



ACERCA DE LA RAZÓN PRÁCTICA EN EL DERECHO Y DE SUS LÍMITES EN LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES *

YEZID CARRILLO DE LA ROSA **
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

Recibido el 10 de marzo de 2009 y aprobado el 12 de mayo de 2009

RESUMEN

Este trabajo intenta abordar el problema del lugar y los límites de la racionalidad práctica en la fundamentación de las decisiones judiciales. No es su intención clausurar el tema o dar por terminada la discusión, pretende sugerir, apoyado en algunas teorías, que en el proceso de interpretación y argumentación jurídica, si bien la razón juega un papel primordial y necesario, hay un espacio que no puede ser controlado por ella; para ello inicialmente se presenta una panorámica histórica del razonamiento jurídico desde sus orígenes hasta las modernas teorías de la argumentación, para luego señalar, apoyado en las teorías de Kauffmann y Nussbaum los límites del mismo.

PALABRAS CLAVE

Razonamiento práctico, positivismo jurídico, emociones, precomprensiones, jurisprudencia.

* El presente artículo es resultado de la investigación terminada cuyo informe final lleva por título: *Lugar y Límites de la razón en el derecho* (en prensa), que tuvo como punto de partida mi tesis de maestría intitulada: *Teorías, Formas y Límites de la Racionalidad en la Interpretación y Argumentación Judicial* (231 páginas), de la cual fui único y principal investigador, y que sirvió de tesis para optar al título de Magister en Derecho en el marco de la Maestría en Derecho desarrollada por la Universidad Nacional de Colombia en convenio con la Universidad de Cartagena. El asesor de la misma fue el profesor Rodolfo Arango Rivadeneira y los evaluadores: profesores Rodrigo Uprimny Yepes y Andrés Abel Rodríguez. Especial mención a la estudiante del semillero de Filosofía del Derecho, Ahneyenzy Carrillo Velásquez quien leyó el trabajo en su versión final y con sus comentarios y críticas enriqueció esta versión que presento.

** Profesor de planta en pregrado y postgrado, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena, y en la de la Universidad Libre, sede Cartagena. Doctorando en Derecho, Universidad Externado de Colombia; Magister en Derecho, Universidad Nacional de Colombia; Abogado, U. Nacional de Colombia, y Filósofo, U. Santo Tomas. Correo electrónico yezidcarrillo@hotmail.com

PRACTICAL REASON IN LAW AND ITS LIMITS IN THE JUSTIFICATION OF JUDICIAL DECISIONS

ABSTRACT

This paper attempts to address the problem of the placemargin and limits of practical rationality in the grounds of for the basis of judicial decisions. Its purpose is not their intention to close the subject or to terminate the discussion, instead it intendsed to suggest, based on some theories, that in the process of interpretation and legal argument process, even if reason but why plays a primary role and necessary role, there is a space margin which it that can not be controlled by it. Due to this fact, for it was initially presented the article presents a historical overview of legal reasoning from its origins to the modern theories of argumentation theories, followed by then noted, relied onon the theories of Kauffmann and Nussbaum to explain the limits of practical reasonthere.

KEY WORDS

Practical reasoning, legal positivism, emotions, pre-understandings, jurisprudence.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo es resultado de la investigación terminada cuyo informe final lleva por título: *Lugar y Límites de la razón en el derecho* (en prensa), que tuvo como punto de partida mi tesis de maestría intitulada: *Teorías, Formas y Límites de la Racionalidad en la Interpretación y Argumentación Judicial*. El problema central que orientó esta investigación puede enunciarse de la siguiente manera: ¿cuál es el puesto de la razón en el proceso de interpretación, argumentación y aplicación del derecho y cuáles sus límites? La tesis que se defiende afirma que si bien la labor que desarrolla el jurista como la práctica judicial son actividades racionales, no obstante, al indagar por los límites de la racionalidad en el proceso constatamos que este dominio no es total y absoluto. Finalmente, al ser un trabajo inscrito en el área de la teoría del derecho, el mismo tiene un carácter analítico y normativo, de allí que nos hayamos apoyado en una estrategia cualitativa y argumentativa que se apoya en documentos históricos y filosóficos que demuestran y justifican nuestra(s) tesis.

2. DESARROLLO

2.1. EL PUESTO DE LA RAZÓN PRÁCTICA EN LA ADJUDICACIÓN DEL DERECHO

2.1.1. El carácter práctico del razonamiento jurídico en Roma y el medioevo

El término jurisprudencia surge de la confluencia de las expresiones *iusuris* y *prudencia* (IGLESIAS, 1983: 102), término este último con que los romanos tradujeron la noción de *phrónesis*, que en la antigua Grecia remitía a saber práctico: una especie de arte que se ejercía sobre un conjunto de reglas y criterios con el propósito de resolver problemas prácticos dentro de la vida de la polis (JAEGGER, 1994: 445-447), de allí que se considere una herramienta al servicio de la filosofía práctica que permite la sabia comprensión de una situación humana debido a que su objeto es lo justo (HABERMAS: 1997: 50).

En el mundo griego el derecho (ley) formaba parte del dominio *phrónesis* y por ello estaba emparentada con la tópica y la dialéctica (VIEHWEG, 1991: 71-72), y así fue introducida en Roma por los estoicos, de allí el carácter práctico de la jurisprudencia romana. Este carácter práctico puede colegirse, primeramente, de la forma como el jurista desarrollaba su actividad, que siempre estuvo orientada al trato congruente y ordenado de casos individuales en busca de la solución correcta (BERMAN, 1996: 139), pero además, de la forma como se preparaba a los futuros jurisconsultos a quienes siempre se les exhortaba a responder sobre lo que debía hacerse en relación con unos hechos dados (*Ibid.*: 146).

El modelo de razonamiento del derecho medieval lo constituyó la Escuela de los glosadores. Éstos se caracterizaron por el uso que hicieron de las glosas en el análisis del texto jurídico, mediante los cuales se aclaraba y/o explicaba su significado, hasta llegar a una interpretación general de éste y por el uso que hicieron del método escolástico de análisis y síntesis (dialéctico) que presuponía la incuestionable autoridad de libro interpretado, en este caso del *Corpus Iuris Civiles* (*Ibid.*: 142). Ahora bien, a pesar de que el razonamiento de los juristas del siglo XII presupuso una transformación del razonamiento dialéctico griego y del derecho romano clásico y posclásico,¹ el jurista medieval consideró su actividad como una actividad práctica y ligada a procedimientos de carácter dialéctico.

¹ Por el nivel de abstracción al que llevaron la dialéctica griega que distó mucho de lo que previó el jurista romano (BERMAN, 1996: 150), porque además trataron de derivar principios generales a partir de casos o ejemplos particulares, lo que era extraño al pensamiento romana y, finalmente, porque el Jurista escolástico uso la dialéctica aristotélica con un fin distinto al previsto por éste. Para Aristóteles, la dialéctica servía para discutir problemas prácticos, como el de la justicia, mientras que el razonamiento analítico servía para probar la verdad de una premisa. El jurista medieval uso la dialéctica para demostrar tanto lo que es verdadero como lo que es justo (*Ibid.*: 151).

A mediados del siglo XIII, como consecuencia de la incertidumbre reinante como consecuencia de la proliferación de glosas y glosadores aparece la escuela de los Prácticos o Posglosadores, quienes buscaron elaborar una metodología de aplicación del derecho que fuese válida no sólo para las fuentes romanas sino para cualquier sistema jurídico. Los posglosadores tuvieron una actitud más crítica que los glosadores y gozaron de mucha más libertad con respecto del derecho romano, al que se propusieron reelaborar y desarrollar a fin de construir una ciencia racional (ATIENZA, 2000: 169). No obstante, al igual que su predecesor Viehweg, los comentaristas asumieron la labor jurisprudencial como una técnica para solucionar casos prácticos, lo que demostraría su familiaridad con la tópica (VIEHWEG, 1991: 87-88). El posglosador se orienta siempre hacia el problema, y estos remitían al *ars inveniendi* y a la tópica.²²

2.1.2. La irrupción del razonamiento matemático en el derecho

En los comienzos de la modernidad, mientras el humanismo italiano criticó la labor de los posglosadores y propuso en su lugar el *mos italicus*, el humanismo francés propuso el *mos gallicus* que pretendió desarrollar un estudio sistemático del derecho apoyado en la historia y la filología. Estos últimos, a diferencia de los primeros, se encontraban más cercanos a los posglosadores. Ahora bien, al tomar partido la Iglesia a favor del *mos italicus*, los fundadores del *mos gallicus* se vincularon al protestantismo, dando origen a la escuela de los cultos o jurisprudencia elegante, que quiso construir una ciencia jurídica racional, sistemática y antidogmática, cuya forma de razonar no era ya el esquema aristotélico-escolástico sino la naciente lógica del renacimiento; ello trajo como consecuencia que en el siglo XVII la jurisprudencia se relacione cada vez más con la ciencia en el sentido moderno (LEGAZ y LACAMBRA, 1979: 9).

Lo que es evidente, es que ni en la mentalidad romana ni en el medioevo, la cuestión de la racionalidad de la interpretación del derecho constituyó un problema, éste es un interrogante propio del ideal positivista y científicista del siglo XIX que identificó racionalidad con científicidad y cuyo paradigma lo constituían el modelo de las ciencias naturales surgidas en el siglo XVI (KOYRE, 1978: 150 y ss.). Como recordaremos, el positivismo se caracteriza porque reduce la racionalidad a razón físico-matemática (verdades de hecho) o lógico-matemática (verdades de la razón) y porque excluye lo metafísico y los valores del ámbito del conocimiento válido.

2.1.3. Positivismo jurídico y modelos formalistas, antiformalistas y decisionistas en el razonamiento jurídico

²² Según Viehweg los problemas fundamentales de la literatura científica de la Edad Media eran: ¿Qué hay que hacer cuando los textos se contradicen? Y ¿cómo puede establecerse una adecuada correlación de situaciones? (VIEHWEG, 1991: 92).

Influenciada por el positivismo, la racionalidad jurídica en el siglo XIX oscilará entre una visión *formalista* que defiende una concepción deductiva de la racionalidad y una concepción *anti-formalista* que, influenciadas por las ciencias sociales apela a la racionalidad inductiva, culminando con un giro hacia el voluntarismo o decisionismo que niega que el proceso de decisión judicial pueda ser gobernado por la razón.

Dos corrientes serán paradigmas del modelo de racionalidad formalista: la *Escuela de la exégesis* y la *Jurisprudencia de concepto*. La primera de ellas se caracteriza porque le asigna al derecho las mismas propiedades de los sistemas axiomáticos como la geometría y la matemática: el derecho es completo (sin lagunas o vacíos), coherente (sin antinomias) y unívoco (sin ambigüedades), y la labor del operador jurídico es meramente descriptiva de la ley y no valorativa, bastándole apelar a un procedimiento lógico-formal silogístico para producir la sentencia (LÓPEZ MEDINA, 2004: 155-156). La segunda, asumió el modelo de lógica formal que propone una visión del derecho piramidal y al igual que la anterior preserva la visión deductiva y silogística del razonamiento judicial (LARENZ, 1994: 40 y 41).

Las tendencias anti-formalistas rechazan el modelo deductivo como forma básica de la aplicación del derecho, operándose un giro hacia una visión más funcional del mismo que ve en éste una herramienta de la cual se sirve el legislador para alcanzar ciertos fines y promover algunos valores; por tanto, el juez debe intentar descubrir la intención del legislador presente al momento de elaborar la ley o interpretar el texto conforme a la voluntad de aquel a fin de conocer el espíritu o el fin perseguido por su creador; de allí que se recomiende hacer uso de las ciencias sociales y del modelo inductivo que éstas proponen (PERELMAN, 1993: 74-75). El *anti-formalismo legal* está representado por Geny en Francia, que sostiene que la interpretación debe buscar el propósito del legislador y ello requiere conocer las circunstancias existentes en la época en que se formuló la ley (LÓPEZ MEDINA, 2004: 257; RECASENS, 1980: 46). El *anti-formalismo conceptual* (Alemania) tendrá como máximo exponente a Ihering, quien cuestiona el excesivo culto al pensamiento lógico que quiere elevar la jurisprudencia a matemática; la obra de Ihering constituirá el punto de partida de la denominada *escuela libre del derecho*, que simboliza el giro hacia el voluntarismo y la *Jurisprudencia de Intereses*, que defendió la idea de una ciencia práctica del Derecho (ATIENZA, 2000: 185; LARENZ, 1994: 71). En el ámbito anglosajón (anti-formalismo jurisprudencial) debemos hacer alusión a las críticas hechas por Oliver Wendell Holmes, quien no admite que el derecho pueda analizarse como si fuera un conjunto de axiomas matemáticos, pues tanto en su desarrollo como en el proceso de concretización pueden advertirse razones que exceden el marco de la lógica tradicional y el esquema matemático (RECASENS, 1980: 43). Las reflexiones de Holmes sientan las bases de la *jurisprudencia sociológica* que consideró que la labor del jurista, del juez y del legislador no puede limitarse única y exclusivamente a lo lógico sino también a lo sociológico (*Ibid.*: 70-75).

El giro hacia el decisionismo marca el punto de inflexión del logicismo y en general de la razón como categoría para dar cuenta del proceso de adjudicación del derecho. Algunos de los más reconocidos defensores de esta posición serán la corriente de la Escuela libre del derecho, el Realismo jurídico norteamericano y Hans Kelsen.

La tesis central de la *Escuela libre del derecho* es que todo conflicto judicial constituye un problema para el cual el sistema jurídico no siempre dispone una norma o solución, por tanto, le corresponde al juez mediante una tarea jurídico creadora elegir la disposición adecuada (LARENZ, 1994: 63-64; MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ, 1994: 261; RECASENS, 1980: 49). Para el Realismo jurídico, el derecho real es el que dictan los órganos judiciales en cada caso concreto³, debido a que antes que la ley sea interpretada y aplicada por los tribunales no puede considerarse derecho (BODENHEIMER, 1974: 9; RECASENS, 1980: 95). El Realismo jurídico tampoco admite la tesis de la concepción mecánica y silogística de la función judicial, y a diferencia de la visión funcionalista y sociológica del derecho, no admite que la decisión judicial pueda ser objeto de lógica alguna, lo esencial no es lo que el juez dice en la sentencia, sino lo que éste hace en la práctica y decide efectivamente (RIDDALL, 2000: 220).

Finalmente, a pesar de que Kelsen defiende una concepción racionalista y científica del conocimiento del derecho, en relación a la aplicación del mismo mantiene una posición cercana al decisionismo y al voluntarismo. Para él, la decisión judicial es siempre un acto de voluntad que no tiene nada que ver con la razón y que escapa a todo control de la misma (KELSEN, 1970: 163). La teoría de Kelsen asume que la aplicación del derecho presupone el paso de un enunciado general y abstracto a un enunciado individual y concreto, pero en este proceso existe cierto grado de indeterminación debido a que no hay en el sistema una regla que predetermine el contenido o sentido de la norma inferior sino todo lo contrario; la determinación de la norma la lleva a cabo el juez a partir de su voluntad y su discrecionalidad, lo que supondría, que el mismo no es un acto cognitivo y racional sino volitivo y decisorio (*Ibid.*: 164-166) y, por ello, la elección de quien interpreta el derecho con autoridad (juez) nunca puede ser racional sino más bien irracional; ella es el resultado de sus preferencias emotivas y de sus intuiciones, de allí que a Kelsen, a pesar de proponer una teoría científica y racional del derecho, en relación a su propuesta de adjudicación debe ubicársele dentro de las teorías decisionistas e irracionalistas.

Tanto el realismo jurídico como Kelsen son deudores del positivismo científico y especialmente del neopositivismo, que al considerar que única y exclusivamente se podía predicar validez del lenguaje científico, excluyó del mundo de la racionalidad

³ “Lo que entiendo por derecho son las profecías de lo que van a hacer en realidad los tribunales, y no hay nada más pretencioso que esas profecías” [E. Bodenheimer. (1974). *Teoría del derecho*, 9. Fondo de Cultura Económica].

al discurso sobre los valores o que incluyera valoraciones. El neopositivismo, al igual que el primer positivismo (decimonónico), reduce la racionalidad a racionalidad analítico-instrumental, excluyendo la razón práctica, pero a esto llega por una vía diferente, que ya no es la del método sino la del lenguaje.

2.1.4. Crisis de la racionalidad analítica y la rehabilitación de la razón práctica

Ahora bien, luego de que Popper señalara el carácter falible y conjetural del conocimiento humano y científico (POPPER, 1996: 39-40, 1997: 117); que Heisenberg afirma que la realidad se ha evaporado y que nuestro conocimiento en general está gobernado por el principio de *indeterminación* y por las relaciones de *incertidumbre* (HEISENBERG, 1979: 123 y ss.); que la Teoría crítica de la sociedad objetara la reducción que el positivismo hace de la razón a mera racionalidad instrumental (HORKHEIMER, 1974: 223-272); que Husserl exigirá el retorno al “mundo de la vida” (HUSSERL, 1991:374); que Gadamer situara al fenómeno lingüístico como eje central del análisis de la comprensión, pues la experiencia de lo real es primordialmente una experiencia lingüística (GRONDIN, 1999: 157-200; ROBLES, 1998: 133-149) y que propusiera la rehabilitación de la razón práctica; que Wittgenstein mostrara que el lenguaje no tiene como función primordial transmitir pensamientos como lo consideró el positivismo (WITTGENSTEIN, 1988: 249) y que por tanto comprender el lenguaje exige entender que éste funciona a partir de juegos de lenguaje (*Ibid.*: 27 y 39) que no son racionales ni irracionales y que como la vida están allí (PEÑA, 1994: 168); que Habermas distinguiera entre discurso teórico o científico que responde a la pretensión de validez de verdad y discurso práctico o comunicativo, que responden a la de ser correcto o incorrecto (ATIENZA, 2004, 150-151) y que la humanidad experimentara el horror de Auschwitz y los posteriores juicios de Nuremberg; hicieron insostenible el paradigma positivista y exigieron replantear el lugar de la racionalidad en los problemas relativos a lo justo y lo moral (PERELMAN, 1993: 97). Los estudios sobre tópica y retórica antigua que emprenden Viehweg y Perelman, se proponen precisamente reformular el problema de la racionalidad de lo justo en el derecho y dar cuenta de la especificidad del razonamiento jurídico.

2.1.5. La tópica y la retórica como modelos del razonamiento jurídico

La caracterización que Viehweg hace de la tópica es la de una *técnica del pensamiento problemático*, cuyo propósito es resolver un tipo problemas que no tienen una salida única sino que admiten varias soluciones (VIEHWEG, 1991: 50) y que él denomina aporía, en la medida en que son problemas que versan sobre cuestiones acuciantes e ineludibles de las que no podemos apartarnos y ante las cuales no hay un camino despejado (*Ibid.*: 49). Un aporte esencial de Viehweg, en relación a la problemática que nos concierne, es la distinción que hace entre el pensamiento problemático (tópico) y el pensamiento sistemático o deductivo

(ATIENZA, 2004: 35; GARCÍA AMADO, 1987: 16). Según Viehweg, cuando el acento se pone en el problema, se hace necesario seleccionar un sistema(s) que permita obtener su solución, por el contrario, si el acento se pone en el sistema, es el sistema el que selecciona el problema(s), de suerte que lo que no caiga dentro del sistema se deja al margen y sin solución, pues se considera que es una cuestión falsamente planteada (VIEHWEG, 1991: 51 y ss.). Al no constituir la jurisprudencia una disciplina sistematizable, debe considerarse como una disciplina que se orienta a la discusión de problemas y, por tanto, tópica cuya aporía fundamental es la cuestión de lo justo aquí y ahora (VIEHWEG, 1991: 129).

Las investigaciones de Perelman, por su parte, lo llevan a redescubrir un conjunto de procedimientos y técnicas que en la antigüedad griega tenían como propósito guiar las deliberaciones y controversias, no respecto de lo verdadero, sino de lo que se consideraba verosímil (PERELMAN, 1994: 33, 1997: 11). Las consideraciones de Perelman constituyen una ruptura con el pensamiento cartesiano que había influido en los lógicos y teóricos del conocimiento moderno (PERELMAN, 1994: 30); en contra de la concepción dominante, Perelman sugiere que no es la lógica formal la que permite la solución de las controversias en el ámbito del derecho, ni éstas giran en torno a problemas lógico formales, según él, el derecho presupone controversias y argumentos dialécticos que, como en los diálogos platónicos, buscan criticar y refutar los argumentos de la contraparte mostrando que no son relevantes u oportunos o justos (PERELMAN, 1993: 13).

2.2. RAZÓN PRÁCTICA Y JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Luego de que aparecieran los trabajos de Perelman y Viehweg, surge a finales de los años setenta un conjunto de autores cuyos trabajos giran en torno al problema del razonamiento jurídico y de la justificación de la decisión judicial. De estos autores, el más conocido para nosotros es sin lugar a dudas Robert Alexy (1997), quien sostiene que la jurisprudencia y, en particular, la argumentación jurídica versa sobre cuestiones prácticas, pues ambas presuponen corrección de enunciados normativos y, por tanto, ambos son portadores de una pretensión de corrección, de allí que deba considerarse al discurso jurídico como *un caso especial del discurso práctico general* (ALEXY, 1997: 35). El aporte fundamental de Alexy, en relación con la argumentación jurídica, radica en la formulación que lleva a cabo de un sistema de reglas que permita establecer las condiciones de la racionalidad del proceso discursivo en el ámbito judicial, reglas que de ser seguidas permitirían, no encontrar la respuesta correcta, sino discutir problemas práctico-jurídicos de manera racional.

Conjuntamente con Alexy, coexiste una serie de autores que han dedicado gran parte de su obra a discutir el problema de la racionalidad: Neil MacCormick,

Alexander Peczenik, Aulis Aarnio, entre otros. Del trabajo de Aulis Aarnio resalta la idea de que las reglas jurídicas son formulaciones lingüísticas, de allí que para comprender una regla sea necesario entender el significado de ciertas expresiones lingüísticas (AARNIO, 1995: 11-19); la tesis de que la interpretación jurídica se caracteriza porque ella siempre apela a fundamentos con autoridad (norma positiva), porque que no hay una única interpretación razonable sino múltiples interpretaciones sistemáticamente posible de suerte, que no se puede hablar de una única respuesta correcta (AARNIO, 1997: 19-23 y ss.) y porque su ejercicio conlleva efectos sociales decisivos al articular el discurso al poder, de suerte que se hace necesario garantizar la predecibilidad y certeza jurídica (AARNIO, 1987: 109 y ss.); finalmente, la consideración de que la pretensión de racionalidad en la interpretación viene dada por el modelo del discurso racional (Habermas; 1987: 100).

2.3. LOS LÍMITES DE LA RAZÓN EN LA INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

Como lo señalamos en la introducción, este escrito pretende abordar la cuestión del puesto de la razón práctica en el derecho y los límites de la misma en la interpretación y argumentación jurídica. Este apartado está dedicado a tal propósito, y para ello nos apoyaremos en la propuesta de dos autores: Arthur Kauffmann y Martha Nussbaum, quienes en sus acercamientos al razonamiento jurídico intentan señalar los límites de la racionalidad humana y de la razón práctica en la justificación de las decisiones judiciales.

2.3.1. Arthur Kauffmann: una perspectiva hermenéutica

Kauffmann comparte con las teorías contemporáneas sobre el razonamiento jurídico que la aplicación del derecho no puede ser asimilada a un silogismo, ni que el juez al decidir un caso se comporte como un autómatas que subsume hechos en normas; además, parte de la consideración de que el ordenamiento jurídico presenta vacíos y que al juez le está prohibido denegar justicia, de allí que deba reconocerse la tarea creadora del juez para llenar esas lagunas (KAUFFMAN, 1999: 115).

Apoyado en el análisis de varias sentencias los argumentos que el tribunal Federal de Justicia alemana invoca para justificar la decisión en la que con ocasión de un caso en el que se condena a unas mujeres notables por bloquear una calle, se sugiere que dicho veredicto se funda en criterios objetivos y se halla libre de valoraciones (*Ibid.*: 116); para Kauffmann, sin embargo, del análisis de la fundamentación invocada puede constatarse que en realidad, al menos la mayoría de los jueces, tenían una idea preconcebida antes de llegar al proceso que habría influido en la decisión final (*Ibid.*: 118). Kauffmann no critica el resultado material de la sentencia sino el método que se usó para fundamentarla pues, al contrario de lo que se dice, lo

que es evidente es que los jueces tuvieron un prejuicio o una precomprensión en el sentido propuesto por la hermenéutica de Gadamer, lo que tampoco es reprochable, pues toda *comprensión* se inicia con una *precomprensión*, lo cuestionable es que no se evidencie y se introduzca como parte de la argumentación (*Ibid.*: 119) pues, según él, invocar en el curso de la argumentación los motivos y convicciones personales no afecta la legitimidad de las sentencias, a menos que se parta de los postulados positivistas que separan el objeto del sujeto en el proceso de conocimiento y que propugnan por un juez objetivo.

Para Kauffmann no es posible hallar un criterio de cientificidad que permita valorar como objetiva una decisión judicial (KAUFFMANN, 2007: 104-106), ello sobre todo cuando nos encontramos en presencia de argumentaciones con conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas generales en donde la discusión gira entorno de opiniones (KAUFFMANN, 1999: 121-123), cuando es imposible tener certeza respecto del número de argumentos, fijar un orden racional jerárquico o identificar un método que impida llegar a resultados diferentes y en ocasiones contradictorios.

Lo que la hermenéutica permite es integrar lo no-racional con lo racional, esclareciendo aquellos procesos que no son del todo racionales como la idea de *sentimiento del derecho*, que alguna vez propuso G. Radbruch, y que Kauffmann entiende como el arte de tener precomprensiones correctas. En el derecho, las precomprensiones introducen el elemento humano y hacen evidente las razones subyacentes en la aplicación del mismo (*Ibid.*: 127-128). Esta forma de aplicar el derecho tiene, según Kauffmann, un carácter positivo si la anticipación del resultado se ve como una hipótesis provisional o una precomprensión hermenéutica (*Ibid.*: 124-125).

2.3.2. Martha C. Nussbaum: la justicia poética

Nussbaum intenta también como Kauffmann, integrar lo racional con lo que no lo es estrictamente, que para ella son las emociones. Su trabajo se orienta a mostrar la manera como la imaginación literaria puede ser usada en el discurso público y las funciones que ésta puede desempeñar, suponiendo que ésta no se opone a la argumentación racional, sino todo lo contrario, puede aportar al mismo elementos fundamentales y contribuir a promover una cultura humanista y pluralista en oposición a la cultura cientificista (NUSSBAUM, 1997: 15-17). No se trata de sustituir la racionalidad pública y sus reglas por la imaginación literaria, ni que esta última excluya las reglas y procedimientos formalizados, sino entender que ella es un ingrediente esencial del razonamiento moral y ético que promueve el interés por el otro (*Ibid.*: 18).

La literatura, según Nussbaum, tiene un carácter subversivo, debido a que habla de la vida de una manera incompatible con la visión que propone el racionalismo de

la economía política y porque estimula y desarrolla actividades anti-económicas como imaginar, sentir o desear (*Ibid.*: 25). Habitualmente vemos en la literatura una actividad auxiliar o sin relación alguna con el ámbito político, económico o judicial, debido a la ausencia de rigor científico; una actividad que a lo sumo puede influir en nuestra vida individual y privada, pero en la narrativa también puede hallarse un sentido normativo de la vida que induce con frecuencia a los lectores a asumir actitudes y a educar sus emociones, y puede ayudar a mejorar nuestra vida pública en la medida en que sirve para guiar los razonamientos y dictámenes de políticos, legisladores y jueces (*Ibid.*: 26-28).

Las obras literarias nos permiten ponernos en lugar de personas diversas y de apropiarnos de sus experiencias, suscitando en nosotros poderosas emociones y obligándonos a veces a confrontaciones dolorosas y perturbadoras (*Ibid.*: 60-62); a diferencia de las obras históricas y de la ciencias sociales (*Ibid.*: 30) la novela muestra una forma de razonamiento ético que revela como una idea universal se desarrolla en una situación concreta imaginada es, por consiguiente, una valiosa forma de razonamiento público desde una perspectiva intracultural como intercultural (*Ibid.*: 33).

La novela no desprecia la razón ni la búsqueda científica de la verdad, nos insta más bien a llegar a ella a través de la fantasía, entendiendo esta última como una facultad creativa y veraz; la novela nos enseña que los estudios políticos y económicos son importantes cuando ofrecen una visión del ser humano con la misma riqueza con que lo hace la novela, nos ayuda a ver que cada ciudadano tiene una historia particular y compleja, y que cada uno representa una individualidad que lo hace diferente cualitativamente (*Ibid.*: 74).

Las novelas no sólo trabajan con las emociones incorporándolas a su estructura, sino que también las suscita en el lector; ésta fue la percepción que tuvo Platón en relación con la tragedia y que influyó en su aversión hacia los poetas de la república. Una defensa de la importancia de las emociones en la racionalidad pública, debe tratar de superar la concepción que ve una contradicción entre la emoción y la razón (*Ibid.*: 85-86).

Según Nussbaum, desde la perspectiva normativa se ha defendido la tesis de que las emociones son irracionales y, por tanto, inadecuadas para guiar una deliberación práctica; para ello se han invocado varias objeciones a la tesis de la racionalidad de las emociones. La primera de ellas afirma que las emociones son fuerzas ciegas e irracionales, elementos no humanos de nuestra naturaleza animal que no tienen nada que ver con nuestro juicio ni con el razonamiento, de ahí su inutilidad en el ámbito del razonamiento público (*Ibid.*: 88-89); esta tesis, sin embargo, no es compartida por las más importantes obras de los filósofos anti-emotivistas (*Ibid.*: 93), quienes, por el contrario, consideraron que las emociones se hallaban estrechamente

relacionadas con los juicios o en determinados casos se identificaban con ellos; el problema, por tanto, no es la falta de juicio sino que éstas –las emociones– se consideraban elaboraciones falsas (*Ibid.*: 89). Suponen estos autores que emociones como el miedo, la piedad, la cólera, la pena o la esperanza lo que hacen es mostrar la vida como necesitada o incompleta o como presa de la fortuna; esta segunda objeción se apoya en parte en la tesis primera, al considerar que un buen juez y sabio es un individuo estable y no alguien que cambia con sus emociones según los vientos de la fortuna y de la moda (*Ibid.*: 90).

La tercera objeción considera que, al centrarse las emociones en los objetos y personas concretas cercanas al yo, pueden jugar un papel importante en la vida privada pero no así en la deliberación pública. Esta posición supone que las emociones vinculan la imaginación moral a los particulares que se encuentran cercanos del yo, de ahí que impidan contemplar los problemas humanos de manera imparcial (*Ibid.*: 91); relacionada con la anterior se encuentra la última objeción, que sostiene que las emociones se interesan por lo singular, dejando de lado las unidades sociales más grandes como las clases, el marxismo es un buen ejemplo de ellas (*Ibid.*: 92).

Frente a la primera objeción, Nussbaum afirma que filósofos como Platón o Espinoza distinguen las emociones como la cólera o la piedad de los impulsos vitales como el hambre y la sed, debido a que las emociones están diseccionadas o dirigidas hacia un objeto y no pueden ser vistas como meros impulsos irracionales; pero además, ellas son formas de percibir y presuponen ciertas creencias que se tienen acerca del objeto (*Ibid.*: 93-94 y 96).

En relación a la segunda objeción, que concibe las emociones como reconocimiento de carencias, supone Nussbaum, se apoya en la idea de que el ser humano sólo requiere para su realización centrarse en su mundo interior y sus virtudes y que liberarse de la creencia falsa de que el individuo necesita del mundo haría más satisfactoria su vida (*Ibid.*: 97-98). Al rechazar la tesis de la autonomía, debemos desechar los argumentos que niegan la emoción y aceptar, como lo hace la gran parte de la tradición filosófica, que muchas respuestas emocionales revelan percepciones de valor correctas, ello es, creencias sobre la importancia de ciertos acontecimientos de la vida diaria, de suerte que si no se admite la emoción, tampoco existe creencia del todo ni racionalidad social (*Ibid.*: 99 y 101).

En contra de la tercera objeción, que se opone a la emoción por prejuiciosa y reivindica la imparcialidad del intelecto calculador y su capacidad de proveernos de un criterio de justicia riguroso en el ámbito público, Nussbaum afirma las debilidades de ese intelecto calculador para acercarse humanamente a los problemas vitales y tratar las situaciones particulares de manera razonable, de ahí que proponga una concepción de las emociones como parte de esa visión abarcadora (*Ibid.*: 102).

Finalmente, en contra de la cuarta objeción, afirma Nussbaum que es evidente que la literatura se interesa por el individuo en su singularidad y no por las clases, quizás por eso todos los movimientos de masas fracasan en la novela, pero contrario a lo que pueda considerarse, en esta singularidad radica el gran potencial de la novela frente a la política y la economía, en la medida en que ese tratamiento de las acciones particulares contribuye a presentarnos un mundo integral y plenamente humano (*Ibid.*: 105-107).

Ahora bien, no basta con afirmar que las emociones pueden ser racionales, pues no todas las emociones son dignas de ser tomadas en ese sentido, se requiere precisar qué emociones lo son y cuáles no; para ello Nussbaum apela a Adam Smith quien no consideraba que la racionalidad estuviera desprovista de emoción, sino por el contrario, que esta última constituía un ingrediente esencial de la misma (*Ibid.*: 107) y quien propuso la figura del *espectador juicioso*, personaje que se constituye en paradigma del uso de la racionalidad pública, tanto para el dirigente como para el ciudadano común. La figura del espectador juicioso se orienta a modelar en el individuo su condición moral para que sólo puedan tener lugar en éste pensamientos, sentimientos y fantasías que formen parte de la perspectiva racional del mundo. El espectador juicioso es aquel que a pesar de no participar personalmente en los hechos que presencia porque su seguridad y felicidad no están comprometidas, se muestra interesado como un *amigo preocupado*, de allí que pueda mostrarse imparcial y tomar distancia ante la escena que analiza a la vez que puede utilizar trozos de su historia personal, tener sentimiento o poder imaginar con certeza la situación en la que se encuentran las personas cuya situación imagina, para comprender los sucesos o interpretarlos con mayor confianza (*Ibid.*: 108).

Nussbaum considera que cultivar las emociones adecuadas puede ser útil y ventajoso para la vida ciudadana (*Ibid.*: 109); ahora bien, para que la emoción pueda ser considerada como una buena guía en la deliberación debe estar informada verdaderamente de lo que sucede, de allí que requiera de una evaluación ponderada que permita saber si los participantes han comprendido correctamente y han reaccionado razonablemente; pero además, se necesita que la emoción sea no la de un participante sino la de un espectador que descarta aquellas emociones que provienen de su interés personal y que están relacionadas con su yo (*Ibid.*: 110).

Nussbaum sugiere, apoyada en Whitman, que el poeta encarna al hombre ecuánime y equilibrado y constituye por ello el modelo perfecto de juez (poeta-juez); el poeta es aquel que aprecia justamente las demandas de la población de ahí que pueda otorgar a *cada objeto o cualidad su justa proporción* (*Ibid.*: 116, 128 y 130). El poeta se caracteriza por que propone juicios ecuánimes que tienen en cuenta de manera integral la historia particular de una vida humana; si bien no desecha las consideraciones formales, su visión dista mucho de ser o corresponderse con el pensamiento abstracto y pseudo-matemático. Esta mirada del poeta como juez que

se adecua a lo particular y concreto y que busca igualar lo diverso, emparentaría la mirada de Whitman con la imagen aristotélica del arquitecto que se curva para adecuarse a la forma de la piedra (*Ibid.*: 117-118).

No obstante lo anterior, Nussbaum no defiende en su totalidad la consideraciones de Whitman pues, a su juicio, el juez no puede ser un simple poeta u hombre ecuánime aristotélico, que no tenga en cuenta las exigencias y obligaciones institucionales; para ella por el contrario, el razonamiento técnico legal, el conocimiento de la ley y los precedentes desempeñan un papel fundamental en el buen juicio, en ese sentido, los aspectos literarios que Nussbaum considera imprescindible para su modelo de juez constituyen apenas una faceta de su pensamiento (*Ibid.*: 118 y 138).

Frente al modelo del juez literario existen otros modelos: el juez escéptico, el juez científico y el juez neutral. Contrario al juez literario que se conmueve de las particulares vidas humanas que conoce, como lo haría un lector común frente a la vida de los personajes, el escéptico cultiva una especie de distanciamiento y de indiferencia frente a la suerte de las vidas particulares que conoce. Nussbaum afirma que al leer una novela nos convertimos en jueces, siempre y cuando los personajes nos importen, de allí que podamos discutir acerca de lo que consideramos correcto o incorrecto sin que pensemos que las actuaciones de un personaje o sus juicios son un juego vano, sino todo lo contrario (*Ibid.*: 119 y 120).

El modelo del juez literario también se opone al modelo del juez que quiere entender la ley según el modelo de las ciencias naturales (juez científico). Este modelo considera que el derecho adquiere cierta dignidad intelectual si puede ser calificado de científico, pero tal visión deja a un lado el hecho de que la ley es un campo humanista además de científico, un campo que como lo había señalado Aristóteles cae en el ámbito de la ética y la política, que no es el campo de las deducciones sino de la razón práctica (*Ibid.*: 121-122).

Finalmente, contrario al juez neutral, para el juez literario los datos sociales e históricos son una fuente invaluable que debe tratar de conocer en todos sus detalles y particularidades para comprender la situación de los afectados, sin que por ello deba sucumbir a inclinaciones personales o dejarse influir por las exigencias y presiones de los grupos sociales (*Ibid.*: 123). El juez literario indaga por esas realidades permitiendo que surjan, incluso, las emociones propias de un espectador juicioso o de su sustituto, el lector de novelas, advirtiendo que las emociones de un espectador juicioso no se identifican con las de los actores ni son emociones que surjan de sus intereses personales en el caso concreto. El juez literario trasciende la simple empatía como lo hace el espectador juicioso, y evalúa las particularidades y sufrimientos de los afectados desde su punto de vista (*Ibid.*: 127).

3. CONCLUSIONES

Como hemos visto, desde sus orígenes en Roma la jurisprudencia tuvo un carácter práctico que la emparentaba con la *phrónesis* (saber práctico), con la tópica (retórica) y la dialéctica griega. Este carácter práctico también está presente en el jurista medieval hasta los inicios de la modernidad, cuando influenciados por el espíritu matemático galileano y cartesiano empieza a relacionarse la jurisprudencia con la ciencia en el sentido moderno. En el siglo XIX, influenciado por el paradigma positivista, la racionalidad jurídica oscilará entre la concepción formalista que defenderá un modelo de racionalidad analítica-deductiva (exégesis, jurisprudencia de concepto) y el modelo antiformalista, que asume el modelo de racionalidad de las ciencias sociales, culminado con un giro hacia el voluntarismo o decisionismo judicial que rechaza la concepción mecánica, deductiva y formalista del razonamiento jurídico y defiende la tesis de que la interpretación y aplicación del derecho no es un proceso lógico ni racional sino un acto de voluntad y, por ello, el papel del juez es de carácter creativo y productivo.

En los inicios del siglo XX el modelo dominante de racionalidad era el neopositivista, sin embargo, las críticas a éste (Popper, Wittgenstein, Gadamer, Habermas, entre otros), los hechos históricos y políticos (Auschwitz y Nuremberg), muestran la inviabilidad del paradigma positivista y permiten el surgimiento de una serie de teorías que modifican el estatuto de racionalidad de lo justo y lo moral, de allí que se empiecen a reconocer principios de justicia que tienen la misma fuerza normativa que las normas positivas emanadas de la autoridad política competente, lo que en la práctica equivaldría a aceptar la conexidad entre el derecho y la moral, esto es, entre el discurso jurídico y el discurso práctico moral general. Viehweg y Perelman, inicialmente y luego las modernas teorías de la argumentación, admitirán que el derecho es un discurso especial del discurso práctico general y por ello el derecho queda emparentado con la razón práctica (*phrónesis*).

Ahora bien, lo que es evidente es que, a pesar de que la racionalidad juega un papel básico en la fundamentación de las decisiones judiciales, es evidente que existe un espacio que no puede ser controlado por ella; para Kauffmann, ese ámbito corresponde a las precomprensiones y prejuicios que lejos de ser una debilidad puede ser una fortaleza en la argumentación jurídica. Para Nussbaum, ese es el ámbito propio de las emociones y la fantasía, por tanto, a pesar de reconocer el papel que cumple la racionalidad práctica, es importante reconocer la importancia de la imaginación y la fantasía y de la literatura en la educación del juez.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis. (1987) “Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica”. *Revista Doxa*, 4.
- _____. (1990). “Tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”. *Revista Doxa*, 8.
- _____. (1995). “Derecho y lenguaje”. En *Derecho, racionalidad y comunicación social*. México: Distribuciones Fontamara.
- _____. (1997). “Las reglas en serio”. En *La normatividad del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- ALEXY, Robert. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- ATIENZA, Manuel. (2000). *Introducción al derecho*. México: Editorial Distribuciones Fontamara S.A.
- _____. (2004). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- BERMAN, J. (1996). *La Formación de la tradición jurídica de occidente*. México: Fondo de Cultura Económica.
- GARCÍA AMADO, J. A. (1987). “Tópica, derecho y método jurídico”. *Revista Doxa*, 4.
- GRONDIN, Jean. (1999). *Introducción a la hermenéutica filosófica. La Hermenéutica Universal de Gadamer*. Barcelona: Editorial Herder.
- HABERMAS, Jürgen. (1997). *Teoría y praxis*. Madrid: Tecnos.
- HEISEMBERG, W. (1979). *Encuentros y conversaciones con Einstein y otros ensayos*. Madrid: Alianza editorial.
- HORKHEIMER, M. (1974). *Teoría crítica*. Buenos Aires: Amorrortu editores.
- HUSSERL, Edmundo. (1991). *La crisis de las ciencias y la fenomenología Transcendental*. Barcelona: Crítica.
- IGLESIAS, J. (1983). *Derecho Romano*. Barcelona: Ariel.
- JAEGER, Werner. (1933/1994). *Paideia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- KAUFFMANN, Arthur. (1999). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- _____. (2007). *Hermenéutica y Derecho*. Granada: Editorial Comares.
- KELSEN, Hans. (1953/1970). *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- KOYRE, Alexandre (1978). *Estudios de Historia del pensamiento científico* México: Siglo XXI.
- LARENZ, Karl. (1994). *Metodología de la ciencia del Derecho*. (Trad. de M. Rodríguez Molinero). Ariel Derecho, Barcelona,
- LEGAZ y LACAMBRA, L. (1979). *Filosofía del derecho*. Barcelona: Editorial Bosch.
- LÓPEZ MEDINA, Diego E. (2004). *Teoría impura del derecho. La Transformación*

de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis.

MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús (1994). *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*. Barcelona: Ariel Derecho.

NUSSBAUM, Martha. (1997). *Justicia Poética La imaginación literaria y la vida pública*. Traducción Carlos Gardini. Barcelona: Editorial Andrés Bello.

PEÑA, Jairo I. (1994). *Wittgenstein y la crítica a la racionalidad*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

PERELMAN, Chaim. (1993). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: editorial Civitas.

_____. (1997). *El imperio retórico. Retórica y argumentación*. Bogotá: Editorial Norma.

PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS-TYTECA, L. (1994). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Biblioteca Románica Hispánica, editorial Gredos.

POPPER, Karl R. (1996). *La Lógica de la investigación científica*. México: Fondo de Cultura Económica.

_____. (1997). "El problema de la Inducción". En MILLER, David. *Escritos Selectos*. México: Fondo de Cultura Económica.

RECASENS SICHES, Luis. (1980). *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Editorial Porrúa.

RIDDALL, J. G. (2000). *Teoría del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa.

ROBLES MORCHON, G. (1998). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Editorial Debate.

VIEHWEG, T. (1991). *Tópica y jurisprudencia*. Barcelona: Editorial Gedisa.

WITTGENSTEIN, L. (1988). *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: Editorial Crítica.