servir para solucionar de la mejor manera las cuestiones prácticas a que se enfrentan los juristas. Pero tampoco estos autores plantean las cosas de manera realista, aun este tipo de estudios son básicamente exageradores al entonar sus himnos sobre la «razonabilidad» en cuestión.

54. Rudolf von Jhering, *Broma y veras en la Jurisprudencia* (trad. Tomás A. Banzhaf), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974 [or. al. 1860-1884]: esp. Parte III, «En el cielo de los conceptos jurídicos».

55. 1996a, 1996b, 1997 y los sitios indicados en las seis notas siguientes.

56. XXXXa

57. 2001a

58. 1996d o 2003c (cap. VIII)

59. 2000

60. 1977b, 1990 (§ VIII y Apéndice 2).

61. 1998.

El punto-eje donde cada una de esas teorías da su salto en el vacío es el siguiente (cito a un autor, Lautmann, cuyo apabullante estudio *empírico* jamás aparece mencionado –¡no es difícil adivinar por qué!– en dichos trabajos):

«El ideal de la racionalidad sobrepasa (*überfordert*), por muchos motivos, las posibilidades de un decisor como el juez. La verdad, corrección y completud no van a constituir, presumiblemente, los únicos criterios para su actividad; dicho con más exactitud, la *construcción de la verdad* en los procedimientos profesionales de decisión [judiciales] persigue menos una racionalidad utópica [tipo Rawls, Habermas, etc.], que una racionalidad LIMITADA que es definida socialmente. Las dimensiones de esta no se determinan solo con unos medios lógico-analíticos (como la teoría *normativa* de la decisión, la teoría de los juegos, etc.). Los principios de construcción de una verdad {ideologías, etc.} que es aceptada como verdad por parte de una sociedad determinada, han de ser descritos por los medios que emplean las ciencias empírico-sociales»⁶².

En efecto, las «verdades» jurídicas –sea ello lo que fuere– NO se «construyen», ¡en la práctica!, con base en imagerías como una «situación de habla ideal» (Habermas-Alexy) o una «posición original» (Rawls), o cualesquiera otros ensueños racionalistas. Pero detengámonos un momento en dichas posiciones, que son las más habituales –aunque admiten infinidad de variantes para los detalles– en la Teoría del Derecho contemporánea. Todas ellas dan por admitida una predominancia neta de ese factor, fundamentalmente intelectual, que esos autores llaman lo «racional» o lo «razonable» en el pensamiento de los juristas. La más interesante contribución en tal sentido, de lo que he llegado a conocer, es la monografía que Alexy publicó en 1978 sobre «argumentación jurídica»⁶³. Allí ese autor llega a proponer, a partir de la quimera habermasiana llamada «situación ideal de diálogo»⁶⁴, toda una compleja «Tabla de las reglas y formas» para llevar a cabo «razonablemente» el discurso jurídico⁶⁵.

Planteamientos como el de Alexy, si bien no están desprovistos de agudeza ni, por tanto, dejan de ofrecer cierto interés teórico, llevan por caminos que tienen más bien poco que ver con las maneras cómo los juristas razonan realmente. Compárese,

62. *Op. cit. supra* (nota 29): 21-22 (énfasis mío).

63. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (col. El Derecho y la Justicia, vol. 14), 1989, 346 p.

64. 1997: § III.

65. *Op. cit.* (nota 62): cf. allí el resumen, pp. 283 ss.

por ejemplo, con aquella implacable descripción recopilada por Lautmann⁶⁶, que por cierto no se refiere a un medio jurídico distinto (Alemania Federal) que el del propio Alexy. Quiéranlo o no los autores de tales corrientes, esas laboriosas presentaciones —«situación de habla ideal», etc.— sobre racionalidad o razonabilidad para el derecho, no pueden sino resultar inocuos como propuesta metodológica orientada a la práctica misma de los razonamientos jurídicos. Esta, en su abrumadora mayoría, se basa sobre razonamientos bastante poco ideales. Semejantes presentaciones vienen a constituirse, de hecho, principalmente en un expediente de maquillajes tendido sobre cómo el pensamiento de los juristas funciona en la realidad.

Creo que tiene algún interés señalar las diferencias de fondo entre esa propuesta y un modelo como el presentado aquí, lo de analizar el pensamiento jurídico a la luz de unos esquemas de Autoridades. Puede valer la pena efectuar tal comparación, justamente para subrayar el realismo de esto último frente a la *vis* escapista, y en general disimuladora, que por lo general conllevan los estudios dedicados a poner de manifiesto la «racionalidad» o «razonabilidad» del discurso jurídico. Si bien un trabajo como el de Alexy es mucho más penetrante e incomparablemente mejor informado que lo de Dworkin (... para eso no hace falta mucho), fuera de que hasta cierto punto no remonta tan sideralmente aparte del mundo terrenal como la iusescolástica de Rawls, no menos cierto es que también el enfoque del primero ofrece poco o nada capaz de servir para entender, y menos que menos para guiar, los razonamientos jurídicos en la práctica.

Algún parentesco entre analizar críticamente el razonamiento jurídico como unas inferencias basadas en Autoridades y lo de Alexy, si bien esto último es muy posterior a aquello, podría verse en la circunstancia de que también unas «reglas y formas» como las señaladas por dicho autor podrían, si a la luz de ellas se examinan los contenidos y la ilación de cualquier discurso jurídico corriente, ser capaces de servir para detectar allí numerosos *déficits* de racionalidad. No obstante, pienso que las diferencias con el modelo-Autoridades son sensibles, sobre todo por las razones que esbozo a continuación.

- a) Pautas como las de Alexy, o cualesquiera otras de función similar, están confinadas a *un* plano semántico —eso que se llama lo «razonable»— de los discursos en cuestión. Así queda fuera de foco la cuestión fundamental, o en

66. *Op. cit.* (nota 29).

todo caso se evita poner el acento en ella misma: el hecho de que la «cabeza» del juez funciona, por lo menos parcialmente, de *otra* manera⁶⁷. Los locutores jurídicos que hacen la práctica del derecho *NO* son, ni siquiera aproximadamente, unos razonadores ideales... ¡muy poco que ver con ninguna «situación de habla ideal»!⁶⁸

- b) La sofisticada Tabla que nos presenta Alexy (o las de otros autores), aun cuando cada una de esas pautas pueda acaso ser reconocida o aplicada *ocasionalmente* por los jueces o la doctrina jurídica, pocas o muchas veces, disimula los puntos realmente claves del asunto: el hecho de que las diferencias de opiniones entre juristas dependen más que todo y ante todo de sus respectivas *preferencias* – ¡opciones!– en materia de Autoridades. Claro, no es que estas posibilidades de opción sea imposible ubicarlas, si uno quiere, dentro de algunos de los parámetros de la Tabla; pero aun así ellas significarían, en el mejor de los casos, apenas un detalle más dentro de la gran maraña de todo lo que compone allí la trama de las argumentaciones *en la práctica*.
- c) Lo principal, en semejante tipo de posiciones no es atacado de frente el *Basic Legal Myth* (Frank)⁶⁹, ni en general la Superstición del Único Significado Verdadero (Richards)⁷⁰. Mediante tales posiciones se presupone que, si no en todos, al menos en la generalidad de los casos controvertidos sería posible llegar a un acuerdo si los locutores fuesen lo bastante «razonables». Alexy piensa, me parece, que eso es muy posible lograrlo, acaso convenciendo a los protagonistas de que se aprendan bien las «tablas». Aun cuando dicho autor no se conforma con propagar unos simplismos a la Dworkin, después de todo su propia tesis fundamental viene a ser muy similar en el fondo. También él confía, al parecer, en que para la generalidad de los casos (digamos que no en absolutamente todos) sería posible encontrar el *único* resultado «correcto» como producto de la «argumentación razonable», precisamente aplicando la Tabla. Para llegar a tal conclusión se basa en un *cognitivismo* axiológico⁷¹, la ilusión de que este podría ser acreditado mediante una versión de tipo procedimentalista (variante Habermas-Apel). Sólo que esos procedimientos, aun suponiendo –

67. *Supra*: nota 24.

68. *Supra*: nota 19.

69. *Supra*: nota 53.

70. «...la “Superstición del Único Significado Verdadero” –tal como la ha denominado Richards– [lo cual] puede tener consecuencias muy serias en cualquier campo del saber, y es fatal para cualquier pretensión de adelanto en el campo de la ética» [Charles L. Stevenson, *Ética y Lenguaje* (trad. Eduardo A. Rabosi), Paidós, Buenos Aires, 1971: 86]; lo propio pasa en cuanto al derecho, la ciencia política, etc.

71. 2003b: Sec. C.I.

- cosa que nadie ha podido probar— que su aplicación fidedigna pudiera conducir a resultados indiscutibles en los casos más controvertidos, no tienen mucho que ver con los razonamientos que componen la práctica jurídica profesional.
- d) Así, tal enfoque no vacila en poner el acento en esas abstractas «reglas y formas» del discurso manifiesto, o sea, que se fija poco o nada en lo que es el verdadero eje motor para la producción y el manejo reales de los discursos jurídicos reales: i) las *celadas* del lenguaje y, en general, los «universos simbólicos» mitologizantes que obran como precomprensiones en el pensamiento del intérprete⁷²; ii) las «condiciones institucionales [*reales*] y las motivaciones [psico-sociales *reales* de los protagonistas] que recompensen suficientemente el comportamiento constructivo-crítico en la solución de problemas» importantes (Albert)⁷³, de acuerdo con el *clima* político-institucional donde el pensamiento jurídico se desenvuelve en el país respectivo.
- e) Esos dos últimos aspectos [*d*: i y ii], los verdaderos «árboles», quedan bien disimulados —pero no digo que estén ausentes del todo— entre el frondoso follaje de «reglas y formas». Entonces se ignora, o se calla, que la mayoría de estas juegan, de hecho, un papel más bien secundario como ideas-fuerza *efectivas* en la práctica de las decisiones jurídicas. En el mejor de los casos, algunas de tales «reglas» y «formas» son manejadas de por sí, aunque sin tematizarlas, en razonamientos jurídicos corrientes; pero esto en medio del conglomerado de elementos *extra*-racionales o *débilmente* racionales que, junto con ellas, se dan cita en la «cabeza» del juez como factores decisivos de sus resoluciones⁷⁴.
- f) El modelo-Autoridades se inscribe, esencialmente, en el marco de una orientación metodológica de tipo *negativo*-heurístico⁷⁵, es decir, la que no promueve ninguna clase de expectativas exageradas respecto a las posibilidades reales del discurso práctico en general, pues aquella se conforma con alertar sobre sus «celadas» más corrientes. En cambio, la argumentación «razonable» a

72. *Supra*. nota 14.

73. «Justamente el hecho de que para esa práctica (la del conocimiento) no existe ningún algoritmo —como el que se consideraba alcanzable en el pensamiento clásico—; de que, por tanto, no es dable calcular las soluciones buenas, y que, en consecuencia, el éxito no puede jamás ser garantizado; [todo eso] impregna a tal punto la situación de conocimiento que la hace similar a otras situaciones de gran inseguridad. De ahí que, para el progreso del conocimiento, a veces importa más lograr establecer unas condiciones institucionales y motivacionales que recompensen suficientemente el comportamiento constructivo-crítico en la solución de problemas, [antes bien] que enseñar una metodología que, aun cuando en sus aspectos esenciales sea fácil de entender, empero resulta, llegado el caso, difícil seguirla» [Hans Albert, *Traktat über rationale Praxis* (Tratado sobre la práctica racional), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1978: 59 (trad. E.P.H.)].

74. *Supra*. n. 24.

75. 1994 o 1996e; más breve, 2003c (§ 87).

que se refiere Alexy, u otros, propone un marco de referencia cuyo orientación es esencialmente *positivo*-idealista, ilusa-ilusionista. De ahí que ella sea, de hecho, no menos inhábil para jugar un papel significativo en la «vida» del derecho, que despistadora para apreciar cómo se da esta misma, no simplemente unos discursos *ex cathedra* al respecto. — Si bien afirmo que una Tabla como la de Alexy constituye una orientación metodológica de tipo «positivo», tengo mis dudas de si correspondería calificarla asimismo de «estandarizante». En verdad, no se trata del cientificismo-metodologismo corriente, ese que despierta la ilusión de que pueda haber unos métodos «positivos» en la materia⁷⁶. Pero aun si fuera entendida solo como una guía heurística, lo principal es que, a diferencia de las aproximaciones *negativo*-heurísticas, aquella cumple más que nada el papel de despertar falsas ilusiones, así como distrae la vista de los aspectos que son los verdaderamente *neurálgicos* en las tomas de decisión que efectúan los protagonistas de carne y hueso en sus discursos jurídicos.

El modelo de Alexy no representa, al fin y al cabo, sino otro caso más de una tendencia muy general, casi unánime, en la Teoría del Derecho contemporánea. En efecto, la generalidad de los que escriben estudios al respecto tienden a contemplar el pensamiento jurídico como manifestación, sea bajo unas u otras formas, de un gran paradigma básico: la idea de que ese pensamiento responde o ha de ser reconstruido como «*sistema* jurídico». Claro que el tipo de líneas fundamentales que *ordenan* tal sistema no son iguales en todos los autores. Y también corresponde efectuar la siguiente distinción fundamental, como lo plantea Sarlo:

«... en el nivel teórico más general, **NO** ORIENTADO A LA DECISIÓN O FUNDAMENTACIÓN DE LAS DECISIONES [jurídicas mismas: judiciales, etc.], sino [meramente] a la **COMPRENSIÓN** del sistema jurídico, la investigación jurídica puede satisfacer las condiciones de una actividad científica. En este nivel se hallarían [p. ej.] los intentos de formular una *lógica de los principios apriorísticos del derecho* (García Máynez), una *lógica deontica* (von Wright), un *análisis estructural-sistémico de los ordenamientos jurídicos* (Kelsen), una *formalización de los sistemas jurídicos* (Alchourrón y Bulygin), etc.»⁷⁷.

76. Cf. los sitios indicados en la nota anterior.

77. Oscar Sarlo, «Investigación en derecho: una cuestión problemática», ponencia al *Seminario Taller sobre Investigación Científica en la Facultad de Derecho*, Montevideo, 25-27 de junio de 1992, Manuscrito (9 p): # 3.6, con su nota 1 (musc. mía).

Ahí, en este «etc.», cabrían asimismo –me parece– *sistemas* de «comprensión» como el de Alexy y el de los razonabilistas en general, y muchas otras variantes (p. ej. una aproximación como la de Robles, quien plantea su examen como cuestión de detectar ciertas «reglas de los juegos» para el derecho)⁷⁸. Esto con independencia de si algunas o muchas de tales aproximaciones, además de «comprender», pretenden incluso que los «sistemas» en cuestión sean lo decisivo para guiar el pensamiento de los propios juristas prácticos.

Quedémonos, para considerar la posición de los «sistemáticos» allí donde podría (acaso) ser más defendible, simplemente en el nivel de la «comprensión». Lo que yo sostengo, es que dicha posición es bien ENGAÑADORA aun para *ese* nivel, hasta sin necesidad ir más allá. Sea cual sea el «sistema» que ahí se nos presenta, este constituye una visión *intelectualista* respecto a lo que *ES* –se supone– el pensamiento jurídico. Pero dicho pensamiento responde también, incluso o sobre todo, a una serie de otros elementos que básicamente son de índole *NO*-racional; en todo caso, comportan una señalable cuota-parte de *asistematicidad*⁷⁹. Se trata, al fin de cuentas, de aquello que Kantorowicz supo advertir a principios del siglo pasado:

«La caza en pos de un sistema de validez general de proposiciones jurídicas, sea del Derecho estatal, sea del Derecho libre, no constituye sino la *utopía de una lógica de aficionados*, sobre todo en una época de creciente individualismo»⁸⁰.

Esos sistemas no «ven» lo que es en sí mismo el lenguaje-objeto al que imputan sus construcciones. Estas sirven para tapar las fuerzas reales, tanto las psicológicas-personales como las sociales que repercuten sobre, y movilizan de hecho, el pensamiento de los locutores jurídicos. Lo que las construcciones sistemáticas hacen es, sobre todo, autoconfinarse al «cielo»⁸¹ de su *propio* meta-lenguaje teórico. Los ejemplos traídos a colación por Sarlo sirven, justamente, como buen testimonio de tales espejismos (con excepción, tal vez, de lo de Kelsen). También, desde luego,

78. Gregorio Robles, *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984

79. 2000 ó 2003c (Anexo); y a lo largo de 2003a puede verse muy numerosos ejemplos.

80. German Kantorowicz, «La lucha por la ciencia del derecho» (trad. Werner Goldschmidt), en AA.VV., *La ciencia del derecho*, pp. 323-373 (cita 350-351, cursiva añadida), Losada, Buenos Aires, 1949 [ed. or. al. de dicho ensayo en 1906]. Sobre el carácter no sólo abrumadoramente pedante, sino consustancialmente falaz de las versiones en lógica formal acerca de los razonamientos jurídicos (y de otros discursos de la llamada razón práctica: ética, política, etc.), Cf. 1996d ó 2003c (cap. VIII).

81. *Supra*: nota 54.

son unos espejismos cuanto ofrecen Alexy y Cía. Tales «sistemas», en vez de servir para sacar a luz las contradicciones y en general las incoherencias que el pensamiento jurídico presenta en la realidad, antes bien sirven para ocultarlas, o cuando menos para ayudar a apartar la vista de ellas... ¡con el fin –dicen– de «comprender» mejor! Dos aclaraciones: **1)** No pretendo negar que pueda haber también unas reflexiones de carácter sistemático que sean adecuadas para explicar una realidad poco racional, o simplemente para dar cuenta en forma ordenada acerca de esta. Pero entonces, ellas mismas habrían de empezar por admitir –más aún: se preocuparán por *enfaticar*– que esa realidad, o sea, los pensamientos y conductas en la práctica social misma, constituyen un conglomerado (de lo más heterogéneo) que contiene solo algunos que otros aspectos (en abstracto) sistematizables⁸². En tal sentido tenemos el ejemplo, más bien solitario, que trató de legarnos Kelsen⁸³. ¡Todo lo contrario, pues, de cuanto la «comprensión» de nuestros teóricos suele decirnos acerca de lo que llaman «sistema jurídico»! **2)** Tampoco digo que todos los sistemas en cuestión sean forzosamente unas meras fantasías. Por supuesto que el pensamiento de los juristas reales contiene también elementos de orden, sistemáticos si se quiere, racionales o razonables, etc. Sólo que, a diferencia de lo que dan a entender, por lo menos implícitamente, las ideas de «sistema jurídico», tales elementos no son sino *parcialmente* determinantes, a veces más y a veces menos, en los razonamientos de los juristas. Constituye una tremenda hipóstasis –y disimulación– el insinuar que el derecho es fundamentalmente *eso*, «sistema». Mi consejo: ¡no perder jamás de vista aquella sentencia, insuperable, de Radbruch!⁸⁴.

Contrariamente a las teorías razonabilistas, y en general a los modelos de hipérbole que cada teoría elija para presentar como «sistema jurídico», un modelo analítico de Autoridades como el esbozado aquí no oculta nada de la realidad jurídica. Más aún, también él permite re-construir –si de esto se trata– esa realidad... ¡pero sin «hermosearla»! A diferencia de dicha clase de aproximaciones, el fijarse en los *conflictos* de Autoridades lleva a poner todo el acento en el factor ideológico-*opcional* –¡NO-racional!– que *de hecho* preside, nos guste o no nos guste, los manejos reales del lenguaje jurídico. — Si hasta respecto a un mero *cuadro* de Autoridades, consideradas de la manera como he explicado, se quisiera decir que también ello viene a ser un «sistema» (metateorético), no entro a disputar sobre esta cuestión de palabras. Llámese como se le llame, lo importante es no confundir este «sistema»,

82. 2000 o 2003c (Anexo): esp. Sec. II.

83. 1980d: § V.

84. *Supra*: a la altura de la nota 19.

que permite poner bien de manifiesto lo *escasamente* racional que es la actividad interpretativa de los juristas, con aquellos otros «sistemas» –p. ej. el de Alexy– que disfrazan esa actividad imputándole unas posibilidades de «racionalidad» o «razonabilidad» completamente reñidas con cuanto revela, una y otra vez, la «vida» del derecho.

Tampoco caigo en la ingenuidad de afirmar que el modelo-Autoridades propuesto para examinar la argumentación jurídica vaya a resultar, en la práctica, más «útil» que el de los razonabilistas⁸⁵. No puedo, ni yo ni nadie, obligar a que unos juristas, aunque no fueran muchos, lo adopten de veras como guía heurística efectiva en su trabajo profesional (junto con el modelo de «cuatro pasos») que he presentado en otro sitio⁸⁶. Eso sí, me atrevo a pensar que, en todo caso, no puede ser acusado de disimulador.

7. ¿Interpretación o integración?

Muchos dicen que estamos ante una «integración» del derecho cuando, para resolver jurídicamente determinado caso o cierto tipo de casos, se considera que en el conjunto de las disposiciones del derecho positivo en vigor no existe una norma específica que contemple ese caso, pero se entiende que *debiera* haberla ahí, de todos modos, dadas las características de dicho ordenamiento jurídico. Entonces el intérprete –p. ej. el juez– determina semejante norma, sobre la base de ciertos criterios – p. ej. principios técnicos de la dogmática jurídica, valoraciones sociales, etc.– que están *más allá* de lo que en concreto dispone, por sí mismo, tal o cual precepto positivo. En situaciones de esta índole se afirma que hay una *laguna*, un «vacío», en los materiales positivos del derecho. Y se concluye que el intérprete debe colmar eso por ciertos medios, de modo que entonces él pasaría a *integrar* –así se dice– el derecho vigente, en vez de limitarse nada más a interpretarlo.

Durante mucho tiempo me pareció importante distinguir, en la forma más neta posible, entre esas dos posibilidades: lo que es interpretación propiamente dicha de una ley y la «integración» del derecho. Más tarde comprendí que hacer tal diferencia es engorroso y, sobre todo, inocuo en la práctica. Digo eso, porque los criterios de demarcación entre ambas posibilidades están muy lejos de ser nítidos, ante asuntos jurídicos que se hallen verdaderamente en discusión.

85. La «utilidad» que pueda tener una metodología apoyada en *ese* modelo se examina en XXXXc: Sec. F.

86. 2002 y XXXXc (Sec. E.IV.4)

El punto clave de dicha distinción conceptual tendría que afincar en la posibilidad de trazar una línea bastante neta de separación entre lo que cabe «dentro» y lo que está «afuera» de un cuerpo de leyes. Pero justamente eso es lo que *no* puede hacerse sin más. Por una razón básica: las indeterminaciones que ofrece el lenguaje de las leyes mismas⁸⁷. Tales indeterminaciones pueden afectar a un precepto en particular; o bien, al tomar en consideración cualquier conjunto de ellos, tanto más cuanto más amplio sea este (p. ej. el «orden jurídico» en general). Lo que no «está» en una disposición, puede «estar» –por lo menos implícitamente– en otras: p. ej. en unos principios generales del derecho⁸⁸. Sea como fuere, y llámese como se le llame, las argumentaciones jurídicas suelen dirigirse a sustentar que está «adentro» la respuesta jurídica que el intérprete en cuestión propone y que están «afuera» aquellas con las que él no está de acuerdo. Por lo demás, hasta lo de saber si la letra es o no es «clara» puede, llegado el caso, ser apreciado de manera distinta por unos y otros⁸⁹.

La cuestión tiene que ver con lo del carácter «creativo», hasta puede llamársele una «forma de legislar»⁹⁰, que el discurso judicial conlleva, inevitablemente⁹¹. Como dice Prieto Sanchís:

«... resulta al menos discutible si la utilización de estos métodos (los de interpretación) cercena o, por el contrario, amplía las posibilidades de la discrecionalidad judicial. De un lado, porque se trata de reglas que han de ser a su vez interpretadas, lo que supone una tarea de atribución de significado que suscita problemas análogos o incluso superiores a los que ofrecía la interpretación de las normas sustantivas. Pero, sobre todo, porque el empleo de una u otra directiva queda en principio al arbitrio del juez y puede conducir además a resultados distintos y aun incompatibles»⁹².

87. 2003c: cap. IX y *passim*.

88. XXXXb.

89. 2003c: §§ 39-40.

90. «El proceso de “aplicar” una ley obliga a interpretar”, lo que, repito, es una forma de legislar» [Jerome Frank, «Palabras y Música. Algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes» (trad. Roberto J. Vernengo), en AA.VV., *El actual pensamiento norteamericano*, pp. 171-209 (cita p. 190), Losada, Buenos Aires, 1051].

91. Más de un examen acerca del pensamiento jurídico, sobre todo en la segunda mitad del siglo pasado (pero hay importantes antecedentes: Bülow, Kantorowicz y la Escuela del Derecho Libre, Frank, Kelsen, etc.), ha subrayado tal carácter. Por ejemplo, lo ha hecho Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, Porrúa, México, 1973 (ed. or. 1956)]; basándose en el pensamiento de muchos otros autores (cap. II), él sostenía la tesis de que «La función judicial es siempre creadora» (cap. V). En cuanto a esta manera de *calificar* eso que hacen los jueces, véase el agudo análisis de Genaro R. Carrió. *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965: Tercera Parte, § III. Cf. también Luis Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987: esp. caps. II.4, III.7, IV.4 y V.2.

92. *Op. cit.* (en la nota anterior): 102-103.

Y ese autor concluye, con toda razón: «Según creo, por regla general no parece que los tribunales se limiten a “descubrir” una norma en el Derecho preexistente, ni tampoco a crearla *ex novo*, sino que hacen ambas cosas a la vez»⁹³.

Por todo ello, si bien el dualismo interpretación/integración es manejable en abstracto, como una cuestión de principio si así se quiere (por eso lo recojo todavía, más bien por motivos de ordenamiento didáctico), debo reconocer que, en las aplicaciones prácticas del razonamiento jurídico, es muy poco probable que tal distinción sirva para decidir ningún asunto importante. Ante los tribunales, difícilmente un jurista, ya sea el abogado de una parte o el juez mismo, dirá –aun si llegase a pensarlo– que está proponiendo una «integración» (creación) jurídica. Preferirá presentar su propia respuesta como *interpretación* de lo que «verdaderamente» dice cierto precepto del derecho positivo mismo... ¡Y siempre sabrá invocar alguno, desde luego!

8. Conclusiones fundamentales (*Síntesis*)

Para conocer el sentido de un texto de derecho positivo, a menudo se presenta la posibilidad de *elegir* entre distintas maneras de entenderlo. Las vías intelectivas empleadas para ello pueden, eventualmente, no conducir a igual resultado interpretativo, frente a un mismo texto y hasta en relación con un mismo caso práctico. De *cuál* sea la vía elegida, es decir, del «método] interpretativo depende, pues, el resultado jurídico.

Para justificar jurídicamente *cómo* y *por qué* ha de aplicarse determinado método interpretativo, importa tener en cuenta que con ello se trata de indagar cierto pensamiento ínsito –así se supone– en la letra del texto, el sentido que para esta ha decidido alguna *Autoridad*. Tal «decisión» se considera, explícita o implícitamente, el fundamento legitimante del sentido normativo del texto interpretado. Por tanto, la elección del método interpretativo depende, en última instancia, de otra elección que, consciente o inconscientemente, le es previa: la aceptación de tal o cual *Autoridad* como fundamento para recurrir al método en cuestión. [En *última* instancia, el decidir cuál sea la *Autoridad* aceptada para esos efectos, y por qué se le acepta, reposa en razones –fundamento del fundamento– que escapan al campo de lo jurídico-positivo propiamente dicho. Tal orden de razones es lo que, finalmente, viene a explicar la existencia misma del derecho

93. *Ibid.*: 134.

como fenómeno de la conducta humana. De eso se ocupan la Filosofía del Derecho, la Sociología Jurídica, etc.]

Para conocer lo *decidido* por cierta Autoridad, puede considerarse apropiado eventualmente más de un método. Por lo general, estos métodos deberían conducir a resultados iguales o complementarios, supuesta dicha Autoridad. No obstante, hasta unos métodos fundados todos sobre la misma Autoridad pueden conducir a resultados no exentos de contradicciones entre sí, aunque estas no fueren sino parciales. Entonces el intérprete otorga preferencia a los resultados que brinda el método considerado, a su juicio, como el adecuado para captar con mayor fidelidad lo «decidido» por la Autoridad respecto al texto en cuestión. O sea, que en dicha Autoridad se fundamenta asimismo la *jerarquía* que el intérprete establezca entre los propios métodos que estima pertinentes.

Por otro lado, de la Autoridad depende no sólo la elección del método considerado «in abstracto», sino también la *manera* como él será utilizado «in concreto», con relación al texto interpretado. Dado que el método no es más que un *medio*, su empleo está en función del *fin* que por ese medio se persigue. Tal fin, en el caso de los métodos interpretativos, no es otro –por lo menos en apariencia– que hallar el pensamiento mismo de la Autoridad considerada. La naturaleza adjudicada a dicho pensamiento, la cual a su vez está en función de la naturaleza de la Autoridad misma, marca la *orientación específica* con que el método sea utilizado es decir, las maneras concretas empleadas para desentrañar la norma jurídica vestida con las palabras de la ley.

En consecuencia, hasta donde la interpretación de los textos jurídicos pueda ser –relativamente, parcialmente– un discurso de carácter *racional*, estará sujeto a las siguientes condiciones fundamentales:

- el sentido de cualquier texto jurídico depende de la Autoridad en que se le considere fundado;
- de esa Autoridad depende la elección del (o de los) método(s) interpretativo(s) destinados a aprehender el sentido de dicho texto;
- de dicha Autoridad depende, asimismo, la manera concreta en que el método elegido sea utilizado;
- y de la Autoridad considerada depende también, por fin, la jerarquía entre distintos métodos, suponiendo que en principio sean todos ellos aptos en función de tal Autoridad.

Quiere decir que es la *selección de Autoridades*—sea cual fuere el grado de conciencia con que se proceda a tal elección— aquello que determina cuáles son, en el plano de lo racional o lo razonable, el o los métodos interpretativos adecuados; y de estos métodos, a su vez, dependen los *resultados* interpretativos finales. De modo que la cuestión decisiva en materia de interpretación jurídica es, en última instancia, la siguiente: ¿cuál Autoridad corresponde aceptar y *por qué*? Mas tal interrogante no es una cuestión metodológica, propiamente, sino de orden volitivo-ideológico (excede el marco del examen ofrecido aquí).

No se trata —para mí— de proponer ningún nuevo *método* o acaso alguna inédita combinación de ellos. Mas esto no quita que una reconstrucción típico-ideal [*supra*: §4] de la labor interpretativa en términos de Autoridades pueda resultar utilizable con algún provecho, no digo a título de método en sentido estricto, pero sí como una GUÍA HEURÍSTICO-CRÍTICA en el razonamiento jurídico. En efecto, eso brinda unas sugerencias básicas para tener los ojos bien abiertos ante las *alternativas* que en cada caso se presenten al interpretar textos del derecho positivo. Levanta los velos que el pensamiento jurídico suele tender sobre el hecho de que lo que el intérprete hace, realmente, es *elegir* — ¡preferir!— una de ellas. Cuestión, pues, de no optar a ciegas, o a tuertas. Como dije hace ya tantos años, pienso que tal conciencia —panorama de las Autoridades en juego (llámeseles o no así)— es ni más ni menos que una condición indispensable para permitir «que el intérprete sepa de dónde viene y hacia dónde va»⁹⁴.

94. 1972: 4.

TRABAJOS COMPLEMENTARIOS DEL AUTOR

(a lo largo del presente estudio señalados por indicación sólo del año)

[1972]: *Esquemas Metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, Caracas, Universidad Central de Venezuela/Facultad de Derecho (Cuaderno de Filosofía del Derecho N° 9), fechado 1972 (publ. en 1976), 111 p. [Reseña por Guy Augé, *Archives de Philosophie du Droit*, t. 22 (1977): 315-318.]

[1973]: «Sur une “méthodologie” de l’interprétation juridique», *Archives de Philosophie du Droit*, t. XVIII (1973), pp. 371-383, Sirey, París.

[1977a]: *Langage juridique et interprétation littéral (envisagés sous l’angle de la possibilité d’une méthodologie pour l’interprétation des lois)*, Tesis de Doctorado, Université de Droit, d’Economie et de Sciences Sociales (Paris 2), París, 1977, xxvii-448 p. [Sinopsis: 1980a.]

[1977b]: «Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität?» (¿Racionalidad de las autoridades o autoridad de la racionalidad?), *Rechtstheorie*, vol. 8/2 (1977), pp. 145-163, Duncker & Humblot, Berlín. [No hay versión en español.]

[1978]: «Hermeneutik contra Rechtswissenschaft» (Hermenéutica contra ciencia jurídica), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. LXIV (1978), pp. 163-181, Franz Steiner, Wiesbaden. [No hay versión en español, pero algo de ese estudio se recoge en 1990: Apéndice 4.]

[1979]: «Apuntes sobre el lenguaje jurídico, III. Alternativas para el intérprete (Elementos de opción)», *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 39 (setiembre-diciembre 1979), pp. 153-258, Universidad de Costa Rica-Facultad de Derecho/Colegio de Abogados, San José.

[1980a] «Lenguaje jurídico e interpretación literal (Conclusiones de una Tesis)»; *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho (ALMFD)*, N° 1, pp. 129-144, Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y Sociales (OLIJS), Facultad de Derecho/Universidad de Carabobo (Rectorado), Valencia (Venezuela).

[1980b]: «Sobre una interpretación de la interpretación judicial (A propósito de “Interpretación y Juez”, de Fernando Fueyo Laneri)», *Ibid.*, pp. 225-237. [Coincide en buena parte con 1986a.]

[1980c]: Reseña de «Esquemas metodológicos...» [supra: 1972], *Ibid.*, pp. 281-282. [Auto-reseña de ese trabajo, firmada Cirilo Ortiz Hernández.]

[1980d]: «Prólogo»-Presentación, en Jorge Enrique Romero Pérez, *La Sociología del Derecho en Max Weber* (2ª ed.), pp. i-xxxiv. Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, San José, 1980.

[1984]: «Droits de l’homme, concepts mouvants, idéologies», *Archives de Philosophie du Droit*, t. 29 (1984), pp. 323-339.

[1986a]: «Interpretación judicial, política y derechos humanos», *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice V, pp. 434-442. Driskill, Buenos Aires. [Coincide en buena parte con 1980b]

[1986b]: *Tratado básico de derechos humanos (con especial referencia al Derecho Constitucional latinoamericano y al Derecho Internacional, Examen realista-crítico)*, tomos I (Conceptos Fundamentales) y II (Indicadores Constitucionales). Juricentro, San José (Costa Rica), xlvii-970 p. [El t. III está pendiente de publicación.]

[1988]: «Rationalité»; en André-Jean Arnaud (Dir.), *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et Sociologie du Droit*, pp. 337-340, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence/Story-Scientia, París-Bruselas, 1988.

[1990]: «Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible?», *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N^{os} 7 y 8 (1990), respectivamente pp. 169-247 y 241-270. Universidad de Alicante. Una versión corregida y algo ampliada apareció en *Revista de Ciencias Jurídicas* (Univ. de C.R.), N^{os} 66 (mayo-agosto 1990) y 67 (setiembre-diciembre 1990), respectivamente pp. 67-134 y 169-244; de esta versión hubo también un pequeño tiraje independiente en forma de libro.

[1991]: «Sciences du droit – quelle “science”? Le droit en tant que science: une question de méthodes», *Archives de Philosophie du Droit*, t. 36 (1991), pp. 165-187. Es una versión mejorada respecto del texto en castellano, «Ciencia jurídica: ¿qué “ciencia”? (El Derecho como ciencia: una cuestión de métodos)», el cual fue publicado, con sucesivas correcciones y ampliaciones, en varios sitios: *Enciclopedia Jurídica Omeba*-Apéndice /t. IV, pp. 124-135, Bibliográfica Omeba/Driskill, Buenos Aires, 1982; *Revista de Ciencias Jurídicas* (Univ. de C.R.), N^o 51 (setiembre-diciembre 1984), pp. 11-35; *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, N^o 12 (diciembre 1988), pp. 97-125; la última y más completa versión en español (pero editada con serios defectos de diagramación) apareció en *Novo Ius*, N^o 5 (abril 1990), pp. 109-139, Asociación Nueva Generación Jurídica/Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-Universidad de Panamá.

[1992]: «“Voluntad del Legislador” como opción interpretativa (¿posibilidad real o ficción?)», *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice t. VI, pp. 710-725, 1992.

[1993a]: «Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho», *Doxa* 14, 1993, pp. 269-317. Versión revisada y ampliada: 1999b, pp. 47-155. Versión abreviada: «Pas assez “épistémologique”... mais pourtant bien vu! Du manque de réalisme dans l’actuelle Théorie du Droit – et de ce qu’elle pourrait apprendre d’un juriste d’antan», *Archives de Philosophie du Droit*, T. 42 (1997), pp. 101-116.

[1993b]: «Définitions, interprétations et pratique des droits de l’homme, De la “grammaire” aux “formes de vie” dans la rhétorique des droits de l’homme», *Revue Internationale de Sémiotique Juridique/International Journal for the Semiotics of Law*, vol. VI/N^o 16 (1993 – Human Rights

Symposium: Part II), pp. 3-44, Association Internationale de Sémiotique Juridique/International Association for the Semiotics of Law, Deborah Charles Publications, Liverpool.

[1994]: «Metodología, métodos, metodologismo. Prolegómenos a una crítica de la autocomprensión “misionera” en los científicos sociales», *Revista de Ciencias Sociales* N° 64 (junio 1994), pp. 109-119, Universidad de Costa Rica, San José. [Coincide parcialmente con 1996e.]

[1995a]: «Sobre el Derecho como “técnica” o “tecnología”. Apostillas a una polémica sobre las posibilidades del discurso jurídico», *Doxa* 17-18, 1995, pp. 491-498. También en 1999b: 107-116.

[1995b]: «Magia verbal, realidades y sentido fermental de los, así llamados, “derechos” económicos», *Sistema* 125 (marzo 1995), pp. 59-74. Fundación Sistema, Madrid.

[1996a]: «Una discusión: ¿Quiénes son los “irracionalistas” en la Teoría del Derecho? (Por qué algunos no confiamos en que sean tan “racionales”, ni “razonables”, los enfoques hoy dominantes en esa Teoría)», *Doxa*-19, 1996, pp. 385-402. Versión ampliada: 1999b, pp. 271-315.

[1996b]: «Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie – Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der Heiligen (Rede-)Familie“» [Emplazamiento de la Teoría del Derecho contemporánea – Rawls, Dworkin, Habermas y otros miembros de la “Sagrada (charla) Familia”], en *System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Habermas-Sonderheft* (Eds. Werner Krawietz / Gerhard Preyer), pp. 7-57 (*Rechtstheorie* vol. 27/3, pp. 277-327), 1996, Berlín, Duncker & Humblot, publ. 1998. Título original de dicho estudio: «Zum astronautischen Standort der heutigen Rechtstheorie. Über Rawls, Habermas, Alexy und andere: Gegenwärtige Arten des akademischen Wunschdenkens in einer modernen Heiligen (Rede-) Familie“» [Sobre el astronáutico emplazamiento de la Teoría del Derecho contemporánea. Acerca de Rawls, Habermas, Alexy y otros: Formas actuales del wishful thinking académico en una moderna «Santa (charla-) Familia»]. La mayor parte de ese estudio se encuentra también traducida (por partes) en español, respectivamente: § III (versión ampliada: XXXXa), § IV (2001: §§ 4-8), § V (1997: 116-125), § VI (1998).

[1996c]: «Ciencias del derecho, La controversia de paradigmas en la Teoría del Derecho contemporánea», en *Enciclopedia Jurídica Omeba*/Apéndice t. VII, pp. 107-145, Driskill, Buenos Aires, 1996. Versión revisada: 1999b, pp. 159-236.

[1996d]: «Lógica formal y Derecho», en *ibid.*, pp. 625-632. — Versión revisada: cap. VIII de 2003c.

[1996e]: «Teoría del Derecho y metodologismo. Una discusión sobre el alcance de las metodologías y los resultados», *Ibid.*, pp. 1017-1029. El contenido de este estudio se encuentra, por partes, en otros trabajos: 1994, 1996a (389-392) o 1999b (279-285), 2003c (§§ 85 y 87).

[1997]: «Variantes del pensamiento escapistista en una moderna "Santa Familia": sobre Rawls, Habermas, etc. (Acerca de la concepción "misionera" para las ciencias sociales)», *Sistema*, N° 137 (marzo 1997), pp. 109-125, Madrid.

[1998]: «Teorización constructivista como "forma de vida" (Sobre "formas y reglas" del discurso jurídico en los tribunales inexistentes)» *Doxa-21*(1998)/vol. I , pp. 147-170.

[1999a]: «Precomprensiones, racionalidad y métodos, en las resoluciones judiciales», *Doxa-22* (1999), p. 49-78.

[1999b] AA.VV. (E.P. Haba *et al.*), José F. Palomino Manchego (Dir.), *Discusión sobre el carácter anticientífico del Derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*, Grijley, Lima, xxii-325 p. [pp. 47-123, 159-236, 271-315].

[2000]: «Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora. Mitomanías de la Razón "constructivista": ¿racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos?», *Doxa-23* (2000), pp. 561-596 [texto revisado: 2003c, Anexo]. Estudio compuesto con base en los §§ I-II y VII-VIII de un trabajo mucho más amplio: Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora (Mitomanías de la Razón «constructivista»: ¿racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos?), ponencia para el 13° Coloquio Internacional de la International Association for the Semiotics of Law, São Paulo (agosto de 1997), manuscrito 97 p., inédito; el Sumario completo se indica en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, N° 15-1997, Homenaje a Isaiah Berlin, p. 180, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Santiago de Chile. Otras partes de ese contenido se recogen en, respectivamente: § III (XXXXa), § IV (1997), § V (2001a: §§ 4-8), § VI (1998).

[2001a]: «Rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho: El bluff Dworkin (Retorno al realismo ingenuo y apogeo del efecto-Vicente, lanzados por una reencarnación más del Prof. Beale)», *Doxa-24* (2001), pp. 165-201. Versión abreviada de un libro inédito que lleva el mismo título.

[2001b]: «De qué viven los que hablan de derechos humanos? (Tres tipos de discursos-DH: «de», «para», «con»)». *Senderos*, Año XXIII, N° 67 (enero-abril 2001), pp. 53-77, ITAC (Instituto Teológico de América Central Intercongregacional), San José (C.R.), 2001. — Una versión revisada de este estudio será publicada en *Sistema*, Madrid.

[2001c]: «Normativismo y realismo como opciones del juez (De la Razón práctica amputada a la racionalidad jurídica integral)», en José M. Delgado Ocando y Levis Ignacio Zerpa (Coordinadores), *Curso de Capacitación Judicial sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, pp. 39-161, Tribunal Supremo de Justicia (Serie Eventos N° 3), Caracas, 2001. — Versión revisada: XXXXc, Sec. A.

[2002]: «Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa *práctica* al discurso normativista de los jueces)», *Doxa-25* (2002), en prensa. — Versión revisada: XXXXc, Sec. E.IV.

[2003a]: AA.VV. (Enrique Pedro Haba, Dir.), *Axiología jurídica fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico (Materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos)*, Textos destinados a la Cátedra de Filosofía del Derecho, San José (C.R.), 2003, xvi-376 p.

[2003b]: Id., *Elementos básicos de Axiología. Epistemología del discurso valorativo práctico: cuestiones generales (Materiales para discernir condiciones de racionalidad en esos discursos)*, Textos destinados a la Cátedra de Filosofía del Derecho, San José (C.R.), 2003, xxi-443 p.

[2003c]: *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*, ts. I y II, Vlamarán, San José (C.R.), 2003, xii-207 y xv-335 p.

[2004]: «En torno a las formas de discursar sobre el talismán “derechos humanos”. Un compendio de observaciones poco edificantes en torno a maneras de decir mucho y no decir nada», en Roque Carrión Wam (editor, compilador), *Derechos humanos/ Direitos humanos (De las diversas maneras de atraer a los hombres al conocimiento y crítica de sus derechos humanos)*, Centro Latinoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CELIJS)/Facultad de Derecho-Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela, en prensa.

[XXXXa]: «El extraterrestre racionador: Teoría social en la función de *divertimento* discursivo (Sobre la neoescolástica social de J. Rawls como paradigma de teorización alienada)»; estudio pendiente de publicación.

[XXXXb]: *Los principios generales y las fuentes del derecho (Elementos de análisis para descifrar esas dos categorías del pensamiento jurídico)*; libro pendiente de publicación.

[XXXXc]: *Invitación al razonamiento jurídico realista*; libro pendiente de publicación. Es un adelanto, en forma sensiblemente abreviada (aprox. una cuarta parte), de materiales preparados para mi obra, en tres o cuatro tomos (si es que llega a ser publicada): ***Metodología (realista) del Derecho. Doce temas básicos.***

LA REGLA DE JUSTICIA EN FILOSOFIA Y DERECHO, SIGUIENDO LOS PASOS DE CHAÏM PERELMAN

Adolfo León Gómez Giraldo*

Cuando Chaïm Perelman nos propone la regla de justicia como la regla (o norma) central de la razón comprometida en la acción, no sólo nos quiere decir que hay un uso práctico de la razón, sino que también quiere, de manera, explícita distanciarse de los racionalismos clásicos (intelectualistas o empiristas que privilegian la evidencia (racional o empírica) y los métodos deductivo e inductivo que permiten derivar con certeza demostrativa o con probabilidad calculable otras verdades a partir de aquellas verdaderas primeras.

Los racionalistas clásicos cuyo paradigma es Descartes (pero que también pueden ser representados por Locke y por el Kant de la **Crítica de la razón pura**) son filósofos del origen, o de los fundamentos (fundacionistas) ¡están convencidos de que la filosofía tiene cimientos firmes y de que a partir de ellos por procedimientos deductivos, inductivos, o la **sui generis** deducción trascendental kantiana, es posible ampliar el conocimiento o al menos, como en el último caso, mostrar su posibilidad a partir de su reconocimiento como verdadero.

El modelo general [en el sentido de una analogía generalizada] que han empleado estos filósofos para construir sus doctrinas sistemáticas ha sido el de la Geometría de Euclides (cuya teoría más abstracta fue elaborada por Aristóteles en los **Segundos**

* Doctor en Filosofía. Profesor de la Universidad del Valle

Analíticos), aunque algunos de ellos lo han sustituido o complementado con modelos de ciencias nacientes o ya formados: la lógica, diversos campos de la matemática, la biología, la mecánica newtoniana, etc.

Para Perelman las doctrinas filosóficas tienen fundamentos, en tanto que cualquier construcción discursiva debe tener un **asiento, un sustento**, pero este sustento no es evidente, ni universal ni necesario pues hablamos de **filosofías** en plural, y ese **sustento** se ha seleccionado (**o escogido**), en parte, porque es **irremediable** tener un punto de partida, dado que cualquier intento de **sustentar o afianzar** todo conduce a **una regresión viciosa al infinito** (es decir, no todo se puede demostrar en lógica, ni justificar en el mundo de la vida).

Y, en parte, [quizás en gran parte o en la mayor parte], porque esos **principios** serán evaluados en función de sus consecuencias **teóricas o prácticas, de tal manera que si los hechos** no casan con los principios, o se descubre una **incoherencia** en el sistema o se produce una **incompatibilidad**, es necesario **revisarlas**.

Esta revisión no será mecánica, ni automática, sino que obedecerá a **una decisión responsable**, del filósofo, o, en el caso de la ciencia, de la comunidad de especialistas; **responsable**, es decir lúcida, con conocimiento de causa, **justificada** (aunque **no probada, ni demostrada, ni fundamentada**), o en otros términos, **justa**¹.

Un comportamiento o un juicio humano no puede considerarse justo si no es **regular**, es decir, si no está sometido a **reglas o criterios**.

Si comparamos la justicia con el amor constataremos que mientras que este es personal y nunca resulta de una evaluación de cualidades y defectos, ventajas e inconvenientes, pues es realmente ciego, la justicia es una virtud racional- o cualidad del hombre razonable- que **mide, pesa, sopesa, compara** y su aparente ceguera radica en el hecho de que no hace acepción de personas y se preocupa de la imparcialidad. Es por esto que Leibniz la definió como “la caridad del sabio”, lo que nos permitiría decir igualmente que la caridad es “la justicia del santo”, si tratamos de entender que la caridad y la santidad son virtudes no racionales o supraracionales².

1. Cf. **Philosophies premières et philosophie** régressive, en **Rhétorique et philosophie**. Presses Universitaires de France, 1952, pp. 85-110.

2. Cf. P. ejemplo, **Cinq Leçons sur la Justice**, en **Droit, morale et philosophie**. R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1976 (2ª edición) [**Las Lecciones** datan de 1966], pp. 15-66. En todo lo que sigue nos inspiraremos de estas lecciones.

Seguendo este orden de ideas, Perelman ha propuesto una regla formal de justicia que es “un principio de acción según el cual los seres de la misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera”³.

Esta regla es una **matriz** aceptable por todos, aunque, como **matriz** o **función** tiene **dos** lugares **vacíos** que pueden ser llamados de diversas maneras: una relativo a la categoría considerada esencial (Perelman menciona al menos cinco posibles) y el otro se refiere al **como** tratarlos (supuestamente otros cinco modos posibles). Cuando esta función se llena de contenido aparecen los desacuerdos y cesa su validez universal.

Sin embargo esta regla formal nos permite establecer una relación con la lógica, es decir de la acción con la teoría, porque de ella se puede derivar por un argumento **a fortiori** el principio de identidad de los indiscernibles.

En efecto, si reformulamos la regla así: los seres considerados esencialmente **semejantes** deben ser tratados de la misma manera, podemos decir que si es justo tratar de la misma manera a dos seres semejantes, y **a fortiori** (es decir, con mayor razón) **idénticos**, es justo también afirmar de una de estos objetos lo que se dice del otro, que es el principio de identidad de Leibniz, según el cual si dos seres tienen las mismas propiedades, entonces son idénticos y por lo mismo indiscernibles.

Lo anterior es relativamente claro si, por un aparte, comprendemos que la **identidad** es el caso límite de la **semejanza** (es decir es la semejanza total), y, por la otra, que el **decir** es una **forma especial** de **hacer** como queda claro después de la teoría general de los actos lingüísticos propuesta por los filósofos J.L Austin y Jonh R. Searle⁴. Por mi parte creo que si variamos la fórmula un poco, por ejemplo, “es injusto tratar de la misma manera a seres diferentes (es decir, no semejantes)”, o “es injusto tratar de diferente manera a seres semejantes”, fácilmente podríamos derivar una fórmula lógica parecida al principio de no contradicción, y reuniendo las dos en forma disyuntiva podríamos, quizás (porque aun no he hecho el ejercicio) lograr derivar el principio del tercero excluso; estos principios son los pilares de la lógica formal que es el **organón** de la **razón teórica**.

3. Además de las **Cinq Leçons**, cf. **De la Justice en Justice et raison**. Presses Universitaires de Bruxelles, 1963, pp. 9-80, el texto citado es de la p. 43. De este ensayo hay traducción española.

4. Cf. Mi **Primado de la razón práctica**. Centro editorial, Universidad del Valle, Cali, 1991, en especial el capítulo **El primado de la razón práctica** (Justicia y justificación), pp 27-33.

Esta, o mejor, estas consecuencias son importante es porque Perelman nos dice que el paso inverso es imposible, p.ej. no es posible derivar la regla de justicia del principio de identidad, porque independientemente de si existen seres idénticos o si la identidad es sólo de **dos o más nombres** que se refieren a un mismo objeto, la regla de justicia solo tiene interés si nos dice como tratar seres que no son idénticos, sino diferentes; quien se queja de una injusticia se queja de que seres semejantes según el criterio y las categorías adoptadas como pertinentes, sean tratadas de manera diferente porque no se hace caso omiso de ciertos elementos irrelevantes (mayor riqueza, mayor influencia, amistad o parentesco con tal funcionario, pertenencia a un grupo social, religioso o político cercano al poder, etc).

Esta consecuencia es importante porque permite entender la tesis perelmaniana de la “primacía de la razón teórica sobre la razón práctica”. En efecto la **lógica formal** teorizada desde Aristóteles (**Primeros Analíticos**) hasta nuestros días no es sino “el resultado de un proceso de **simplificación** (de la argumentación efectiva realizada en lenguaje común) que no es posible sino en condiciones y particulares, en sistemas aislados y circunscritos”; donde la forma se separa del contenido, de la argumentación común, en busca de **nociones unívocas y precisas y de reglas inflexibles** (o **monótonas** como dicen los lógicas), porque el lenguaje natural, vehículo de la argumentación, es el medio natural de las nociones confusas e imprecisas, y de reglas flexibles. En otros términos, la lógica- cuya teoría es perfectamente datable en la historia de Grecia-, es un **sucedáneo** de la **argumentación**, de la que sólo podemos decir que es solidaria de las funciones del lenguaje específicamente humano, y que, aunque es de aparición tardía en la especie humana, está presente en todas las grandes narraciones que conservamos de las culturas humanas⁵.

Esta consecuencia es importante, porque mis colegas interesados en Perelman y algunos de mis alumnos aún no logran distinguir bien entre razonamientos lógicos y argumentos cuasi lógicos, por ejemplo, entre las dos formas válidas de un dilema y los dilemas retóricos que son persuasivos siempre y cuando uno no pueda tomarlos por uno de los cuernos, o meterse entre sus cuernos, o retorcerlo. Pero estoy yendo muy rápido. Así que regreso.

5. Op.cit. capítulo citado.

La justicia es racional. **Justificar es dar razones**, porque razonar no sólo es demostrar o verificar, sino también **deliberar, criticar y justificar**, presentar razones en pro y en contra, es decir **argumentar**.

El uso práctico de la razón no puede comprenderse sin una teoría general de la argumentación- que completa la teoría de la “demostración”, objeto de la lógica formal. Si no tenemos una teoría de la argumentación- que entendemos como organón de la razón práctica-, “no llegaremos a concebir lo que hay de específico en el proceso de justificación y, **a fortiori**, a precisar sus relaciones con la idea de justicia”.

En efecto, toda justificación es diferente de la “demostración”. Esta se desarrolla a partir de enunciados o proposiciones de las que se puede preguntar si son verdaderas o falsos, y verdad y falsedad son objetivas e impersonales. En cambio la justificación es de orden práctico: se justifica **un acto, un comportamiento** una disposición a obrar, una pretensión, una escogencia o una decisión. No se justifican los agentes, ni las proposiciones a no ser de manera indirecta: justificar a un agente es justificar su conducta (aunque a veces esta se disocia parcialmente de aquel por el recurso a los atenuantes o a la excusa), y justificar una proposición o una regla, es justificar el hecho de **adherir** a ellas o de **enunciarlas** en un momento dado, es decir, se justifica el comportamiento con relación a ellas (lo que llaman algunos filósofos **actitudes proposicionales**⁶). Por lo demás la selección de las proposiciones lógicas primitivas- p.ej. un sistema de axiomas, puesto que estos en la lógica contemporánea no se dan como **indemostrables** sino simplemente como **indemostrados de facto**- no se hará por la vía lógica- lo que produciría una **irremediable regresión viciosa** al infinito-, sino por la vía argumentativa, recurriendo a un principio de **simplicidad**, en cierta forma, a la navaja de Occam que es una de las formas del argumento del derroche o del desperdicio, y, por otra parte, a las **consecuencias** que se siguen de este sistema, que es también una forma del **argumento pragmático**.

Como lo he dicho antes, **no es posible justificar todo** so pena de entrar en un regresión viciosa sin fin. Es obvio que una **persona razonable jamás intentará justificar cada uno de sus actos ni cada una de sus creencias**. La duda cartesiana que en principio arrasa con todo y que es racional pero no razonable, se da sólo porque ya se tiene en mente su cura con el **cogito** evidente y el Dios veraz

6. Cf. Cinq Leçons, 4, Justice et justification, pp 46- 56.

que **garantiza** las evidencias. Pero a falta de un tal **deus ex machina**, la empresa de la justificación “sólo tiene sentido si los actos que hay que justificar son actos criticables que poseen algún defecto y los hace inferiores a los actos que escapan a la crítica y, por lo mismo, a la necesidad de ser justificadas”. Incluso, la justificación no concierne sino **lo discutible**, e incluso normalmente lo que se criticado **efectivamente por razones determinadas**.

Es en este momento para darle contenido a la justicia en el que interviene el concepto de **inercia psíquica y social** que es el análogo de la inercia física⁷, funda la técnica de la **cosa juzgada**, que tiende a **estabilizar ciertos juicios** y a **prohibir la discusión de ciertas decisiones**⁸. Esta técnica se prolonga en la **técnica del precedente**, porque así como hay que dar razón de la utilidad y oportunidad de cambiar un estado de cosas, también hay que dar la prueba de la utilidad y oportunidad de cambiar de conducta frente a una situación que se repite.

La inercia psíquica social funda la **presunción** a favor de lo **normal**, de lo habitual, de la opinión aceptada del estado de cosas aceptado (es decir, aquello que los no latinistas llaman el **Statu quo**).

Por el contrario, el cambio debe justificarse: sólo se puede cambiar- y dudar también-, cuando hay **razones suficientes** para hacerlo so pena de arbitrariedad. Lo que quiere decir que a quien toma iniciativas de cambio le incumbe el onus **probandi**, en otros términos, la carga de la prueba.

Si aterrizamos esta reflexión, podemos decir que, contra Descartes y Rousseau [que desarrolló el programa pedagógico de Descartes], la infancia no es un pecado original del hombre, sino un estado natural de la condición humana, que no hay niños hijos de nadie que comienzan de cero y que por supuesto no somos los primeros en hacer uso de nuestra razón – tampoco seremos los últimos -, ya que el **infante*** al nacer ingresa en una cultura que le proporciona inicialmente el lenguaje y través de él un conjunto más o menos organizado de conocimientos

7. Este se formula así: todo cuerpo en estado de reposo o de movimiento rectilíneo uniformemente acelerado, conserva su estado de reposo o de movimiento **a no ser** que una **fuerza externa** modifique su estado, su dirección o su velocidad.

8. Conozco al menos tres casos relativos a la ciencia en que esto ha sucedido: el origen del lenguaje, la demostración del postulado de Euclides y de la cuadratura del círculo, en que las Academias han intervenido para **precluir** la investigación.

* que **no habla** traduce literalmente esta palabra.

y valores. En otros términos, el niño para llegar a ser plenamente hombre deberá, mediante la educación y la iniciación, asumir una **tradición** general y otras particulares en ciertos dominios, que son un elemento previo mínimo indispensable para la elaboración de un pensamiento original. En consecuencia, Perelman reivindica la educación, la tradición, la iniciación bajo la autoridad del maestro.

Al respecto nos dice que estas ideas pueden parecer extrañas en un medio que adhiere a **la actitud crítica y la fomenta**: “pero la actitud crítica no puede darse sin cierta confianza en **su propio espíritu** que se opone, dado el caso, al del maestro. ¿Pero de dónde le vienen al niño los conocimientos que opone al maestro? Lo más a menudo de otra autoridad, de otro maestro o la del poder, muy rara vez provienen de la reflexión personal o de una experiencia que se ha tenido”. Así suene atrasado, el pensamiento crítico comienza a germinar cuando hay conflictos- o **incompatibilidades**- entre autoridades.

Pero la cosa no termina ahí, pues las tesis anteriores las completa con ésta que es un poco excesiva- pero no hiperbólica -:

“cada vez que el maestro introduce a sus alumnos en una disciplina nueva, trátase de **gramática o física**, está obligado a pedir que se **le dé confianza**... Incluso en la universidad, cuando se enseñan los primeros rudimentos de una ciencia, el maestro no puede demostrar todo: debe enseñar la terminología de su disciplina, sus convenciones que resultan a menudo de una amplia tradición, que resumen los perfeccionamientos sucesivos aportados a este dominio del saber. El papel del maestro es enseñar en algunos años lo que los espíritus más eminentes en su disciplina han construido durante siglos: un edificio intelectual coherente y adaptado a la realidad”⁹.

Sólo después de la iniciación en las verdades admitidas y en las técnicas aplicadas en su campo, puede ejercerse libremente el espíritu crítico del alumno, continuando la tradición si no se tiene razones suficientes para modificarla, o modificándola cuando aparecen hechos que no encajan en la sistematización anterior o cuando se presentan teorías incompatibles. Se puede hablar de **progreso científico** sólo al precio de **la continuidad**.

9. Cf. *Education et Rhétorique*, en *Justice et raison*, pp. 104-117. la cita es de las pp. 109-110

Para redondear esta primera parte, digamos que es tradición en filosofía y otras actividades humanas, establecer la oposición entre la verdad y las **múltiples opiniones**, la realidad a las **diversas** apariencias y la objetividad a las **variadas** impresiones fugitivas. La verdad, la realidad y la objetividad trazan el **recto camino** del conocimiento, ellas nos dan la **norma** a la cual deben someterse las opiniones, las apariencias y las impresiones cuya condición es equívoca porque pueden ser frente de saber y de error.

Pero esta **idea** secularmente repetida **es un error**, porque “sin las opiniones, las apariencias y las impresiones, el acceso a la verdad, a la realidad y a la objetividad, nos está cerrado, ya que es preciso que la verdad sea creída, que la realidad se manifieste y que la objetividad sea percibida. Y algo más. **Para el niño confiado y crédulo**, opinión y verdad, apariencia y realidad, impresión y objetividad son indiscernibles. Somos nosotros quienes disponiendo del material elaborado por una tradición crítica, hablamos de confusión allí donde el espíritu desprevenido está en la etapa anterior. El momento del discernimiento llega cuando **las opiniones chocan**, las apariencias se oponen en relación con un mismo objeto y las impresiones ya no concuerdan. Cuando las opiniones, apariencias e impresiones son **incompatibles**, es necesario **disociar** la verdad de las opiniones, la realidad de las apariencias y la objetividad de las impresiones”. A partir de este momento se requiere un criterio para salvar lo que merece salvarse, y se excluirán las opiniones falsas, las apariencias ilusorias y las impresiones engañosas¹⁰.

Y, puesto que no somos los últimos en pensar cuidémonos de nuestro privilegio presente para juzgar el pasado, ya que nuestras sistematizaciones teórico prácticas, **nuestro conocimiento actual** es sólo “una **opinión** sometida a prueba (**éprouvé**) que ha podido resistir a las críticas y objeciones, y de la que se espera con confianza, pero sin certidumbre absolutas que resistirá a los exámenes futuros... no creemos-continúa diciendo nuestro filósofo- en la existencia de un criterio absoluto que sea garante de su propia infalibilidad; por el contrario, creemos en intuiciones y en convicciones a las cuales acordamos nuestra confianza **a falta de prueba en contrario**”, que en cualquier momento puede llegar.

Creo que este **conjeturalismo (o doxismo)**, característico de algunas filosofías del siglo XX -que representan un distanciamiento de las filosofías fundacionistas que florecieron en el mundo europeo durante los últimos tres siglos-, asociado a la

10. Cfr. *Opinions et vérités* en *Justice et raison*, pp. 196-205. la cita es de la p. 196.

teoría de la argumentación como la teoría que **justifica (o impugna)** opiniones, es el que marca en Perelman el regreso fresco y renovado a la retórica de la antigüedad teorizada y practicada por Aristóteles, Cicerón y Quintiliano.

Este diálogo con el ayer, -a partir de los problemas de hoy privilegiará la retórica forense (o judicial), porque nuestro filósofo también es jurista como filósofo ha tomado en serio el derecho, tan en serio como quizás antes ningún filósofo lo había hecho, pues es el único que ha pensado que la filosofía ha de ser replanteada a la luz de un **modelo jurídico**, que simultáneamente sirve para mostrar la inadecuación de los modelos lógico-matemáticos y científico naturales.

Puesto que este asunto lo he abordado con algún detenimiento en otro escrito ya publicado, y puesto que buena parte de lo que he dicho hasta ahora para caracterizar el pensamiento filosófico de Perelman muestra **in actu exercitu**, como aplica Perelman el modelo jurídico, me limitaré ahora a redondear la reflexión.

Nuestro filósofo nos dice que haciendo una reflexión paralela de la lógica formalizada y el derecho positivo, descubrió que los procedimientos deductivos están ligados a la limitación de las expresiones que tienen un sentido (unívoco) en el sistema y al hecho inevitable de la aparición de expresiones **no-decidibles**, es decir, de las que no se puede demostrar ni su verdad ni su falsedad, cuando uno va más allá de los sistemas lógicos elementales. Es este resultado que los especialistas llaman el (o los) teorema(s) de Gödel que bien puede llamarse el de “las limitaciones internas de los formalismos”. En consecuencia el lógico o el matemático siempre puede decir, en el marco de tal sistema, la cuestión es insoluble, no hay nada que hacer, no hay elementos de decisión. El científico natural puede decir lo mismo.

Por el contrario, el juez competente está obligado por la ley, so pena de denegación de justicia, debe decidir cada vez, a pesar de la oscuridad, de las lagunas y la insuficiencia de la ley, si la pretensión es o no conforme al derecho. Por lo mismo, en el derecho no se pueden mantener las mismas exigencias de univocidad y de rigor ya en la formulación de la reglas del lenguaje, ora en la determinación de las técnicas de motivación de los juicios (de justificación de las decisiones), máxime cuando estas se expresan en la lengua natural (u ordinaria), capaz en principio **de decirlo todo**¹¹.

11. Cf. **Le Champs de l'argumentation**. Presses Universitaires de Bruxelles, 1970, p. 341

situación del filósofo se parece mucho más a la del juez que a la del lógico-matemático. En el dominio de la acción debemos decidir, porque no decidir, no escoger, es escoger de alguna manera, y toda filosofía debe elaborarse en función de una decisión, de una toma de posición.

En derecho y en filosofía, puesto que hay **desacuerdo**, hay **debate**, porque la naturaleza misma de la argumentación hace que no tenga el **carácter constrictivo** de las demostraciones, ya que se puede argumentar en **pro o en contra** de una tesis.

No hay debate en lógica y matemáticas una vez que se da el sistema, salvo cuando las cuestiones se han planteado mal o no se han precisado bien. Una vez aceptado el sistema y su coherencia, sería absurdo querer **demostrar un teorema y su negación**.

Casi todos los filósofos fundacionistas de los últimos tres siglos **han despreciado** esta reflexión sobre el derecho¹² porque lo han considerado como un conjunto de expedientes indignos del filósofo ligados a la dialéctica y a la retórica, lógicas de la apariencia y el engaño.

Sin embargo, el derecho será objeto digno de estudio para los filósofos que encuentran **alguna racionalidad en la organización de un saber y una acción esencialmente falibles**, pues así como “la ciencia no es sino un conjunto de hipótesis y métodos mediante los cuales los hombres suplen su falta de omnisciencia, así mismo el derecho no es sino un conjunto de técnicas probadas, gracias a las cuales los hombres, por el hecho de que viven en una sociedad terrestre, y no en el paraíso, tratan de suplir a su falta de santidad”. Y este hecho puede enseñarle mucho el filósofo¹³.

Por supuesto, el modelo analógico tiene sus límites. El juez está limitado por la ley que no promulga, porque en los estados de derecho hay división de poderes y las discusiones tienen un punto de clausura cuando agotados los recursos y las

12. Digo **casi**, porque Leibniz siempre soñó en una jurisprudencia universal, aunque, ¡lástima!, por su lastre racionalista y formalista trató de fundarla sobre la lógica formal entendida como **ideografía y cálculo**, y así se convirtió en precursor no de una jurisprudencia universal sino de la lógica formal contemporánea.

13. Cf. Mi ensayo **El argumento por el contraejemplo entre la lógica y la teoría de la argumentación, en Argumentos, actos lingüísticos y lógica jurídica**. Publicación del Instituto de Altos Estudios Jurídicos de la Universidad del Valle. Centro Editorial Universidad del Valle, 1998 sobre todo parágrafo 3. **El Modelo jurídico en la filosofía de Perelman**, pp. 24-31.

instancias del proceso se produce la autoridad de la cosa juzgada que tiende a estabilizar ciertos juicios y a prohibir la discusión de determinada decisión.

En filosofía no hay ninguna **res judicata** y las discusiones pueden continuar **sine die**. Tampoco existe en filosofía división de poderes, porque los filósofos no sólo interpretan, completan las obras de sus colegas de oficio, sino que también legislan, construyendo nuevas propuestas en los que tratan de corregir, enmendar, o reconstruir teorías amplias que ordenan de manera coherente nuestra relación con el mundo y con los demás.

En síntesis, la función del filósofo difiere de la del juez en que este como juez debe respetar el **orden establecido**; también difiere del legislador y político en que este debe conformarse con los votos de sus electores para ganar sus sufragios y aquél debe tener en cuenta las aspiraciones del público de donde se origina su **poder**.

Valga anotar que cuando se hace coincidir lo justo en política con lo justo en filosofía, rápidamente nos enrumbamos¹⁴ hacia la deificación de la voz del pueblo y de la voluntad general¹⁵.

Tal situación conducirá a transformar la voluntad general en norma de normas, absoluta e indiscutible, donde **volis mollis** se renuncia a buscar un criterio racional que permite criticar creencias, aspiraciones y valores. Pero también, en esta identificación de los fines políticos con los fines filosóficos, puede reaparecer bajo la forma de vieja utopía – nunca abandonada –, en la que la autoridad poder- de legislar y de juzgar se delega en una asamblea de sabios, de sacerdotes o en un rey filósofo. Esta utopía del rey filósofo -que bien puede ser ejercida por sacerdotes, mandarines o tecnócratas- conduce al despotismo ilustrado porque todos ellos pretenden saber, en el sentido platónico, qué es lo mejor, qué es lo que hace feliz a los demás, a los hombres, a la sociedad, lo que conduce sin remedio a imponer por **la violencia y/o la inquisición** la verdad y la justicia, en singular cada una, **sabidas**: el profeta y el filósofo rey armados son tiranos, mucho más despóticos cuanto su supuesta sabiduría les da buena conciencia. Pero si no sabemos nada o muy poco,

14. De rumbo, no de rumba, aunque el rumbo puede terminar en una rumba muy segura pero muy poco democrática y donde el recurso a los argumentos sólo es posible cuando se recurre a los argumentos del que nos predica que hay que recurrir a los argumentos y cuando la tolerancia es solo la intolerancia del discurso único, pues todo lo demás está **manchado por el diablo**

15. Que ahora se suplanta con las encuestas de opinión con muestras que oscilan entre 500 y 5000 encuestados para un total de más o menos 25 millones de ciudadanos aptos para tener opiniones políticas.

y si nuestro saber es una buena opinión aceptada hasta ahora, pero no inconvencible, será preciso buscar una justificación diferente al fundamento de la autoridad de los legisladores y a la competencia de los jueces¹⁶.

Los filósofos buscan principios universalmente válidos que constituyen el contexto de toda crítica y de toda justificación; esta ha sido su **aspiración milenaria**, pero **de hecho** la crítica y la justificación se sitúan siempre en **un contexto históricamente determinado**.

Pues si ellos invocan los valores universales tales como la verdad y la justicia, que **cada uno invoca y nadie recusa**, este acuerdo sólo persiste tanto tiempo como permanecemos en el discurso de las **generalidades**. Sin embargo, el ideal de universalización, de convencer a una humanidad razonable y competente, **ideal construido a partir de lo que efectivamente ahora sabemos de los hombres, tratando siempre de trascender las diferencias que son notorias**, seguirá siendo una aspiración legítima, imperfecta en sus realizaciones y siempre perfectible en la medida en que el filósofo si practique no sólo la tolerancia, sino que también escuche a los otros filósofos (como el juez escucha a las partes), teniendo en cuenta sus críticas y sus objeciones, y dado el caso, deberá modificar sus doctrinas de manera responsable si no puede, o cree que no puede, responderlas adecuadamente en el estrecho marco de sus pensamientos. Así se le hará justicia al ideal del filósofo, buscador, **sin término**, de sabiduría, es decir de verdad y justicia; jamás su poseedor, jamás sabio, jamás rey filósofo infalible y omnipotente.

Puesto que la reflexión filosófica de Perelman parte del derecho para llegar a la razón práctica y a su organón, la nueva retórica o teoría general de la argumentación, es natural que regrese a él mediante la elaboración de una teoría especial de la argumentación, denominada **lógica jurídica**¹⁷. No es del caso considerar en detalle esta lógica pues tenemos buena traducción -a la que, sin embargo hay que hacerle unas correcciones de fondo para evitar confundir razonamientos analíticos y argumentos dialécticos-

16. Estas ideas las desarrollo Perelman en **Cinq Leçons**, pp. 53-54.

Me temo que en las tendencias del actual gobierno se va en dirección de un encuentro entre la idea romántica de la voluntad general y de la idea elitista del filósofo rey, que se me antoja es una **mezcla explosiva** de grandes proporciones.

17. **Logique Juridique. Nouvelle Rhétorique**. Dalloz, Paris, 1976. **La lógica Jurídica y la Nueva retórica**. Editorial Civitas, Madrid, 1979. Varias veces el traductor traduce “vérité” por “veracidad”, lo que embrolla todo el asunto.

Sólo menciono algunas ideas generales sobre ella y las presento en forma de enumeración:

- 1- La lógica jurídica estudia el **razonamiento judicial** que es el razonamiento del juez manifestado en el **juicio** que motiva una decisión.

En consecuencia, los análisis doctrinales del jurista, los alegatos de los abogados, la acusación del ministerio público, que pueden hacer uso de todas las estrategias y estratagemas de la teoría general, quedan por fuera de este estudio especial: sólo el juicio motivado nos da el conjunto de elementos característicos del razonamiento jurídico.

Es claro que el razonamiento jurídico no es el de los abogados litigantes como a veces se piensa¹⁸. Los abogados litigantes, por reglamentación de su oficio son sesgados y parciales puesto que representan los intereses de las partes. Y esta función es legítima. El juez, por el contrario, deberá ser imparcial.

- 2- Siempre se puede expresar la sentencia bajo la forma de un silogismo jurídico (una especie de **silogismo práctico** que busca justificar una decisión mostrando que es conforme al derecho y justa), pero esto es peligroso porque se enmascara la naturaleza del razonamiento práctico haciéndolo pasar por un “silogismo demostrativo” cuya conclusión debe ser verdadera porque puede ser demostrada formalmente a partir de premisas verdaderas, ya que transforma una decisión (esencial en el juicio) en un razonamiento impersonal y hasta cierto punto mecánico.

El silogismo jurídico, así entendido elimina la argumentación de la relación de consecuencia lógica, pero la traslada, dejándola intacta, en el análisis e interpretación de las premisas.

De manera más general, podemos decir que el razonamiento judicial no es formal -ni formalizable, como acabamos de decirlo con respecto al supuesto silogismo jurídico-. Es lo que expresa de manera brillante Perelman cuando critica la formalización que hace G. Kalinowski de una de las formas del argumento **a fortiori**, recurriendo a la forma efectiva como razona el juez.

En efecto, Kalinowski presenta al argumento como un argumento que deriva de la lógica formal a condición de que todo lo que es menos importante esté

18. La teoría de la argumentación de S. Toulmin que parte también de un modelo jurídico está centrada en la **demanda**, pero la perelmaniana no. S. Toulmin escribió **The Uses of argument**. Cambridge University Press, 1958 [la misma época del **Tratado de la Argumentación** de Perelman y Olbrechts-Tyteca]. En 1979 publicó una obra más didáctica intitolado **An Introduction to reasoning**, con la colaboración de R. Ricke y A. Janik, en Mac Millan.

incluido en lo que se considera más importante (si todos los x pueden hacer A y todo A es B, todos los x pueden hacer B).

Sin embargo Perelman nos muestra, con un ejemplo, como esta reducción no siempre es posible y que no se trata de algo que se puede formalizar (es decir que valga siempre). En apariencias, quien puede comprar dos litros de alcohol, puede comprar también uno solo, pues la primera clase contiene la segunda. Sin embargo el artículo 2 de la célebre ley Vandervel del 29 de agosto de 1919 que regulaba en Bélgica el comercio de bebidas espirituosas “autoriza esta venta o entrega cuando comporta por lo menos dos litros, pero está prohibido a los comerciantes vender cantidades menores”. Esta ley de apariencia paradójica servía para impedir que los asalariados dispusieran de una parte del salario para la compra de estas bebidas (ya que dos litros costaban el salario de una semana y media de trabajo).

- 3- Como ya lo hemos dicho, el juez **debe decir el derecho** y no puede rehusarse bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. Debe pronunciar su sentencia y motivarla para justificar su decisión, cuyo **texto** el juez entrega a la apreciación crítica de la opinión pública, de sus colegas y de las instancias superiores.

De manera precisa, Perelman considera que los públicos a quienes pretende persuadir son a) las partes en conflicto, b) las instancias superiores a las cuales se puede apelar su decisión y c) la opinión pública y sus colegas de oficio.

- 4- El razonamiento jurídico está sometido a reglas y a prescripciones que limitan su poder de apreciación- pues el juez debe conformarse con la ley, lo que garantiza la seguridad jurídica; pero él no es una máquina silogística que se limita a aplicar reglas generales a cosas particulares, ya que él tiene poder de interpretar y completar la ley, de calificar los hechos, de apreciar el valor de las pruebas. Todo esto le permite motivar de **manera jurídica satisfactoria** decisiones que su **sentido de equidad** le recomienda como las más deseables moral y socialmente.
- 5- Y esto porque además del valor de la ley -y de la seguridad jurídica-, el juez deberá resolver incompatibilidades de valores y establecer jerarquías entre ellos. Además de la seguridad jurídica en la decisión judicial, entran en juego la equidad (**muleta de la justicia**, como la llama Perelman inspirándose de Aristóteles), **la utilidad, la conveniencia y la oportunidad**.

- 6- En consecuencia, cuando una legislación inicua [o criminal] no le permita, por una u otra razón, ejercer su oficio conforme a su conciencia¹⁹, el juez está moralmente obligado a renunciar a sus funciones, ya que el no es una máquina de calcular, y al contribuir al funcionamiento de un orden jurídico inocuo no puede escurrir el bulto y zafarse de sus responsabilidades. Por último, Perelman da dos consejos al moralista y al lógico interesado en el razonamiento judicial.
- 7- Sería de buen recibo que el filósofo moral -a pesar de las grandes diferencias entre la moral y el derecho- estudiase el sistema judicial ya que “Los principios fundamentales de la moral, sean ellos deontológicos o teleológicos, formalistas o utilitaristas, que los actos se juzguen por su conformidad con reglas o por sus consecuencias, no son objeto de controversia en **abstracto**. Pero desde el momento en que se trata de aplicarlos en circunstancias concretas, darán lugar a discrepancias sin fin. En este caso, los métodos y criterios de interpretación, que permiten aplicar reglas, adquirirán mucha más importancia que las reglas mismas en su formulación abstracta más o menos vaga. Al limitarse al sólo enunciado de las reglas, **el moralista renuncia al papel esencial atribuido en derecho a la doctrina y a la jurisprudencia. Se contenta con el papel de legislador que** sin embargo no enuncia reglas muy precisas, dándole fe a la aplicación del juez. **El ejemplo del derecho nos convence inmediatamente de la insuficiencia** de este punto de vista, pues ¿Por qué el moralista debería renunciar a la tarea que es esencial para la doctrina jurídica?²⁰
- Mi experiencia vivida con un grupo de investigación consagrado a la filosofía moral y a la filosofía práctica, me permite corroborar la reflexión perelmaniana de que a la hora de la verdad, en **concreto**, la mayoría de los filósofos escurre el bulto, renuncia a su compromiso.
- En todo caso, el ejercicio de la función judicial es un lugar privilegiado para que el moralista aprenda **en vivo** las relaciones dialécticas -de vaivén- entre las reglas generales y los casos concretos.
- 8- Para terminar, los lógicos, con frecuencia se han limitado a las técnicas de razonamiento y los medios de prueba de las ciencias deductivas e inductivas, e inspirándose de este **modelo**, han tratado de elaborar una metodología de las ciencias humanas, del derecho y la filosofía y especialmente de la filosofía moral (con el llamado silogismo práctico).

19. El salvamento de voto dice Perelman en la lógica jurídica.

20. **Le Raisonnement juridique**, en **Droit, Morale et Philosophie**, p. 100. También cfr. En esta misma obra **Droit et Morale**, p. 188.

“Sería útil que se reconozca por fin la especificidad de los razonamientos que, tales como el razonamiento jurídico, conducen a conclusiones de orden práctico, cuyo fin es justificar decisiones, escogencias y pretensiones, que tratan de establecer la **racionalidad de una conducta**”.

Así que es aconsejable que el lógico **no dé lecciones** ni en metodología de las ciencias, ni en derecho. Más bien se le sugiere que **entre en su escuela** y estudie los razonamientos que se utilizan efectivamente en esas disciplinas, y observe cuales son los argumentos fuertes o débiles, relevantes o irrelevantes en ellas. Después de su **trabajo de iniciación previa** puede formular hipótesis sobre el alcance y fuerza de ciertos argumentos, tratando por ejemplo, de transponer a otra disciplina los razonamientos considerados fecundos en otra diferente, pero debe cuidarse del exceso de presunción y humildemente reconocer que sus sugerencias son solo conjeturas sometibles a confirmación o infirmación.

Fue Gottlob Frege quien inauguró esta forma de trabajo cuando se puso en la tarea de explicitar los razonamientos efectivos, que usaban los matemáticos en su práctica. Perelman, quien se doctoró en filosofía en 1938 con una tesis sobre Frege, se propuso hacer algo similar para la filosofía, las ciencias humanas, y el derecho.

En Colombia poco a poco se abre camino esta forma de trabajo. Personalmente he asesorado o evaluado trabajos que van en esta dirección, p. ej. análisis de sentencias de tutela de la Sociedad Colombiana de Filosofía del derecho, de mi colega de Univalle María Sandra Naranjo Ruiz y aquí mismo en la Universidad Javeriana los colegas Nelson Jair Cuchumbé y Néstor Arturo Dorado con su investigación Técnicas argumentativas utilizadas en las sentencias judiciales.

Se me antoja que en el futuro nuestros jueces tendrán que pensar en este auditorio nuevo de especialistas, y entonces los fallos judiciales serán más ponderados, más justos, menos apelables, porque no quiero que se siga repitiendo, lo que he sufrido en carne y alma propia varias veces, el recurso al **formato** de fallo, **la sentencia prefabricada y precocida**, en una palabra, la sentencia de cajón.

TOMANDO LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN SERIO

PARA UNA REVISIÓN DE LA TEORÍA, LA ENSEÑANZA Y LA PRÁCTICA DEL DERECHO

Oscar Sarlo*

INTRODUCCIÓN

En este trabajo me propongo sostener que si consideramos que la argumentación ocupa un lugar central en el fenómeno que denominamos ‘derecho’, y si además, consideramos que la llamada ‘teoría de la argumentación jurídica’ da cuenta en términos generales de esa relevancia, entonces deberíamos preocuparnos muy seriamente por ver cómo ello ha de incidir en el programa de una teoría del derecho y –consecuentemente- en la enseñanza y en la práctica del derecho.

Desde que –hace ya muchos años- me introduje en el estudio de la teoría del derecho, me preguntaba por qué los desarrollos importantes en el plano teórico del derecho no se reflejaban en la elaboración dogmática y en la práctica del derecho, como pienso que sucedería cualquier campo de saber disciplinario¹. Y esto no es una curiosidad abstracta, sino que se origina en el hecho que en mi práctica profesional y en mis investigaciones dogmáticas he aprovechado mucho del conocimiento teórico que nos suministra la ciencia jurídica.

* Abogado, Catedrático de Filosofía y Teoría del Derecho; Profesor de Metodología de la Investigación Jurídica; en la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay. E-mail: ossarlo@adinet.com.uy

1. Si bien en Uruguay esto podía ser debido a un generalizado descuido por la moderna teoría del derecho, no lo era en el caso de la Argentina, que contaba con una comunidad de investigación básica en derecho de gran prestigio mundial, y donde el problema se daba en los mismos términos.

Esta situación, sin duda indeseable, ha de explicarse por múltiples razones, de tipo epistémico unas, institucionales otras, básicamente sociológicas². Pero en cualquier caso, lo que me interesa ahora señalar es que al menos parte de la responsabilidad nos corresponde a quienes nos dedicamos a la teoría del derecho, por no preocuparnos, creo, por extraer consecuencias metodológicas que resulten disponibles para quienes deben producir esos artefactos jurídicos.

Me parece que una de las maneras de empezar a superar esta brecha, es estableciendo una adecuada ubicación de los saberes del derecho y el circuito de su producción; más precisamente, identificando qué es investigación básica en derecho, qué es tecnología, y qué es técnica; y por ahí, comprender cómo interactúan y se relacionan entre ellos³. Cabría agregar, a ese panorama, la práctica pedagógica, que necesariamente debería tomar en cuenta los supuestos teóricos y la práctica del campo de saberes a enseñar.

De esta manera, creo estar contribuyendo con una de las motivaciones de este Encuentro, que se propone reflexionar desde nuestra situación como latinoamericanos.

Para cumplir este propósito, entonces, consideraré la incidencia real o potencial de la teoría de la argumentación con respecto a (I) lo que yo llamo “programa de una teoría del Derecho”, (II) la enseñanza de derecho y (III) la práctica del derecho.

1. Argumentación y el programa de una teoría del derecho

1.1. Acerca del programa de una teoría del derecho

A mi juicio, puede sostenerse que durante el siglo XX dio inicio un programa de investigación⁴ en torno al derecho como fenómeno general de carácter social pero con un punto de vista diferenciable de otras disciplinas sociales. Las bases de dicho

-
2. Debo señalar que en buena medida empecé a encontrar las respuestas en los seminarios que dictara en Montevideo el profesor Enrique Pedro Haba, en los años 1993 y 1994, a los cuales tanto debo.
 3. Esto es lo que pretendí hacer en un ensayo anterior. Cf Sarlo, O. Investigación básica e investigación aplicada en derecho, en *Nexo* n° 71, Boletín de la Facultad de Derecho, Montevideo, abril 2001, pp. 5-10
 4. Utilizo con cierta libertad, la expresión ‘programa de investigación’ inspirado en la categoría introducida por Imre Lakatos, para quien la unidad de análisis epistemológico no es una teoría sino un conjunto de teorías emparentadas. En esto cabe distinguir un conjunto de hipótesis fundamentales (núcleo firme) de otras hipótesis complementarias de carácter auxiliar; Lakatos, I. *La metodología de los programas de investigación científica*, Madrid, Alianza, 1983.

programa fueron establecidas por Hans Kelsen, y dentro de él han trabajado la gran mayoría de los teóricos del siglo XX.

Desde entonces, empezamos a vislumbrar una construcción teórica que aspira a satisfacer las exigencias fundamentales de la epistemología contemporánea, esto es, consistir en una reconstrucción racional de un campo de investigación. Ello implica, entre otras cosas:

- * Un compromiso con la realidad; tratándose de un objeto social, pretende respetar el comportamiento que *de hecho* observan los que realizan las acciones objeto de estudio. Ello implica una renuncia a toda pretensión de reforma o normación sobre los actores;
- * se preocupa por la construcción lógica del sistema conceptual, asumiendo todas las consecuencias de las hipótesis básicas;
- * se preocupa por establecer las condiciones semánticas del discurso teórico a construir, eliminando las anomalías que eran usuales en el discurso jurídico: ficciones, metáforas, retórica, etc.
- * Preocupación por la validez externa de la teoría, esto es, la posibilidad de transpolación a otros campos científicos o cuando menos, la posibilidad de ensamblaje armonizable con los resultados de otras ciencias.

Más allá de las polémicas, las “superaciones” y las revisiones⁵ a que ha sido sometido ese programa original, puede sostenerse que el mismo no sólo mantiene un *núcleo firme*, sino que se ha desarrollado y perfeccionado, y, además, ha logrado un éxito significativo.

Para sostener que el programa se mantiene, me basta señalar que los principales teóricos de la segunda mitad del siglo XX han mantenido los propósitos del programa teórico de Kelsen. En efecto, Ross, Hart, Bobbio, Nino, Vernengo, Tropper, etc. trabajan en la línea de establecer unos criterios teóricos consistentes y pertinentes con el objeto de la ciencia jurídica, básicamente, la noción de sistema jurídico: su estructura y su funcionamiento.

Cuando Kelsen emprendió su programa, ello dependía de valoraciones ideológicas; en particular, la categoría ‘derecho’ se utilizaba según criterios valorativos; por

5. Estas vicisitudes han corrido a cargo tanto de enemigos como discípulos de Kelsen, como así también del propio Kelsen, que en su obra póstuma, introduce algunas de los virajes más desconcertantes en su teoría inicial

ejemplo, para negar el carácter de sistema jurídico al instaurado por la revolución soviética en 1917, o para legitimar acriticamente otros regímenes de dudosa legitimidad.

Tan grande ha sido el éxito del programa teórico que hoy día ningún académico dejaría de caracterizar como sistema jurídico a un régimen estatal por razones ideológicas, si se satisfacen los requisitos mínimos que supone la comunidad de teóricos del derecho⁶.

En este campo, parecería que la aportación de Hart ha resultado muy fructífera en cuanto supone –como hipótesis teórica central– que un sistema jurídico consiste en la articulación práctica de reglas primarias (prescriptivas) y secundarias (reconocimiento, cambio y adjudicación), idea que estaba ya preparada en la teoría kelseniana.

Pero el programa de una teoría del derecho ha hecho mucho más: ha avanzado notablemente en la reconstrucción formal del discurso jurídico, no sólo con referencia a los enunciados normativos, sino también en cuanto a su conexión sistémica y su interpretación.

Finalmente, el programa de una teoría del derecho ha permitido establecer una conexión teórica con otros campos epistémicos, de manera coherente y consistente; la reciente obra de Habermas sobre el derecho me parece que es una muestra elocuente en este sentido⁷.

1.2. La irrupción de la teoría de la argumentación en este programa de investigación

El renovado interés por la argumentación en el campo jurídico hacia mediados del siglo XX, respondió a dos motivaciones. Por un lado, pese al agotamiento del modelo de razonamiento propuesto fundamentalmente por la exégesis francesa (silogístico o deductivista), éste se mantenía vigente, debido a la falta de una alternativa plausible. Por otra parte, el programa de investigación kelseniano,

6. Cf. Sarlo, O. “Los presupuestos teóricos en la investigación jurídica actual”, en Revista de la Facultad de Derecho, N° 14, Montevideo, julio/diciembre de 1998.

7. Habermas, J. *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1998. Este resultado también había sido adelantado por Kelsen, a través de su interés en la obra de Max Weber (de quien seguramente tomó algunas categorías teóricas), de Freud y de la antropología de su época.

se había desentendido del razonamiento de los juristas prácticos, privilegiando el razonamiento de los juristas teóricos. La distancia epistémica entre unos y otros no podía salvarse espontáneamente, y ese vacío es el intentaron llenar las corrientes que desde distintos abordajes irrumpieron después de la II Guerra Mundial.

De esta manera, la teoría de la argumentación jurídica fue el intento de hallar una racionalidad que sustituyese al desacreditado modelo silogístico. De alguna manera, el programa de teoría de la argumentación es el resultado de una actitud negativa (imposibilidad del modelo silogístico o de racionalidad estricta) y de una actitud positiva (posibilidad de hallar una racionalidad alternativa, o razonabilidad).

Mirado en perspectiva, resulta claro que la vuelta a la argumentación no es un mero “revival” nostálgico o una moda pasajera, sino que armoniza perfectamente con el ‘giro hermenéutico’ y con el ‘giro lingüístico’, especialmente en su vertiente pragmática, que caracterizara a todo el siglo XX. Por consiguiente, podemos decir que la teoría de la argumentación contemporánea se desarrolla sobre dos supuestos epistémicos fundamentales:

a) la **teoría analítica del lenguaje**, que ha demostrado claramente que el lenguaje natural que es propio del discurso jurídico, vuelve ilusoria toda pretensión de completitud o certeza en las normas generales, con lo que la llamada aplicación del derecho sólo es posible en virtud de una decisión del juez o aplicador⁸.

b) la **hermenéutica contemporánea**, desde cuyo punto de vista, nos ha mostrado de una manera convincente que todo conocimiento depende de interpretaciones, y que las interpretaciones son inseparables de los prejuicios. Además, toda interpretación o comprensión de textos esta condicionada por la historia efectual, esto es, la historia de sus interpretaciones conocidas. Este enfoque también contribuyó a liberarnos de la concepción de la interpretación como actividad cognoscitiva, neutral.

El programa de la teoría de la argumentación jurídica se conforma con aportes diversos, entre los que cabe mencionar:

8. Para una síntesis muy contundente de este punto de vista, puede verse la obra de Haba.

a) la **tópica**, reintroducida en el campo jurídico por Theodor Viehweg hacia 1950, nos llamó la atención sobre el papel de los tópicos en la captura de las premisas de todo razonamiento práctico sobre cuestiones dubitadas. Pero si bien ha sido señalado con acierto la enorme ambigüedad conceptual de las categorías teóricas de la tópica de Viehweg, me parece que no está allí lo más importante, sino en haber puesto de manifiesto algo en lo que, por ser tan obvio a nuestros ojos (como la carta de Edgar Allan Poe) no habíamos reparado: la situación aporética del juez, que indican el marco institucional y funcional del conocimiento del juez, que ponen en evidencia el carácter esencial de decisión que tiene la sentencia. Esto ha resultado absolutamente decisivo en las actuales teorizaciones acerca del razonamiento jurídico.

b) la **nueva retórica**, que Chaïm Perelman lanzó a comienzos de la década del 50, y que culminó con su importante Teoría de la Argumentación (1958), que asociada a la teoría pragmáticas del lenguaje, nos proveen de los elementos necesarios para comprender con mayor rigurosidad la experiencia jurídica.

c) el **neo-institucionalismo**, relanzado por Neil Mac Cormick y Otta Weinberger.

d) la **ética discursiva**, elaborada por Habermas y Apel, y desarrollada al interior del campo jurídico por Robert Alexy - con sus tesis del caso especial- y Klaus Günther, que le introdujo algunas precisiones.

En estos dos últimos aportes, se hace patente la convergencia con la teoría estructural del derecho, que resultaba central en el programa de teoría del derecho, aunque ahora reaparece bajo la forma de instituciones y procedimientos.

1.3. Argumentación y teoría del derecho: de la confrontación a la integración

Más allá de las motivaciones o intenciones de sus autores, lo cierto es que las concepciones dialécticas (tópica, retórica, naturaleza de la cosa) aparecieron –y en muchos casos fueron saludadas- como un embate frontal contra el *programa de teoría del derecho*, tendiente a liquidarlo. Por cierto, algunos textos de Viehweg⁹ y Perelman¹⁰, por sólo citar los más conocidos entre nosotros, parecían orientados en ese sentido.

9. Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, [1964]1986, p. 121 y ss.

10. Perelman, Ch. *Traité de l'Argumentation – La nouvelle rhétorique*, Paris, PUF, 1958, I, p. 176.

El mismo Kelsen contribuyó a ese enfrentamiento al cerrarse totalmente a considerar las tesis de las corrientes dialécticas¹¹. El recorte epistémico adoptado por éste, que conducía a la tesis de la naturaleza política de la decisión judicial, y por lo tanto irracional, no dejaba lugar a las nuevas perspectivas.

Sin embargo, luego de un período en que se creyó ver una antinomia radical y excluyente entre ambas orientaciones¹², los principales ‘retadores’ admitieron que se trataba de propuestas referidas a objetos diversos, y que podían verse como complementarias¹³.

1.4. Concluyendo: hacia una teoría integrada del derecho

Pasada la impresión inicial, la teoría de la argumentación se empezó a ver de manera complementaria con la teoría del derecho. En efecto, pareció razonable entender que el programa de teoría del derecho apuntaba a un objeto diverso; en efecto, mientras que ésta se preocupaba por identificar y analizar el concepto de sistema jurídico, la teoría de la argumentación se preocupaba por estudiar la decisión judicial, primordialmente.

La distinción introducida por Hart entre el punto de vista interno y el punto de vista externo, resultó una vía útil para compatibilizar ambos abordajes.

De alguna manera, esto fue admitido por los propios dialécticos como Viehweg y Perelman, y también desde posturas analíticas, como las de Bobbio, Mac Cormick, Aarnio, etc. La construcción de Alf Ross, por ejemplo, que aplicó al estudio del derecho categorías de la semiótica de Peirce, ofrecía esa posibilidad: mientras que el análisis semántico de las normas nos suministraba la estructura de los ordenamientos jurídicos, el análisis pragmático nos mostraba la dimensión sociológica, funcional del derecho.

11. Cabe recordar que en sus últimos esfuerzos intelectuales, Kelsen dedica múltiples notas de su Teoría General de las Normas a criticar algunas tesis de Perelman acerca del razonamiento judicial, pero no se ocupa de la teoría de la argumentación en general. Cf. *Teoría Geral das Normas*, Porto Alegre, Fabris, 1986.

12. En Uruguay, por ejemplo, Malherbe, partidario de la concepción tópica de la ciencia jurídica, entendía que las concepciones dialécticas liquidaban las pretensiones de la postura kelseniana.

13. Véanse al respecto los trabajos de Perelman (1964) y Viehweg (1991:191). Sobre este punto ya me he pronunciado anteriormente (Sarlo, 1994).

Inclusive, una teoría tan aparentemente opuesta a las corrientes dialécticas como la de Alchourrón-Bulygin puede verse como un proyecto de integración de todas estas perspectivas.

En suma, creo que, sobre la base de la distinción epistemológica introducida por Hart entre el punto de vista externo y el punto de vista interno al derecho, puede mantenerse y fortalecerse el programa de teoría del derecho. Los trabajos de Haba¹⁴, Mac Cormick¹⁵, de Atienza¹⁶, de Aarnio¹⁷ y de Habermas¹⁸, entre otros, confirman -a mi juicio- este entendimiento¹⁹.

2 Argumentación jurídica y pedagogía del derecho²⁰

2.1 *Currículum y campo disciplinario*

Dejando de lado nuestras preferencias personales, parece claro que la mayoría de las escuelas de derecho latinoamericanas (y seguramente también las norteamericanas y europeas) tienen como objetivo la formación de profesionales en el campo jurídico, esto es, en la disciplina del derecho. Ello supone, pues, que el currículum universitario deberá elaborarse en función de esa finalidad.

Por consiguiente, y cualquiera sea la metodología y orientación que se siga en el diseño curricular, será preciso tomar en cuenta las necesidades que abordará el futuro profesional en su desempeño²¹.

-
14. Entiendo que corresponde ubicarlo dentro de este grupo, en cuanto es partidario de las tesis centrales del programa de teoría del derecho: para él, “el derecho consiste, básicamente, en (...) tres clases de discursos...”: el derecho positivo, el discurso de los jueces, y la doctrina del derecho; pero, tanto el derecho positivo como la doctrina del derecho, “requieren, para tener repercusiones prácticas, de unas intervenciones mediadoras por parte de ciertos intérpretes estatales especialmente autorizados para esos efectos” (pp. 88 y 94).
 15. Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico, en Betegón y de Páramo (coords.) *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel Derecho, 1990, p. 9 y ss.
 16. El derecho como argumentación, en Isegoría – Revista de filosofía moral y política, N° 21, Madrid, noviembre de 1999, p. 37 y ss.
 17. Aarnio, *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
 18. Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998
 19. Por mi parte, ya había defendido este punto de vista, al cabo de un estudio dedicado a la teoría de la argumentación de Perelman. Cf. Sarlo, Oscar. La teoría de la argumentación de Chaïm Perelman, en Malherbe, Hugo (ed.) *Hermenéutica y racionalidad*, Montevideo, FCU, 1994.
 20. Cf. Vázquez, Eduardo A., “El derecho en la cátedra y en el tribunal”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961, I-II, p. 255, y también en revista *Saber Abierto*, Universidad de Buenos Aires, N° 1, 1988, p. 23.
 21. Díaz Barriga, F. y otros, *Metodología de diseño curricular para educación superior*, México, Trillas, 1996, p. 60; véase también: Gómez Campo, Víctor y Tenti, Emilio (1989); Marín Méndez, Dora Elena (1993) citados en la bibliografía.

Si, como nos muestra la teoría del derecho *estándar*, la argumentación es una actividad central de las disciplinas jurídicas, entonces los currículum de formación de profesionales del derecho deberían no sólo incluir alguna asignatura como ‘argumentación’ o ‘retórica’, sino que toda la experiencia formativa debería estar concebida en función del aprendizaje de la competencia argumental.

2.2 *Disciplina, teoría y currículum*

Para entender la situación en el campo jurídico, resulta muy pertinente lo que señala Jacky Beillerot, para quien existen dos concepciones dominantes acerca del saber: a) la primera lo considera como un conjunto de conocimientos acumulados e inventariados en cuerpos disciplinares específicos que pueden adquirirse, acumularse o intercambiarse como cualquier mercancía; b) según la segunda concepción, el saber es visto como un proceso que involucra al sujeto que aprende en una búsqueda y construcción inacabada; la clave del saber está en la actividad de aprender y no su almacenamiento²².

Y bien, parece claro que nuestras facultades de derecho se hallan en el primer modelo, pues en ellas suele partirse del supuesto de que el derecho es un fenómeno ‘*dado y candado*’, como suelo decir, que debe transmitirse al estudiante, y donde la memorización y el respeto al saber dogmático se exigen abusivamente.

Pero ¿cómo se explica que un paradigma hace tanto tiempo perimido se mantenga aún? Se suceden las reformas curriculares, y sin embargo los supuestos epistémicos siguen incambiables. De esta manera se está violando uno de los criterios de la planificación curricular: la validez de los contenidos, lo cual significa contenidos dignos de confianza y representativos de conocimiento disciplinar²³.

Sin duda, para la permanencia de esta situación deben jugar motivos vinculados a una solidaridad muy fuerte entre esa concepción del derecho ‘*dado y candado*’, con las tradicionales estructuras de poder, pero también con cierta pereza académica, la falta de compromiso con la investigación teórica, las condiciones de masificación en que deben desarrollarse los cursos de derecho, etc. Es posible que muchas de esas variables no estén al alcance de los propios juristas, pero me preocupa la que sí está a nuestro alcance, porque en ello va nuestra honestidad intelectual.

22. Beillerot, Jacky y otros. *Saber y relación pedagógica*. Buenos Aires, Paidós educador, 1998

23. Cf. Gil, Antonio Carlos *Metodología do ensino superior*, Sao Paulo, Atlas, 1997, p. 53

2.3. ¿Cómo tomar en serio la argumentación en la enseñanza del derecho?

Me parece que si hemos de tomarnos finalmente en serio el ensanchamiento de la teoría del derecho que ahora nos muestra el carácter centralmente discursivo de la experiencia jurídica, ello debería tener consecuencias importantes en el diseño curricular, entendido éste en un sentido amplio, comprensivo de los planes de asignaturas y de prácticas pedagógicas.

Con tal propósito, deberían articularse al menos estos componentes en la planificación curricular:

- * una asignatura específica donde se enseñen las hipótesis teóricas y categorías analíticas acerca de la argumentación jurídica, y su conexión con otras esferas de la sociedad contemporánea, en especial, la concepción del Estado de Derecho y la Democracia;
- * la producción de ensayos y monografías debería formar parte central y permanente del aprendizaje del futuro profesional; en especial, deberían promoverse trabajos de crítica jurisprudencial por parte de los estudiantes, requiriéndoles especial atención en las estrategias argumentales que surjan del análisis de sentencias y dictámenes.
- * debería erradicarse el estudio memorístico y la clase magistral, dando lugar al debate y el razonamiento dialógico, como contexto propio del desempeño del futuro jurista; en especial, deberían existir cursos o talleres basados en el método de casos.
- * debería abandonarse la división entre asignaturas ‘teóricas’ y ‘prácticas’; todas las asignaturas deberían articular conocimientos teóricos y su aplicación práctica. En especial, los cursos o talleres de ‘técnica’ o ‘práctica’ forense deberían abandonar la costumbre de trabajar con formularios, y en su lugar priorizar la enseñanza en las situaciones argumentativas que caracterizan el ejercicio profesional, y las estrategias argumentales características en cada caso. En todo caso, será de primordial importancia trabajar con sentencias relevantes y procurar conocer los estilos de argumentación que se utilizan en el foro.

Si esto se hiciera, estaríamos cumpliendo con una *exigencia ética* de la enseñanza profesional (brindar conocimientos válidos y útiles), estaríamos posibilitando una mayor racionalidad en las prácticas profesionales, y por ahí, contribuyendo al perfeccionamiento de las instituciones definitorias del Estado Democrático de derecho.

3. Argumentación jurídica y práctica del derecho

3.1. *Volviendo al punto de partida*

Pienso que tampoco es cuestión de esperar a los resultados ese cambio en la enseñanza del derecho rinda sus frutos en el desempeño de futuras generaciones de abogados. Se necesita además, que los juristas que conocen la teoría de la argumentación, la *usen* en la labor de crítica jurisprudencial que realizan en las revistas especializadas, prestando especial atención a la evaluación de la calidad argumental de los fallos, especialmente de los tribunales supremos²⁴.

Es preciso mostrar –ya que no demostrar– que un manejo más racional de la argumentación eleva la calidad del trabajo profesional.

Y cabe recordad que en la racionalización de todas las prácticas sociales, en especial las más relevantes, está la clave de la modernidad, según Weber. Y en el caso particular de la abogacía, se trata de una práctica de la cual depende ni más ni menos que el funcionamiento del Poder Judicial de cualquier país, y a través de él, la garantía de los derechos humanos.

En la abundante producción de crítica jurisprudencial que existe en Uruguay, no se presta ninguna atención a la calidad de los argumentos utilizados en los fallos judiciales; por lo general, los criterios apuntan más a evaluar su correspondencia con las doctrinas más recibidas o a las consecuencias de esos fallos, pero no a la corrección argumental.

3.2. *Un caso paradigmático*

En los tribunales supremos europeos es habitual el control de la racionalidad argumental, lo cual, de alguna manera justifica el desarrollo de modelos de argumentación que –sin embargo– lucen demasiado sofisticados para nuestro medio. De ahí que sea necesario tomarnos en serio la argumentación jurídica también en la práctica del derecho. Para ejemplificar la fuerza que la argumentación racional puede ejercer como control de las decisiones judiciales, me voy a permitir referir

24. Refiero a aquellos tribunales que cumplen funciones de última instancia, sea en vía de revisión, de casación, o de control de constitucionalidad, por ejemplo. Sus fallos, así como los debates parlamentarios, son los mejores indicadores del grado de racionalidad de una sociedad.

un caso resuelto recientemente por la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, y que ha tenido una gran repercusión pública.

El caso se vinculaba con lo siguiente. Al asumir el nuevo gobierno, en marzo de 1999, que pertenecía al mismo partido que su antecesor, dispuso la revisión de las cuentas recibidas. Como resultado de ello, surgieron ciertas anomalías en el manejo de un ministerio: concretamente, el ex ministro de Turismo había dispuesto de fondos con un fin ajeno al previsto presupuestalmente, aunque aparentemente no lo había hecho en provecho propio sino por un exceso de eficiencia. El asunto planteado entonces era el siguiente: si un ex ministro de Estado podía ser sometido a juicio, sin habersele seguido el previo juicio político para privarlo de su inmunidad. La situación resultaba paradójica: no se le podía seguir juicio político porque ya no era ministro, pero tampoco se le podría enjuiciar ordinariamente porque no se le había sometido a juicio político. Las disposiciones de la Constitución dejaban dudas sobre el punto, pues en verdad no eran del todo claras. Sin embargo, el resultado era ciertamente indeseable: a juzgar por la interpretación de los partidarios del acusado, los ministros de Estado gozarían de una situación absolutamente privilegiada: podrían cometer cualquier acto de corrupción, y con solo renunciar entrarían en un régimen de inexpugnable impunidad.

El juez de primera instancia dio lugar al procesamiento del ministro, y ello provocó que el sector político al cual éste pertenecía, movilizara todos sus recursos académicos y políticos: se publicaron consultas, editoriales, y declaraciones de parlamentarios que clamaban no sólo por su inocencia, sino por la justificación de la interpretación favorable a su inmunidad. En ese clima, se sustanció la segunda instancia que debía revisar la legalidad del procesamiento.

Dado que en general se tenía la impresión de que no había habido aprovechamiento de la ilegalidad, ni tampoco había un mayor interés en impulsar su condena, el juicio transcurrió 'burocráticamente' y terminó con una sentencia de anuló el procesamiento, confirmando la tesis favorable al ministro²⁵.

25. Este fallo puede verse en <http://www.espectador.com/text/documentos/doc03204.htm>. Para la prensa el fallo tuvo ribetes escandalosos; ver: en el prestigioso semanario *Búsqueda*, se sostuvo que "La administración de justicia, su independencia y credibilidad, y la lógica sobre la cual se sostiene la forma democrática de gobierno, recibieron un duro golpe la semana pasada, tras el fallo del Tribunal de Apelaciones que estableció que un ex ministro (de Turismo, Benito Stern) no puede ser enjuiciado, por gozar de inmunidad constitucional" Columna por Tomás Linn *Búsqueda*, 22/03/01, p. 6. A su vez, el opositor semanario *Brecha*, con la firma de Nelson Cesin y Guillermo Waksman, titulaba: "Algo huele mal en la justicia", agregando que "Una reciente sentencia judicial decretó la inmunidad penal del forista Benito Stern, en momentos en que su situación procesal era hartamente comprometida. El fallo trasciende el caso del ex ministro para sentar un riesgoso precedente en favor de futuras «irresponsabilidades» políticas"; en *Brecha*, de 23/03/01, pp. 4-5.

Afortunadamente, en mayo del 2000, el Fiscal Enrique Moller decidió interponer recurso de casación contra la sentencia del tribunal, lo cual ambientó una nueva revisión de la cuestión al más alto nivel.

En el lapso correspondiente, y sin tener ningún interés directo en el tema, me pareció necesario evaluar la tesis del tribunal de apelaciones, desde el punto de su corrección argumental. Cuando la Corte estaba estudiando el asunto, me fue publicado el estudio –relativamente breve- en un mensuario especializado en cuestiones jurídicas, y que es muy leído por abogados y magistrados.

Confieso que luego de estudiar la sentencia de segunda instancia, quedé convencido que debía ser casada, porque era de una tremenda debilidad argumental; pero en la misma medida, no tenía muchas esperanzas de que ello fuera a revertirse.

Sin embargo, para mi sorpresa, la Corte pronunció un fallo casando la sentencia recurrida, esto es, habilitando el procesamiento del Ministro. Pero esto, con ser importante para el País, no sería relevante para nuestro tema: el asunto es que por primera vez, se utilizaron explícitamente criterios que significaban una ruptura con el modelo tradicional de aplicación del derecho. La Suprema Corte de Justicia transcribió los principales párrafos de mi escrito, y se abundó en consideraciones teóricas que han provocado un gran impacto en los medios académicos. En lo sustancial, el fallo dice:

“El concepto de “valor constitucional” como bien a considerar en materia interpretativa – que importa muchas veces un balanceo de bienes constitucionales (por ejemplo entre derecho a la intimidad y derecho a la libertad de expresión) - significa una delicada tarea para la cual el intérprete necesita introducir una valoración global de la sociedad y del régimen institucional vigente (exigencia que por ser menos frecuente en la interpretación de otros textos marca otra especialidad de la interpretación constitucional).

El Prof. Sarlo, -en ilustrativo artículo en que analiza el papel moral de la interpretación judicial con especial referencia a la sentencia en recurso- desarrolla lo que denomina “el punto de vista interno del razonamiento judicial” en el cual el enfoque axiológico deriva necesariamente de la propia racionalidad del discurso práctico jurídico; expresando: “Situados en el punto de vista interno... resultan claras dos cosas: a) los actores no pueden prescindir de las valoraciones al actuar; b) por consiguiente, la negación de este hecho sólo puede deberse a una finalidad de ocultamiento de la realidad o a una ingenuidad grave.

Este entendimiento es hoy dominante tanto en la teoría continental europea, como en la anglosajona.

En la teoría europea, el prof. Alexy de Alemania, que ha estudiado con notable detenimiento esta cuestión, llega a la conclusión de que desde el punto de vista interno (o del participante, como él dice) es innegable la conexión necesaria entre derecho y moral, dado que el discurso jurídico es un caso particular (pertenece al género) del discurso práctico racional general (Habermas), y por tanto, rigen a su respecto pretensiones de corrección, que sólo pueden ser fundadas moralmente. En el medio anglosajón, el Prof. Ronald Dworkin —que lecciona en New York y Oxford— llega a una conclusión similar, al hablar de que para el Juez siempre hay una única solución correcta. La tesis de la única solución correcta sólo puede fundarse (en) razones morales, esto es, en la primacía de ciertos principios. Pero entonces ¿Cómo manejar tan delicada cuestión? ¿Cómo hace un juez para argumentar moralmente? Simplemente: argumentando racionalmente. Es universalmente admitido que el Juez está obligado a fundar racionalmente su fallo, como garantía de las partes; aquí se advierte que lo que para un punto de vista externo es una decisión, desde un punto de vista interno no lo es, porque los fundamentos requeridos deben ser ampliamente compartidos por los participantes de la experiencia jurídica ...”.

“Entonces, si el juez siempre decide —debe decidir— en base a valoraciones, si no las plantea, quedan en la penumbra y se cercena la posibilidad de control social sobre las mismas que es lo que requiere una democracia republicana. Por otra parte, no puede —insisto— decirse que la decisión se obtuvo sin valoraciones, porque ello es lógicamente imposible, dada la ambigüedad de los hechos y las normas del caso.

Es decir que, antes que nada, el Juez debe hacerse cargo de los valores que están en juego en su decisión, y asumir la carga de fundar su decisión. Para ello deberá acudir a los valores que cuentan con respaldo social, esto es, que están socialmente consensuados. Por ejemplo, deberá tomar en los valores que la Constitución consagra bajo la forma de principios. Pero antes aún, deberá atender a los valores supremos que consagra nuestra Constitución, que son “la personalidad humana” y “la forma republicana de gobierno” (art. 72) “Inmunidad ministerial, interpretación constitucional y argumentación racional”, en revista “Estado de Derecho”, N° 69, Montevideo, pp. 6 7).

Desde entonces, muchos han vuelto a debatir públicamente acerca del papel de los jueces, el límite de sus potestades, y sobre todo, han empezado a interesarse por este asunto de la argumentación.

4. Conclusiones generales

En este trabajo he sostenido que durante el siglo XX comenzó a desarrollarse un programa de investigación para una teoría del derecho. Ese programa entró en tensión con otra línea de investigación surgida a mediados del mismo siglo, a la que podemos denominar genéricamente Teoría de la argumentación jurídica, cuyos principales exponentes fueron Viehweg, Perelman, Esser, Villey, etc.

Luego de un período de enfrentamiento, el programa de teoría del derecho se ha visto fortalecido por la incorporación de la teoría de la argumentación, como una pieza imprescindible del mismo: representa el punto de vista interno de las prácticas que estudia la ciencia jurídica, complementando el punto de vista externo, que refiere a las instituciones en que se desarrollan esas prácticas, y a las conexiones externas con otros subsistemas sociales.

Observo, sin embargo, que esos logros teóricos nos se han visto reflejados en los programas de las escuelas de derecho del contexto latinoamericano. Esto constituye un gran obstáculo en el proceso de racionalización de la sociedad que conlleva el proyecto de modernización.

Una formación académica en torno a la argumentación, dotaría a los futuros profesionales del derecho, de las herramientas conceptuales y valorativas como para practicar formas más refinadas de argumentación, y también de crítica de los discursos irracionales que suelen invadir la esfera pública de nuestras repúblicas.

Por otra parte, parece indiscutible que la racionalidad del discurso judicial es el único criterio de control que permanece disponible para los juristas y la sociedad, una vez desterrado el modelo deductivo o silogístico de aplicación del derecho.

Integrando la teorización de los sistemas jurídicos con la teorización de los discursos argumentativos orientados a las decisiones judiciales, el programa de investigación teórica del derecho habrá ganado en extensión y complejidad. Pero aún resta extender la teoría de la argumentación a los campos de producción de normas (legislativo) y de producción de doctrinas dogmáticas. Por último, el programa deberá incorporar los criterios de evaluación del derecho desde el punto de vista moral, de manera de cubrir también los límites de su legitimidad y del deber de fidelidad que reclama de sus agentes.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis (1987) *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ATIENZA, Manuel (1999) *El derecho como argumentación*, en *Isegoría – Revista de filosofía moral y política*, N° 21, Madrid, noviembre de 1999.
- BEILLEROT, Jacky y otros (1998) *Saber y relación pedagógica*. Buenos Aires, Paidós educador.
- BÖHMER, Martin (comp.) (1999) *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Buenos Aires, Gedisa.
- DÍAZ BARRIGA, Frida y otros (1996) *Metodología de diseño curricular para educación superior*, México, Trillas
- GIL, Antonio Carlos (1997) *Metodología do ensino superior*, Sao Paulo, Atlas
- GÓMEZ CAMPO, Víctor, Tenti, Emilio (1989) *Universidad y profesiones. Crisis y alternativas*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores.
- HABA, Enrique Pedro (1990) *Racionalidad y método para el derecho ¿es eso posible?*, en *DOXA –Cuadernos de Filosofía del derecho*, N° 7 (pp. 169-247) y N° 8 (pp. 241-270), Alicante, Centro de Estudios Constitucionales/Universidad de Alicante.
- HABA, Enrique Pedro (1993) *Seis temas de metodología jurídica*, Montevideo, FCU [tirada restringida para uso del seminario]
- HABERMAS, Jürgen (1994) *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998
- KELSEN, Hans (1934) *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1941
- KELSEN, Hans (1979) *Teoría Geral das Normas*, Porto Alegre, Fabris, 1986.
- LAKATOS, Imre *La metodología de los programas de investigación científica*, Madrid, Alianza, 1983.
- MacCORMICK, Neil (1990) *Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico*, en Betegón y de Páramo (coords.) *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel Derecho.
- MALHERBE, Hugo (1980) *Lógica jurídica: tópica e interpretación*, LJU, t. 81, Secc. Doctrina

- MARÍN MÉNDEZ, Dora Elena (1993) *La formación profesional y el currículum universitario*, México, Diana
- PERELMAN, Chaïm (1964) *La theorie pure du droit et l'argumentation*, in Perelman, *Droit, morale et philosophie*, París, LGDJ, 1968.
- PERELMAN, Chaïm y OLBREHTS-TYTEKA, Lucien (1958) *Traité de l'argumentation – La nouvelle rhétorique*, París, PUF, 1958
- SARLO, Oscar (1994) *La teoría de la argumentación de Chaïm Perelman*, en AAVV, *Hermenéutica y racionalidad*, Montevideo, FCU, 1994.
- SARLO, Oscar (1998a) *Positivismo jurídico y derecho natural - Una perspectiva uruguaya sobre la cuestión*, en *Anuario Chileno de Filosofía Jurídica*, Valparaíso, 1998.
- SARLO, Oscar (1998b) *Los presupuestos teóricos en la investigación jurídica actual*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 14, julio/diciembre de 1998, Montevideo.
- SARLO, Oscar (2001) *Inmunidad ministerial, interpretación constitucional y argumentación racional* en revista “Estado de Derecho”, No. 69, Montevideo, 3 de julio de 2001
- SARLO, Oscar (2001) *Investigación básica e investigación aplicada en derecho*, en *Nexo* N° 71, *Boletín de la Facultad de Derecho*, Montevideo, abril de 2001
- VÁZQUEZ, Eduardo A. (1961) *El derecho en la cátedra y en el tribunal*, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961, I-II, y también en revista *Saber Abierto*, Universidad de Buenos Aires, N° 1, 1988.
- VIEHWEG, Theodor (1953) *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, [1964]1986

INTERPRETACION Y/O ARGUMENTACION JURIDICA(S): UNA POSIBLE –Y DISPENSABLE– JUSTIFICACION

Roberth Uribe*

I

Debo aclarar que no soy un experto en temas iusfilosóficos. Mi visión respecto de los mismos es la un penalista que, iniciado en las huestes de la “dogmática” jurídico-penal, ha ido encontrando, en el transcurso del ejercicio de dicha actividad, además de la necesidad, la posibilidad –meta-metodológicas–, recurriendo a la filosofía del Derecho, especialmente a aquella que se vincula a su conexión con la filosofía práctica, de replantear muchas de las orientaciones metodológicas de la teoría jurídico-penal. Esta condición de “aprendiz de iusfilósofo” me deriva, por demás, una no muy cómoda perplejidad. En efecto, si recurrimos a una definición muy dicente de Mario Bunge respecto a la ontología del filósofo, y quizás a su fenomenología, en el sentido de ser un “entrometido”, claro está, epistémico, y la aplicamos al saber jurídico, quedo inextricablemente en un lugar en el que quizás a nadie le guste estar. Desde la perspectiva bungeana, en relación con las dogmáticas jurídicas (no sólo la penal), es al iusfilósofo a quien corresponde entremeterse. Acabo de admitir que no soy iusfilósofo, pero, de cierta manera, a raíz de mi incursión así sea todavía como amateur en los temas de la filosofía del derecho y su incidencia en el sentido epistémico de la “dogmática” jurídico-penal, creo que tampoco ostento hoy la condición de un dogmático penal muy ortodoxo. ¿Qué quedo siendo, entonces? Creo que frente a la disciplina jurídica, frente a los connotados iusfilósofos que disertaron en las jornadas del Tercer Encuentro con La Justicia cuyas memorias ven luz en esta publicación, y

* Abogado de la Universidad de Antioquia. Coordinador académico “Tercer Encuentro con la Justicia”.

desde la perspectiva analítica antedicha, termino siendo un simple entrometido, tanto en la iusfilosofía como en la dogmática penal más tradicional. De allí el carácter prescindible de esta justificación. Permitaseme atreverme, empero, a realizar las siguientes consideraciones introductorias respecto de la justificación del tema que nos congregara en la primera jornada de ese Encuentro: “El saber jurídico: ¿interpretación y/o argumentación?”.

Ante todo esta breve disertación propende por sentar unas bases justificatorias del tema referido. Vale señalar que una justificación deliberativa puede trasuntar por tres enfoques: uno, al que podríamos describir como funcional, dirá que es cometido definitorio de la Universidad promover la reflexión intersubjetiva de los temas de sociedad, en donde tienen cabida entonces los problemas científicos, en un sentido amplio de esta noción, obteniendo así pertinencia nuestro tema de análisis; el segundo, al que podríamos por su parte caracterizar como voluntarista –y porqué no vitalista– diría que discutimos de este asunto por el simple hecho de que nos vino en bien hacerlo. Una tercera posibilidad vendría siendo de carácter epistémico propiamente dicho, que es la que creo vimos satisfecha en su momento todos los presentes, y que consiste en la búsqueda de una serie de razones cognoscitivas, esto es, de razones no exclusivamente emotivas, por medio de las cuales podemos comprender y justificar de mejor manera el porqué de los fenómenos sobre los cuales, por su praxis cotidiana dentro de nuestra disciplina de conocimiento, centramos nuestra atención. Aspiro a conjugar en lo que sigue, recabando en el primero y último, los enfoques descriptos, con miras a no desentonar en el esfuerzo por alcanzar una condición epistémica para mi intromisión, esta triple manera de encarar una justificación para nuestro tema de discusión.

II

Como es sabido, la distinción entre iusfilósofos y juristas es un punto de partida epistemológico históricamente de gran aceptación en el ámbito del saber jurídico continental europeo, especialmente por el influjo que la metodología iuspositivista y sus máximos exponente y expresión, Hans Kelsen y su “Teoría pura del Derecho”, respectivamente, impulsó en toda Europa, y con ello en América Latina, prácticamente a lo largo del siglo XX, y que rige aún, con gran furor, en los albores del siglo XXI en estos ámbitos, sin su más correcta comprensión, por demás. Su distinción apunta a asignar a los filósofos la tarea crítica respecto a los alcances de justicia del Derecho como institución social no conflictógena, y a los juristas, por oposición a aquéllos, la tarea “científica” de ésta, o lo que es lo mismo, en su

versión más aceptada, el trabajo relativo a la sistematización e interpretación de los materiales normativos jurídicos, en la que la postura deontológica precisa de una neutralidad propia de los científicos, a quienes corresponde entonces en la realización de esta tarea la descripción de las normas jurídicas como procedimiento de identificación del sistema de Derecho vigente, uno de sus principales cometidos. Esta delimitación fue muestra de la vieja polémica iusfilosófica de naturalistas y positivistas jurídicos, mediante la cual se pretendió preservar a la teoría descriptivista del Derecho de la intromisión de actitudes y criterios valorativos por parte de los juristas, reservados para los cultores del llamado Derecho natural.

Sin embargo, como lo han puesto de presente autores de raigambre analítica, con los diferentes matices que a ella es inherente, tales como Bobbio, Wroblewski, Hart, Aarnio, Pekszenick, Ferrajoli, Raz, Nino, Alexy, y Atienza, entre muchos otros, esta polémica ha dejado de ser hoy el *lei motiv* de la metateoría iusfilosófica. Los trabajos analíticos contemporáneos han mostrado que detrás de dicha discusión, como de casi todas las arquetípicas discusiones de la filosofía jurídica, subyacen problemas conceptuales y lingüísticos que deslizan por entre un esencialismo o idealismo y un convencionalismo metodológicos, especialmente respecto de la definición de derecho y la incidencia de la misma en el planteamiento de las relaciones de éste con otras instituciones sociales deónticas como la política y la moral.

Las alteraciones de esa secular actitud epistemológica son notorias a partir de la posmoderna consolidación del modelo jurídico-político –y metaético– que conocemos como “Estado constitucional”, que sin embargo siguen siendo soslayadas por muchas de las diferentes instancias de intervención jurídica, incluyendo por supuesto la de los centros de “enseñanza” del conocimiento jurídico, entendidos más en el sentido de “reproducción ideológica” de arqueológicos discursos medievales, que no tanto de discusión, de los discursos jurídicos positivistas –metodológicos e incluso ideológicos (!)– y pseudopositivistas seculares. ¿Cómo pues, remover o, por lo menos, proponer el replanteamiento de esta, hoy menos –cuando no in– justificable, distinción?

Los cambios aludidos tienden a la deconstrucción y reconstrucción del problema iusfilosófico recabando, no ya en el análisis de la cuestión de las relaciones derecho/moral en sí, sino en las posibilidades e imposibilidades de la elaboración de decisiones deónticas –con grados diferentes y entremezclados de moralidad, juridicidad y politicidad– legítimas, bajo el presupuesto de ser racionales, en el sentido de no puramente subjetivas o emotivas, o cuando menos razonables, sea en una perspectiva

de su grado de intersubjetividad o de aceptabilidad consensual, en lo que se abre paso la cuestión de las relaciones –de rechazo o de vinculación– entre las actividades interpretativa y argumentativa jurídicas.

III

Prescindiendo de los enfoques esencialistas, idealistas o, si se quiere, metafísicos del conocimiento jurídico, y centrándonos en los de carácter convencionalista o analítico, más contemporáneos, cuya premisa metodológica, no obstante la multiplicidad de versiones intraanalíticas, se funda en la definición del derecho como un acto de lenguaje y en la distinción entre niveles de análisis jurídicos lingüístico-conceptuales, descriptivos y prescriptivos, podrá recabarse, en efecto, que hermeneutas o interpretacionistas, argumentacionistas, y hermeneuto-argumentacionistas representan hoy el epicentro de la discusión iusfilosófica occidental. Los primeros¹ consideran que el conocimiento racional de ese objeto de difícil definición al que denominamos

1. En el contexto jurídico continental-occidental son condensables, por lo menos, en dos grandes grupos, los posibles sentidos de la hermenéutica jurídica:

1. El que la centra en el estudio de las directrices interpretativas del ordenamiento jurídico (estudio de las normas que regulan la interpretación del Derecho), y que define la hermenéutica jurídica como la teoría de la interpretación de las normas. Esta concepción resulta ser, en fin de cuentas, un acápite de la teoría de las normas jurídicas, llegando a ver en la actividad de interpretación a-reglada una actividad filosófica (no teórico-jurídica) y en ese orden metainterpretativa.

Esta concepción de la hermenéutica es propia de las epistemologías iuspositivistas, para las cuales el trabajo de sistematización del ordenamiento jurídico es una labor fundamentalmente descriptiva, en donde la neutralidad axiológica del intérprete es imprescindible para garantizar la pureza metódica de la labor de interpretación, que sólo corresponde a la autoridad normativa, el legislador, quien tiene la facultad de someter a reglas estrictas la misma. Prototípico de esta orientación es, por ejemplo, Guastini, Ricardo. Distinguiendo. Gedisa, Barcelona, 2001

2. La que recaba en el carácter filosófico de la hermenéutica como proceder epistemológico de las ciencias del espíritu, y por tanto del derecho, y proyecta la interpretación de las normas jurídicas no como una actividad regulada o normada por el legislador, sino como una actividad óntica del ser humano como ser deóntico, adjunta a la comprensión del “ser ahí” jurídico, que propende no por la descripción de las reglas interpretativas, sino por la comprensión del sentido normativo de los enunciados y proposiciones jurídicas, en aras de la concreción del fin de justicia del Derecho, recurriendo para ello al historicismo, la relacionalidad y la procedimentalidad de las instituciones jurídicas.

De este modo, la hermenéutica constituye la epistemología misma del Derecho, que ve en el trabajo metodológico de ciencia jurídica y de comprensión del Derecho (interpretación) una compenetrada relación, que requiere por tanto del abandono de la actitud de asepsia axiológica, y con ello de una reformulación de los conceptos de autoridad normativa y de norma legislativa como epicentros de la decisión jurídica justa. No hay lugar, por tanto, a la distinción entre interpretación y metainterpretación, ya que aquí las reglas interpretativas forman parte del proceso de comprensión de las normas, en aras de la justicia de la decisión. Conjunción entre sentido y significado. Teoriza así de la hermenéutica jurídica un autor como Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999

“derecho” implica única y exclusivamente una actividad interpretativa, en la cual se agota el proceso de construcción de la racionalidad jurídica –bien sea a la manera de la hermenéutica jurídica gadameriana y su definición del Derecho como idea interpretable de justicia, o como en algunos modelos del positivismo conceptual o metodológico en el que la interpretación de las normas exige una racionalidad lingüística derivada de la utilización de los métodos de interpretación de los textos escritos–. Los segundos, por su parte, consideran que el trabajo de racionalidad jurídica existe sólo a condición de la obtención de parámetros foráneos a la subjetividad, esto es, según criterios intersubjetivos, tales como el consenso o las mayorías deliberantes en un auditorio racional práctico especial, esto último en tanto derivado del auditorio (general) ideal, respecto de la justificabilidad o no de las decisiones que en Derecho se planteen². Y existe una tercera, quizás intermedia, posición. Aquella que estima que tanto interpretación como argumentación son trabajos de la aplicación (fundamentalmente judicial) del Derecho, necesarios y complementarios de los procesos de demarcación de los niveles de racionalidad jurídica. A las decisiones jurídicas interpretativas, en un sentido amplio del término; a la interpretación de las normas, deben corresponder argumentos o razones justificatorias de las mismas. La interpretación sin la argumentación, y viceversa, denotan incompletos procedimientos de racionalidad jurídica, o lo que es lo mismo, nugatorios esfuerzos de erradicación o cuando menos de disminución del arbitrio subjetivista³.

IV

Por razones de espacio, y personales, no creo estar en condiciones de más que desvelar, si es que logré hacerlo, puntuales aspectos sobre los hitos pasados, presentes y, en algo, los futuros de las formas que asume la dinámica jurídica como tema de la filosofía del derecho, en relación con su restante problemática y su sentido epistémicos. Ojalá que nuestra disposición deconstructiva y re-constructiva de la epistemología de los discursos y teorías jurídicos, desde los temas iusfilosóficos, permita que los abogados podamos ser todos, si no filósofos del Derecho, por lo menos juristas con capacidad de análisis filosófico de los problemas jurídicos, y que dejemos de ser, los que lo seamos, eso sí, meros técnicos⁴ frente a la regulación

2. Su principal exponente Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

3. Así por ejemplo, entre muchos otros, Nino, Carlos. *Introducción al Análisis del Derecho*. Astrea, Buenos Aires, 1980

4. En una concepción de la operación jurídica como técnica no definitoria de ésta en una concepción del “derecho como técnica” como la de Atienza, por supuesto.

deóntico institucional, siempre artificial, de ese dato empírico social del conflicto intersubjetivo que conocemos como “derecho”, a que lleva una teorización afilosófica –consciente o inconsciente– del conocimiento jurídico.

Es esa la finalidad que ha movido a los gestores del “Encuentro con la Justicia”, en su tercera versión, que está adscrita a una más general relacionada con la necesidad de promoción de un espacio académico e intelectual que provea condiciones de pensamiento, reflexión y discusión, al que le han apostado las directivas, docentes, investigadores y estudiantes del joven y promisorio Programa de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali, conscientes del papel que la Universidad tiene en la sociedad colombiana y, con ello, en la latinoamericana, urgidas de una apropiación responsable de sus problemas jurídico-políticos y de sus posibles soluciones, por quienes tienen asignada esa difícil pero vital función de ser universitarios en y/o para Latinoamérica.

