

DE LA CIENTIFICIDAD A LA RACIONALIDAD DEL DISCURSO DOGMÁTICO JURÍDICO (EL PUESTO DE LA RAZÓN PRÁCTICA EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA) *

por Yezid Carrillo de la Rosa **

RESUMEN

El propósito de este trabajo es el de discutir el problema de la científicidad y de la racionalidad del discurso dogmático jurídico y más específicamente al puesto de la razón práctica en el proceso de adjudicación del derecho.

ABSTRACT

The intention of this work is the one more specifically to discuss the problem of the científicidad and the rationality of the legal dogmatic speech and to the position of the practical reason in the process of awarding of the right.

PALABRAS CLAVE

Razonamiento práctico, Neopositivismo, juego del lenguaje, mundo de la vida, pensamiento tópico y retórico

KEY WORDS

Practical reasoning, Neopositivism, game of the language, world of the life, topical and rhetorical thought

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se inscribe dentro de un núcleo teórico de investigación mucho más amplio que hemos denominado: *interpretación, argumentación y discurso jurídico*. El mismo se propone realizar un acercamiento al problema de la científicidad y de la racionalidad del discurso dogmático jurídico¹ y más específicamente al puesto de la razón práctica en el proceso de interpretación y aplicación del derecho. En la primera parte nos preguntamos por la problemática en torno a la científicidad del discurso dogmático jurídico. Los temas desarrollados quieren mostrar que plantearse el problema de la científicidad de la jurisprudencia, bajo las categorías epistemológicas tradicionales es caer en las trampas del positivismo jurídico, de suerte que si se quiere superar la encrucijada actual de la teoría del derecho debemos interrogarnos no tanto por la científicidad como por la racionalidad del discurso jurídico y más específicamente por el puesto de la razón práctica en éste. La segunda parte del trabajo, se orienta a mostrar el lugar de la razón práctica en la jurisprudencia o dogmática jurídica desde sus orígenes

* El presente trabajo fue presentado como ponencia en el III Congreso Unilibrista de Filosofía del derecho, teoría jurídica y filosofía política. Fecha de recepción: 18 de mayo de 2008. Fecha de aceptación/publicación: 20 de julio de 2008.

** Profesor de Filosofía del derecho y de Teoría de la Argumentación Jurídica de la *Facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad de Cartagena*. Director del grupo de Filosofía del derecho y derecho internacional de la Universidad de Cartagena y de filosofía y teoría del derecho de Cartagena (Cartagena de Indias, Colombia). yezidcarrillo@hotmail.com

¹ Para efectos de la presente investigación, este término puede entenderse como sinónimo de ciencia jurídica, ciencia del derecho o jurisprudencia.

hasta la actualidad, momento en el que irrumpen las modernas teorías de la argumentación.

1. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION Y ESTADO DEL ARTE DEL PROBLEMA

Gran parte de los problemas que se tienen para comprender la naturaleza del discurso dogmático jurídico² tienen su origen en la confusión que se produce al usar el término *ciencia jurídica* para referirse a la labor que habitualmente realizan jueces y juristas cuando desarrollan la labor de interpretación y aplicación del derecho, y ello porque habitualmente el término *ciencia* remite a procedimientos guiados por la fría inteligencia y desligado de elementos emocionales o afectivos que ordinariamente se identifican con lo subjetivo.

Calificar la tarea del jurista como científica no deja de ser problemático pues su labor difiere sustancialmente de aquellas actividades que normalmente han ostentado tal calificativo, y ello debido a que mientras el científico explica o describe fenómenos o descubre una cualidad o una ley escondida en la naturaleza de las cosas, el jurista interpreta y prescribe, atribuye un sentido o significado a un término, un concepto o regla.

1.1. El problema de la cientificidad del discurso dogmático jurídico

Los primeros intentos de construir un discurso jurídico a imagen y semejanza de la ciencia moderna se dio en el siglo XVI con la teoría del derecho natural racionalista que pensó hacer de la filosofía del derecho una ciencia natural del derecho y que, influenciada por el concepto racionalista de ciencia, intentó conocer el derecho justo o correcto asumiendo el modelo de conocimiento de las nascentes ciencias. No obstante, el iusnaturalismo racionalista nunca se interrogó por la cientificidad de la labor del jurista; todo lo contrario, dio por cierto que existía una ciencia natural del derecho y que era posible conocer el derecho natural y metafísico tal y como se conocían los objetos de la realidad.

Ahora bien, el problema de si es posible o no hacer de la tarea del juez o del jurista una ciencia como la matemática o la lógica, o que pueda funcionar con los mismos niveles de certeza de las ciencias naturales, es propia de la mentalidad positivista que se gesta en el siglo XIX. Así, bajo la influencia del positivismo jurídico formalista: la

² Para efectos de la presente investigación este término puede entenderse como sinónimo de ciencia jurídica, ciencia del derecho o jurisprudencia.

exégesis y el conceptualismo alemán construyen muy buenos ejemplos de ello.

También la teoría general del derecho que surgió a mitad del siglo XIX y de la cual la teoría pura del derecho kelseniana es una fiel expresión, quiso, apoyado en la lógica tradicional, construir una ciencia jurídica formal en sustitución de la llamada dogmática jurídica. Hoy en día se admite que la teoría general del derecho no da cuenta de la naturaleza de la actividad del jurista teórico o práctico, quedando reducida a una forma de análisis filosófico.³

Como reacción a la tendencia formalista surge al interior de la corriente positivista una postura que quiso equiparar su labor a la sociología, cuyo modelo epistemológico lo constituían las ciencias sociales o culturales. Ello, sin embargo, no deja de traer serios inconvenientes. El primero tiene que ver con que la igualación no da cuenta de la naturaleza misma de la actividad concreta del jurista; por tanto, identificar la actividad del jurista a la del investigador social es, de alguna manera, desnaturalizar la actividad o dar cuenta de una actividad que no es la del jurista propiamente dicha sino a lo sumo la del sociólogo del derecho.

1. 2. El ideal cientificista del positivismo

Podríamos preguntarnos sin embargo por qué es importante que la actividad del jurista sea científica. Y la respuesta se encuentra en la modernidad, época en la cual la ciencia emerge como el modelo de conocimiento cierto y válido. Recordemos que desde sus orígenes la filosofía y la ciencia eran una sola, nadie cuestionaba si la filosofía era ciencia, ella era la ciencia primera. Es con posterioridad a la revolución copernicana que se opera una escisión entre las dos.

La idea de ciencia moderna surge atada a la concepción de que ella, a diferencia de los otros saberes, produce un conocimiento objetivo y necesario y de que sus juicios tienen un carácter concluyente y convincente y por ello gozan de legitimidad. Esto hace que deban aceptarse independientemente de lo que deseemos o queramos. Así las cosas, presentar una afirmación cualquiera

³ García Amado, Juan A. *Escritos sobre filosofía del derecho La filosofía del derecho y sus temas*. Ediciones Rosaristas, Santa Fe de Bogotá, primera reimpression, 1999. pp. 62. La teoría general del derecho es una posición epistemológica que, originada en el siglo XIX, tenía como finalidad la de construir una teoría general que agrupara todas las disciplinas y conceptos jurídicos. Hija del positivismo de su época, niega la existencia de un derecho natural, por lo que va a orientar sus preocupaciones cognitivas no a los problemas de la justicia sino a la definición del derecho y a la obtención de una serie de conceptos sobre él. (Véase. Rodríguez-Arias, Lino. *Filosofía y filosofía del derecho*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1985, pp. 113.)

calificada de científica conlleva consigo una carga de autoridad incuestionable, en la medida que lo que se decía no surgía del arbitrio individual o de ciertas preferencias subjetivas sino como algo objetivo y racional.

Si nos preguntamos acerca de qué era lo que hacía que todos los estudios y formas de análisis quisieran parecerse a la gran ciencia, encontramos que la lucha por el calificativo de científico en el siglo XIX se explica por la búsqueda de legitimidad para los nuevos saberes: la sociológica, la psicología y en general, todas las ciencias sociales necesitaban de ese calificativo para justificar ciertas posiciones que de no serlo se entenderían como meras opiniones subjetivas. Al igual que las nacientes disciplinas sobre el hombre, la dogmática jurídica y la jurisprudencia intentaron hallar la legitimidad⁴ de sus saberes equiparándose a una de los modelos de ciencia admitido.

El positivismo en general redujo lo racional a lo científico, esto es, redujo la racionalidad humana a racionalidad matemática; de manera que discutir los problemas relativos a valores era, según esta corriente, adentrarse en el terreno de lo subjetivo y, por consiguiente, de lo irracional. Objetividad y racionalidad son para el positivismo una misma cosa indisoluble, de allí que hablar de una implique hablar de la otra.

1.3. La superación del positivismo: de la racionalidad analítica a la racionalidad práctica

Nuestro trabajo está orientado a mostrar que al plantearnos el problema del discurso dogmático jurídico en términos de científicidad caemos en la trampa propuesta por el positivismo, que no es otra que la de dar por sentado que la ciencia es el único, o por lo menos, el mejor modelo discursivo o argumentativo por su rigurosidad y objetividad, y que, si por el contrario, admitimos -como ya es común- que la ciencia, por lo menos en su versión más fuerte, no es el saber más importante ni el más legítimo, y ni siquiera un saber objetivo y que al lado de ella se encuentran otros saberes fundamentales para el funcionamiento de la sociedad que pueden gozar de igual legitimidad, nuestra percepción de la problemática se modifica. Entre esos conocimientos se encuentra el saber práctico que los griegos llamamos *phrónesis*.

La teoría epistemológica del siglo XX y la actual teoría social está encaminada a mostrar que el concepto de racionalidad rebasa los límites de la racionalidad analítica instrumental que defendió el

⁴ Esa legitimidad, fue la que permitió que a muchos los encerraran como lo ha mostrado Foucault en la *Historia de la Locura* y en *Vigilar y castigar*.

positivismo y que en ella debemos incluir el modelo de racionalidad práctica, que no tiene como objeto realizar demostraciones ni establecer conclusiones apodícticas, sino guiar las deliberaciones en las controversias, facilitar la elaboración y formulación de argumentos no necesarios que tienen carácter persuasivo, no demostrativo, y la toma de decisiones. Desde esta perspectiva lo importante no es interrogarse sobre si la actividad del jurista es científica o no, sino saber si puede o no ser controlada por la razón, esto es, si puede ser considerada racional, a pesar de que no funcione de la misma manera como lo hace la ciencia normal.

1.4. La pregunta por la racionalidad de la dogmática jurídica.

Durante gran parte de la historia del pensamiento jurídico de occidente nadie cuestionó la racionalidad del discurso jurídico, al que se veía como proyección de los diversos sistemas filosóficos. Así lo vieron los romanos y así se concibió en el mundo medieval por los glosadores y si bien en los inicios del positivismo se planteó el problema de la racionalidad éste surge atado al problema de la cientificidad, si se resuelve la cuestión de la cientificidad se resuelve el problema de la racionalidad.

En el siglo XX, luego de cuestionados los supuestos del positivismo que los teóricos del derecho se cuestionaron con acuciosidad por la posibilidad de determinar si en el proceso de interpretación del derecho el resultado final puede ser sometido a algún esquema de control por parte de la razón que nos permita valorar esa decisión como racional o, por el contrario, al proponerse una forma de interpretar el derecho o elegir una premisa o decide en favor de una de las partes o de ninguna lo hace guiado por la intuición, el deseo o los simples intereses personales.

La respuesta que se ha dado sobre todo desde la moderna teoría de la argumentación jurídica es que no sólo puede sino que debe ser vista como una actividad racional (Perelman, Viehweg, Alexy, Peczenik, Aarnio, MacCormick, Atienza). De suerte que la pregunta no es tanto en qué medida la dogmática jurídica es ciencia, sino cuál es el puesto de la razón práctica en la dogmática jurídica; cuáles son los problemas que se derivan de la aceptación de este modelo de racionalidad; y, finalmente, cuáles son sus límites. Por razones de espacio solo intentaremos desarrollar la primera de estas preguntas.

2. EL PUESTO DE LA RAZÓN PRÁCTICA EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA

El puesto de la razón práctica en la dogmática jurídica se deriva directamente de la naturaleza práctica de ésta. Nuestra indagación

nos reveló cómo desde sus orígenes y durante gran parte de la historia del derecho occidental la actividad de los juristas se orientó a resolver problemas prácticos.

2. 1. Carácter práctico de la jurisprudencia romana

El término *iurisprudentia* o jurisprudencia se forma de la conjunción de dos vocablos: *iuris* y *prudencia*, siendo esta última la expresión con que los romanos tradujeron la noción de *phrónesis*: una especie de arte que se ejerce sobre un conjunto de reglas y criterios con el propósito de resolver problemas sociales y humanos y que, según Aristóteles, constituye un instrumento de la filosofía práctica, una especie de sabia comprensión de la situación que tiene como objeto lo justo⁵.

La *phrónesis*, en el sentido griego, se diferencia de la *episteme*, pues mientras esta última indica la existencia de un saber crítico y sistemático que opera en el ámbito de la lógica o la física y en aquellas disciplinas que tienen como objeto la producción de conocimiento, la primera se orientaba a guiar las deliberaciones que surgían con relación a los problemas fundamentales de la vida cotidiana y pública griega y que caían en la esfera de la política y la moral y los asuntos de la ley. La *phrónesis* estaba emparentada con la tópica aristotélica y la dialéctica⁶ platónica. El pensamiento estoico transportó la dialéctica griega a Roma (siglo II y I a. c.) siendo adoptada por la clase republicana y los juristas, que la aplicaron al derecho.

2.2. El modelo de razonamiento de los glosadores y los posglosadores

Los juristas medievales consideraron que el derecho romano era aplicable en todo tiempo y lugar y se hallaba dotado de una autoridad incuestionable: era la verdadera ley, ley ideal y encarnación de la razón⁷, de allí el carácter dogmático que le imprimieron a su actividad⁸. El modelo de estudio del derecho

⁵Habermas, Jürgen. *Teoría y praxis*. Tecnos, Madrid, tercera edición, 1997, pp. 50

⁶ Las técnicas dialécticas básicas de Platón eran: la *refutación de las tesis de los adversarios* que se lograba a través de el procedimiento de preguntas y respuestas mediante el cual se hacía caer en contradicción al oponente haciendo inaceptable sus tesis; la *derivación de proposiciones ciertas* en relación a un caso particular a partir de una generalización, también por medio del procedimiento de preguntas y respuestas; y la *definición de conceptos por la técnica de la distinción* del género en sus especies y de estas en sus subespecies y la síntesis. (Cfr. Berman J., Harold. Op. Cit. p. 143)

⁷ Berman J., Harold. *La Formación de la tradición jurídica de occidente*, F.C.E., México. 1996, p. 132

⁸ Cfr. Martínez, Roldan y Fernández Suárez, Jesús. *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*. Ariel, Barcelona, 1994, p. 249

medieval lo constituyó la escuela de Bolonia, que da origen al movimiento de los glosadores y cuya actividad se materializó en glosas.

En la base del programa de Bolonia estaba el método dialéctico escolástico de análisis y síntesis que supone la absoluta autoridad de ciertos libros que se consideraban contenían un cuerpo de doctrinas y, frente al cual, la tarea básica del interprete era la de colmar las posibles lagunas y zanjar las contradicciones. Este interés por reconciliar las contradicciones dio al jurista medieval mucha más libertad y flexibilidad que la de sus antecesores romanos. El jurista medieval se interesaba no sólo por el trato congruente y ordenado de los casos particulares, sino también por encontrar argumentos o justificaciones razonadas coherentes con la síntesis teórica⁹.

La Escuela de los Comentadores o Posglosadores se dio a la tarea de elaborar una metodología para aplicar el derecho válido no sólo para cualquier derecho y no solo para las fuentes romanas. A diferencia de los glosadores, los posglosadores tuvieron una actitud más crítica y gozaron de mucha más libertad en relación con el derecho romano¹⁰ y concibieron su labor, esencialmente, como una técnica para solucionar casos prácticos, como una técnica de solución de problemas¹¹.

En los comienzos de la modernidad, influenciada por el nuevo espíritu matemático y cientificista, la actividad del jurista cada vez más se va pretender asimilar a la actividad del moderno científico. Como ejemplo de ello podemos citar a Gustavo Hugo en Alemania, quien defendía la idea de que el jurista romano, por la perfección técnica y conceptual de la jurisprudencia y por su deducir riguroso, se le colocara al mismo nivel de los matemáticos modernos¹².

2.3. La racionalidad jurídica en el siglo XIX y la crisis de la racionalidad analítica instrumental

La racionalidad jurídica en el siglo XIX oscilará, influenciada por el paradigma positivista que reduce la racionalidad a la cientificidad y el positivismo jurídico, entre un modelo formalista ingenuo -que le

⁹ Berman J., Harold. Op. Cit. P. 142

¹⁰ Cfr. Atienza, Manuel. *Introducción al derecho*, Fontamara, México, segunda edición, 2000, p. 169.

¹¹ Cfr. Viehweg, Teodoro. *Tópica y jurisprudencia*. Gedisa, Barcelona, 1991, pp. 87-88. 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, T. Op. Cit. P. 92)

¹² Legaz y Lacambra, Luis. *Filosofía del derecho*. Bosch, Barcelona, 5ª edición, 1979, p. 9.

apostará a una racionalidad analítica-deductiva (Exégesis, jurisprudencia de concepto)- y el modelo antiformalista que defenderá -influida por las nacientes ciencias sociales- una mezcla de racionalidad analítica-inductiva y racionalidad práctica o valorativa, con cierta primacía de la primera sobre la segunda, y culminará con un giro hacia el irracionalismo (escuela libre del derecho, realismo jurídico norteamericano, Kelsen).

En los inicios del siglo XX entra en crisis el modelo dominante de racionalidad neopositivista. Popper sugiere que todo nuestro conocimiento, incluyendo el científico, es meramente conjetural, hipotético y falible. Para él una teoría es científica si existen posibles observaciones que permitan, no verificarla -como pensaba el positivismo hasta entonces- sino falsarla, esto es, refutarla¹³. También las teorías de la física, que surgieron en los inicios del siglo XX, ponen en crisis los supuestos del neopositivismo al mostrar que, por una parte, ni siquiera en la física -que hasta entonces constituía el paradigma de ciencia- es posible obtener un conocimiento seguro y objetivo, y que contrario a lo que suponía la teoría dominante, todo nuestro saber está regido por relaciones de incertidumbre e indeterminación¹⁴.

El neopositivismo se apoyaba en la idea de que sólo las proposiciones empíricas y verificables podrían ser consideradas enunciados significativos. En la práctica, el neopositivismo consideraba que el lenguaje tenía una sola función, la de transmitir pensamientos o conocimiento. Wittgenstein¹⁵ desmontara esta tesis al mostrar que el lenguaje es siempre un juego y la verdad, la objetividad, sólo es posible al interior de este juego del lenguaje¹⁶. En consecuencia, la racionalidad está supeditada a los diversos juegos del lenguaje en los que participaría, y dado que no hay un solo juego sino múltiples y variados juegos del lenguaje, es menester concluir que tampoco hay una única forma de racionalidad sino diversas expresiones de la misma¹⁷.

¹³ Cfr. Popper, Karl. *La Lógica de la investigación científica*. Fondo de Cultura Económica. México, primera reimpresión. 1996, pp. 39-40.

¹⁴ Werner Heisenberg, *Encuentros y conversaciones con Einstein y otros ensayos*, Alianza, Madrid, 1979, pp. 123 y ss.

¹⁵ Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Editorial Crítica, Barcelona, 1988, pp. 249 y ss

¹⁶ "...hay *innumerables* géneros: innumerables géneros diferentes de empleo de todo lo que llamamos 'signos', 'palabras', 'oraciones'. Y esta multiplicidad no es algo fijo, dado de una vez por todas; sino que nuevos tipos de lenguaje, nuevos juegos de lenguaje, nacen y otros se envejecen y se olvidan..." (Cfr. Wittgenstein, Op. cit., p. 39)

¹⁷ Peña Ayazo, Jairo Iván. *Wittgenstein y la crítica a la racionalidad*. Universidad nacional de Colombia, Ecoe ediciones, 1994, pp. 190 y ss.

En el ámbito alemán habría que rescatar los aportes de la hermenéutica de Gadamer y de la teoría de la acción comunicativa de Habermas en el intento de superar los estrechos límites impuestos por el positivismo a la racionalidad. La importancia de la primera radica en que considera la comprensión o la interpretación como un acto mediado por el lenguaje¹⁸, pues la interpretación tiene siempre lugar en el marco de un dialogo y el dialogo nos remite al lenguaje, pero el lenguaje, a su vez, sólo es comprensible en el marco de la tradición. Por su parte, los estudios de Habermas conducen a replantear el concepto de razón y de verdad propuesto hasta el momento por lo que él considera las teorías metafísicas y las teorías positivistas de la verdad. En oposición a estos modelos, Habermas presenta la teoría consensual de la verdad, según la cual la verdad se apoya en razones o enunciados y es intersubjetiva en la medida en que surge en el marco del dialogo, la crítica y el consenso racional¹⁹.

El modelo consensual de la verdad presupone una situación ideal de habla caracterizada por que todos los participantes gozan de igualdad de oportunidad para argumentar y porque se rige en todas sus instancias por un modelo de racionalidad distinto del modelo positivista: la razón comunicativa o argumentativa.

Ahora bien, a diferencia del discurso teórico cuya pretensión de validez es la de ser verdadero, la del discurso práctico es la de ser correcto o incorrecto. Para explicar esta diferenciación Habermas diferencia entre actos de habla constatativos y actos de habla regulativos. En los primeros, la pretensión de validez que está en juego es la de verdad, mientras que en los segundos -propios del mundo normativo como el jurídico y el moral- el hablante se rige por una pretensión de corrección²⁰.

¹⁸ Grondin, Jean. *Introducción a la hermenéutica filosófica. La Hermenéutica Universal de Gadamer*, Editorial Herder, Barcelona 1999, p. 170.

¹⁹ Habermas entiende la teoría de la acción comunicativa desde dos perspectivas: a) Desde la pragmática formal, intentando hacer explícito los presupuestos pragmático-formales que permiten el entendimiento lingüístico como mecanismo coordinador de acciones cuando quienes participan de la comunicación, pretenden llegar a un acuerdo para definir y ejecutar sobre la base de ese acuerdo, sus planes individuales de acciones. b) Desde la teoría de la sociedad se interesa por el problema de la racionalidad en tres planos: metateórico, metodológico y teórico empírico. Aunque entre estos dos aspectos de la teoría existen relaciones sistemáticas -en la medida en que lo que Habermas pretende es desarrollar una teoría de la sociedad que haga uso de la acción comunicativa tal y como él la precisa desde la pragmática formal-, nos referiremos primordialmente a la teoría de la acción comunicativa como teoría de la sociedad con relación a su propuesta metodológica. Puede consultarse además su texto *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1995.

²⁰ Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004, pp 150-151.

2.4. El razonamiento judicial después de Auschwitz y Nuremberg: el giro hacia la tópica y la retórica.

No fueron sólo las críticas surgidas en el ámbito teórico, también las circunstancias políticas y sociales luego de la segunda guerra mundial y las atrocidades de Auschwitz contribuyen a modificar las ideas que se tenían sobre lo justo, que bajo el imperio de la teoría positivista habían sido relegados al ámbito de lo irracional. Los juicios de Nuremberg pondrán en evidencia la existencia de principios de justicia comunes a todos los pueblos, que gozan de la misma fuerza vinculante que las normas emanadas de la autoridad política competente²¹. Ello en la práctica conduce a aceptar la conexidad entre el derecho y la moral, esto es, entre el discurso jurídico y el discurso práctico moral general²².

Como consecuencia de la nueva situación surgen en el ámbito de la filosofía del derecho un inusitado interés por el problema del razonamiento jurídico y de la decisión judicial²³ y la importancia que desde entonces se le da a los tópicos, máximas y principios generales del derecho en el razonamiento jurídico continental. Es en este escenario de posguerra en el que surge los estudios sobre tópica de Theodor Viehweg y de Perelman sobre la nueva retórica que intentarán proponer un modelo de racionalidad que de cuenta de la forma como se desarrolla los debates al interior de la jurisprudencia y de la especificidad del razonamiento jurídico.

2.5. La teoría del discurso racional

Luego de que aparecieran los trabajos de Perelman y Viehweg (mitad del siglo XX) reivindicando el carácter dialéctico, retórico o tópico del razonamiento jurídico, el problema de la racionalidad y de la argumentación en el derecho se convirtió en uno de los temas centrales en la reflexión filosófica jurídica. Con posterioridad a este hecho, emergen a finales de los años setenta un conjunto de autores cuyos trabajos giran en torno al problema del razonamiento jurídico y

²¹ Un positivista como Radbruch afirmará que una ley injusta no es derecho. Para algunos el reconocimiento de un derecho no positivo se ha catalogado como un renacimiento del derecho natural. Cfr. Kaufman, Arthur. Op. Cit. P. 78. Véase también, Betegón, Jerónimo y otros. *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 64. Perelman considera que no se trata de un retorno al derecho natural sino a la concepción de Aristóteles que considera que al lado de las leyes especiales existía un derecho de carácter general, que estaba integrado por todos los principios no escritos pero que están reconocidos en todas partes. Perelman. Op. Cit. P. 104.

²² Cfr. Nino, Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Ariel, 1999. 9º edición, Barcelona, pp. 19 y ss.

²³ Entre esas teorías se resalta la del profesor J. Esser, quien sostiene que la interpretación y aplicación del derecho no tiene la intención de comprender los textos como de hallar una solución justa conforme al problema.

de la justificación de la decisión judicial. De estos autores el más conocido para nosotros es sin lugar a dudas Robert Alexy cuya *teoría del discurso racional* se ha convertido en la teoría estándar de la argumentación jurídica.

La teoría del discurso racional permite fundamentar racionalmente enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos. No supone que haciendo uso de ella se puede determinar exacta, objetiva y definitivamente una valoración o una decisión sino que al menos son posibles los argumentos racionales acerca de los derechos²⁴.

Según Alexy, la jurisprudencia y en particular la argumentación jurídica versa sobre cuestiones prácticas, por ello debe considerarse un caso especial del discurso práctico general. El discurso jurídico tiene en común con el discurso práctico general que en ambos trata sobre la corrección de enunciados normativos y, por tanto, ambos son portadores de una pretensión de corrección²⁵.

El modelo del discurso racional recibe su mayor influencia de la teoría de Habermas quien, como ya lo vimos, considera que las cuestiones prácticas pueden discutirse racionalmente. Con fundamento en ella, Alexy formula un sistema de reglas que permita establecer las condiciones de la racionalidad del proceso discursivo en el ámbito judicial, que de ser seguidas permitirían discutir problemas prácticos-jurídicos en el marco de una teoría de la argumentación racional.

CONCLUSIONES

Nuestra investigación ha mostrado cómo plantearse el problema de dogmática jurídica en términos de cientificidad es caer en las trampas del positivismo filosófico y del positivismo jurídico que reduce la racionalidad humana a racionalidad analítico-instrumental, según la imagen de la ciencia. Por ello, defendemos la hipótesis de que la pregunta de la teoría y de la filosofía del derecho no es por la cientificidad, sino por la racionalidad y más concretamente por el modelo de racionalidad en el proceso de interpretación y aplicación del derecho, actividades que constituyen el núcleo central de la dogmática jurídica o jurisprudencia.

Al hacernos esta pregunta, hemos descubierto que desde sus orígenes, la actividad del jurista estuvo emparentada con un modelo

²⁴ Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de estudios constitucionales, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 1997, p. 39.

²⁵ Alexy, Robert. Op. Cit. P. 35

de racionalidad distinto del profesado por la ciencia: la racionalidad dialéctica. Esto puede constatarse, al indagar por la naturaleza y práctica del derecho en la roma antigua, y en el medievo, con los glosadores y posglosadores. La racionalidad dialéctica relaciona al derecho con la tópica y la retórica antigua, que constituía una disciplina orientada a discutir los problemas, que no tenían como puntote partida las primeras verdades fundadas en la evidencia, sino lo verosímil; aquellos problemas que caen en el terreno de lo meramente opinable, según la tipificación propuesta por Aristóteles.

Esta distinción entre el razonamiento analítico o teórico y el dialéctico o práctico es el punto de partida de la tópica jurídica propuesta por Viehweg y la nueva retórica de Perelman, teorías éstas que defienden la naturaleza tópica y retórica del razonamiento jurídico en oposición a la propuesta del positivismo jurídico, y de la teoría del discurso racional de Alexy que plantea el razonamiento jurídico como un caso especial del razonamiento práctico general (moral).

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de estudios constitucionales, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 1997

Atienza, Manuel. *Introducción al derecho*, editorial Distribuciones Fontamara. S. A, Coayacan , México, segunda edición , 2000.

Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004

Berman J., Harold. *La Formación de la tradición jurídica de occidente*, F. C. E., México. 1996.

Betegón, Jerónimo y otros. *Lecciones de Teoría del Derecho*. Ediciones McGraw-Hill, Madrid, 1997.

García Amado, Juan A. *Escritos sobre filosofía del derecho*, Ediciones Rosaristas, Santa Fe de Bogotá, D. C. Primera reimpresión. 1999

García Amado, J. A. *Tópica, derecho y método jurídico*, Revista Doxa N° 4, en 1987.

Grondin, Jean. *Introducción a la hermenéutica filosófica. La Hermenéutica Universal de Gadamer*, Editorial. Herder, Barcelona 1999.

Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. 2º Tomo, editorial Taurus, Madrid, 1995

Habermas, Jürgen. *Teoría y praxis*. Tecnos, Madrid, tercera edición, 1997

Heisemberg, Werner, *Encuentros y conversaciones con Einstein y otros ensayos*, Alianza, Madrid, 1979

Kaufmann, Arthur y otros. *Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho, y Filosofía del derecho, teoría del derecho, dogmática jurídica en el Pensamiento jurídico contemporáneo*. Editorial Debate, Barcelona, 1994.

Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá. 1999.

Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. UNAM, México. 1982.

López Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho. La Transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Segunda reimpresión, Bogotá 2004.

Martínez Roldan, Luis y Fernández Suárez, Jesús. *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994.

Muller, David. *Popper Escritos Selectos*, Fondo de Cultura Económica. México, 1997..

Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, 9ª edición, 1999.

Peña Ayazo, Jairo Iván. *Wittgenstein y la crítica a la racionalidad*. Universidad nacional de Colombia, Ecoe ediciones 1994.

Perelman, Chaim y L. Olbrechts-Tyteca. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Biblioteca Románica Hispánica, editorial Gredos, traducción española Julia Sevilla Muños, 1ª reimpresión, Madrid 1994.

Perelman, Chaim. *El imperio retórico. Retórica y argumentación*, editorial Norma, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.

Perelman, Chain. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Editorial Civitas, Madrid, 1993.

Popper, Karl. *La Lógica de la investigación científica*. Fondo de Cultura Económica, México, primera reimpresión, 1996.

Recasens Siches, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. editorial Porrúa, México, 1980.

Vattimo, Gianni y otros, *Racionalidad y Hermenéutica*, editorial norma, Bogota D. C. 1994.

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

Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Editorial Crítica, Barcelona, 1988.