

LUGAR Y LÍMITES DE LA RAZÓN EN EL DERECHO

Yezid Carrillo De La Rosa⁷⁸

RESUMEN

Este trabajo constituye el artículo científico del proyecto de investigación “teorías, forma y límites de la racionalidad en la interpretación y argumentación judicial”, cuyo informe final fue publicado por la editorial doctrina y ley (2009) bajo el título “Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico”. El mismo defiende la tesis de que en el proceso de interpretación y argumentación jurídica, si bien la razón juega un papel necesario, no es suficiente para determinar en su integridad todo el proceso y que hay un espacio que no puede ser controlado por la razón, es allí donde hallamos de la racionalidad en la fundamentación de las decisiones judiciales.

ABSTRACT

This work constitutes the report of investigation finished of the project “theories, it forms and you limit of the rationality in the interpretation and judicial argumentation and that was published by the publishing doctrine and law (2009) under the title “Theories of the argumentation and the legal reasoning”. The same defends the thesis that in the interpretation process and legal argumentation, although the reason plays a necessary role, it is not sufficient to determine in his integrity all the process and that is a space that cannot be controlled for the reason, is there where we found of the rationality in the founding of the judicial decisions.

⁷⁸ Profesor de Filosofía del derecho y de Teoría de la Argumentación Jurídica, en la Facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad de Cartagena. Doctorando en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Abogado de la U. Nacional de Colombia y Licenciado en Filosofía y Letras de la U. Santo Tomas, yezidcarrillo@hotmail.com.

PALABRAS CLAVES

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

KEYWORDS

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

Fecha de Recepción: Febrero 8/2010

Fecha de Aceptación: Marzo 10/2010

1. INTRODUCCIÓN

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 cuales 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. Esta investigación involucra tres perspectivas metodológicas: una empírica-histórica, mediante la cual se pretende describir y explicar el desarrollo histórico del razonamiento jurídico; una perspectiva analítica, que intenta dar cuenta de la estructura lógica de los argumentos jurídico y de sus límites; y una perspectiva normativa o justificativa a partir de cual se formulan algunas críticas a la teoría actual del razonamiento jurídico.

2. DESARROLLO

2.1. El modelo de adjudicación del derecho en Roma y el Medioevo

El término jurisprudencia surge de la confluencia de las expresiones *ius* y *prudentia* (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 (Jaeger, 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 (Berman, 1996: 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* (Berman, 1996: 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,⁷⁹ el jurista medieval consideró su actividad como una actividad práctica y ligada a procedimientos de carácter dialéctico.

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 sus predecesores 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.⁸⁰

2.2. Racionalidad y adjudicación del derecho en la modernidad

En los comienzos de la modernidad, mientras el humanismo italiano criticó la labor de los posglosadores y propuso en su lugar reconstruir el antiguo derecho romano en las formas más puras (*mos italicus*), el humanismo francés le apostó a la creación de un método *mos gallicus*, que pretendía 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 partidarios 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 que les proporcionaba la naciente lógica del

⁷⁹ 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 romano y finalmente, porque el Jurista escolástico usó la dialéctica aristotélica con un fin distinto al previsto por este. 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 usó la dialéctica para demostrar tanto lo que es verdadero como lo que es justo. (J. Berman, 1996: 151).

⁸⁰ 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? (T. Viehweg, 1991: 92).

renacimiento. En el siglo XVII la jurisprudencia se relaciona cada vez más con la ciencia en el sentido moderno.⁸¹

En el siglo XIX cada vez más se asimila la racionalidad humana a la racionalidad científica: físico-matemática (verdades de hecho) o lógico-matemática (verdades de la razón), excluyendo lo metafísico del ámbito del conocimiento válido. Esta posición anti-metafísica, conduce a que se excluyan del mundo de la racionalidad cualquier referencia a los valores, especialmente el de la justicia, pues estos no son susceptibles de matematización, expulsando, en consecuencia, del campo del conocimiento jurídico cualquier referencia a los valores.⁸²

Influenciada por esta visión científicista, la racionalidad jurídica en el siglo XIX apelará, inicialmente a una visión formalista que defiende una concepción deductiva de la racionalidad, seguidamente, defenderá una visión anti-formalista que, influida por las nacientes ciencias sociales, mezcla la racionalidad inductiva y la racionalidad práctica o valorativa, y culminará con un giro hacia el voluntarismo o decisionismo que niega que el proceso de decisión judicial pueda ser gobernado por la razón.

2.3. El razonamiento jurídico en las tendencias formalistas

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. Por consiguiente, el derecho es completo (sin lagunas o vacíos), coherente (sin antinomias) y unívoco (sin ambigüedades). Así las cosas, en este modelo, la labor del operador jurídico es meramente descriptiva de la ley, no valorativa⁸³, siéndole suficiente a éste llevar a cabo un procedimiento lógico-formal silogístico, para garantizar que la sentencia o decisión no sea más que una reproducción minimizada de la ley. Al jurista le basta conocer lo prescrito por el legislador para extraer la solución del caso y al juez establecer los hechos para formular el silogismo judicial.⁸⁴

⁸¹ LEGAZ Y LACAMBRA, L. *Filosofía del derecho*. Barcelona: Editorial Bosch, 1979.

⁸² Hay que señalar que este primer positivismo se generó en Alemania una tendencia contraria que distingue entre *Erklären* (explicar) de la ciencia natural, *Verstehen*, (comprender) de las ciencias históricas y *Erkennen* (conocer) de la filosofía. *Dilthey por ejemplo*, señala que la comprensión (*Verstehen*) de los hechos en el ámbito social, suponen una identificación entre el sujeto y el objeto, entre el investigador y su mundo histórico y espiritual; de allí que la comprensión tenga lugar desde dentro de los fenómenos (Dilthey, W. *Crítica de la razón histórica*. Barcelona: Península, 1986, p.48 y ss.). Rickert distingue entre las ciencias de la naturaleza que emplean un método generalizador y tienen como finalidad la formulación de leyes generales, de las ciencias de la cultura, tienen como objeto el estudio de las singularidades y los valores culturales (Rickert, E. *Ciencia cultural y ciencias natural*, Buenos Aires: Ediciones Espasa Calpe, 1965, pp. 38-46. Weber, igualmente, admite que las ciencias culturales estudian objetos que representan una relación de valor, esto es, una significatividad, que es ajena a los objetos de las ciencias naturales.

⁸³ Como Ricker, aceptó la distinción entre el método generalizante y el individualizador, pero negó que la individualidad del objeto histórico pertenezca a la sustancia del objeto que se investiga, para él, ello es más bien el resultado de la elección que realiza el investigador cuando aísla el objeto de los demás que no son considerados significativos (Weber, M. *Sobre la teoría de las ciencias sociales*. Barcelona: Ediciones Planeta-Agostini, 1986, pp. 48 y 52).

⁸⁴ En esta perspectiva los juristas de la Escuela de la exégesis se consagraban a su tarea de tratar de limitar el papel del juez al establecimiento de los hechos y a la subsunción de los mismos bajo los términos de la ley." Véase, Perelman, Ch. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Editorial Civitas, 1993, p. 40.

⁸⁴ LÓPEZ MEDINA, D. *Teoría impura del derecho. La Transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004, pp. 155-156.

La denominada *Jurisprudencia de conceptos* asumió como modelo la lógica formal. Puchta, uno de sus grandes defensores, propone una visión del derecho piramidal, cuyo ideal se alcanza cuando en la cúspide del sistema lógico y conceptual (pirámide de concepto) se encuentra un concepto general que determina en sus contenidos a todos los restantes y bajo el cual es posible subsumir todos los demás conceptos o derivarlos deductivamente. La tarea del operador jurídico es la de conocer las normas jurídicas en su conexión lógica interna, para ello debe reconstruir la genealogía de las normas particulares hasta llegar a sus principios, para luego descender hasta los últimos conceptos.⁸⁵

2.4. El razonamiento jurídico en las tendencias antiformalistas

Como consecuencia de la aparición, en la segunda mitad del siglo XIX, de las *concepciones socialistas* del derecho y de las corrientes sociológicas⁸⁶, surgen una serie de tendencias denominadas anti-formalista que se caracteriza, por su rechazo al modelo deductivo como forma básica de la interpretación del derecho, porque considera que el derecho no constituye un sistema acabado y cerrado de enunciados, sino incompleto, ambiguo, y en la mayoría de las veces, contradictorio, porque la actividad del juez no puede ser solo a considerarse sólo declarativa sino también interpretativa y, en ocasiones, creativa de derecho.

Con el anti-formalismo se produce un giro hacia una visión más funcional del derecho que ve en éste un medio o instrumento a través del cual el legislador pretende 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 aquella voluntad para conocer el espíritu o el fin perseguido por el legislador.⁸⁷

El anti-formalismo replantea el puesto de la lógica formal y deductiva, mostrando *no* lo inadecuado, sino lo insuficiente del modelo logicista para el proceso de adjudicación del derecho. Para estas tendencias, la interpretación y aplicación del derecho no es una simple subsunción lógica, es lógica más algo. En el ámbito francés el anti-formalismo tiene en Geny uno de sus más importantes exponentes⁸⁸, quien considera que la interpretación debe buscar el propósito del legislador, pues el sentido de la ley viene dado por la intención del legislador y por el conocimiento que se tenga de las circunstancias existentes en la época en que se formuló la ley. Según Geny, la ley no expresa un principio lógico; es expresión de una voluntad que debe ser esclarecida por el intérprete. Sin embargo, Geny es consciente que la ley escrita se muestra insuficiente para resolver todos los problemas suscitados en la vida social y práctica de los individuos; incluso aún cuando ella regule el caso de manera detallada, pues aún así, se hace necesario indagar las realidades sociales concretas para que la ley obtenga los resultados que se ideó el legislador.⁸⁹ El anti-formalismo tendrá su mejor desarrollo en Alemania con Ihering, quien cuestiona el excesivo culto al pensamiento lógico que

⁸⁵ *Ibid.*, p. 41

⁸⁶ CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D. C., 2008, pp. 265-266.

⁸⁷ PERELMAN, Ch. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit., pp. 74-75.

⁸⁸ LÓPEZ MEDINA, op. cit., p. 257.

⁸⁹ RECASENS FICHES, L. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1980, 46.

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 (*de la que hablaremos seguidamente*) y la *Jurisprudencia de Intereses*, que defendió la idea de una ciencia práctica del Derecho (Heck), cuyo propósito era el de ofrecer al juez soluciones útiles en los casos dudosos o no resueltos satisfactoriamente, atendiendo las necesidades de la vida y el equilibrio entre los diversos intereses,⁹⁰ no mediante una operación lógica de subsunción sino mediante el conocimiento de esos intereses enfrentados⁹¹. Dentro de esta corriente también merecen reconocimiento Windscheid, quien afirma que el derecho es susceptible de elaboración histórica y científica y la tarea del jurista la de hallar el método que permita interpretar la ley, constatando el sentido que el legislador otorgó a las palabras por él usadas⁹². Igualmente debe mencionarse dentro de esta corriente a Binding, Wach y Kohler, quienes defienden una concepción objetiva de la interpretación. Los tres comparten la idea de que el derecho (que es siempre el derecho positivo) constituye un orden más racional que el que sus autores previeron, por ello sólo debe ser interpretada a partir de sí misma y de su propia conexión de sentido⁹³. Finalmente, debemos hacer mención de los trabajos de Bierling quien reduce el derecho a fenómenos o hechos síquicos;⁹⁴ para él, al ser las leyes expresión de la voluntad del legislador, la interpretación debe indagar la voluntad real y los fines propuestos por éste; para ello debe saber la génesis de la ley e indagar a la voluntad empírica del legislador, pero no sólo lo que éste quiso decir, sino lo que intentó con la ley en su conjunto.⁹⁵

En el contexto anglosajón, debemos hacer alusión a 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 que se da en la práctica judicial, pueden advertirse razones que exceden el marco de la lógica tradicional y el esquema matemático.⁹⁶ Según él, la vida del derecho no ha sido lógica sino experiencia; su desarrollo no es fruto de los progresos de la razón sino de las necesidades de la época, de las teorías morales y políticas dominantes, de las instituciones y, sobre todo, de los prejuicios que los juristas y ciudadanos a veces comparten inconscientemente. Las reflexiones de Holmes sientan las bases de la *jurisprudencia sociológica*.

2.5. El giro hacia el decisionismo jurídico

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 justificación de las decisiones judiciales. Algunos de los más reconocidos defensores de esta posición serán la corriente de la Escuela libre del derecho, el realismo jurídico norteamericano y H. Kelsen.

⁹⁰ LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ariel Derecho. Barcelona. 1994, p. 71.

⁹¹ ATIENZA, *op. cit.*, p. 185.

⁹² LARENZ, *op. cit.*, p. 49.

⁹³ *Ibid.*, pp. 52-54.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 61.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 63-64.

⁹⁶ RECASENS SICHES. *op. cit.* 43.

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 elegir la disposición adecuada. La sentencia no puede considerarse la aplicación de una norma jurídica disponible, sino una tarea jurídico-creadora del operador jurídico⁹⁷. El pensamiento de Kantorowicz llevará a cabo el giro total hacia al decisionismo. Para él, al lado del derecho creado por el estado, hallamos el derecho libre, creado por el juicio jurídico de los miembros de la comunidad jurídica, por la jurisprudencia judicial y por la ciencia del Derecho⁹⁸.

El realismo no admite la tesis de la concepción mecánica y silogística de la función judicial. Apoyados en Holmes, sostienen que el derecho real es el que dictan los órganos judiciales en cada caso concreto⁹⁹, debido a que una ley, por si sola, aún no es derecho hasta tanto no sea interpretada y aplicado por los tribunales¹⁰⁰. Lo esencial no es lo que el juez dice en la sentencia, sino lo que éste hace en la práctica y decide efectivamente. Para la tendencia más radical del realismo, lo que el juez establece, al igual que las reglas que cita en su sentencia, no siempre se corresponden con las que efectivamente usa para decidir o fallar, el derecho no es por tanto lo que dicen las leyes, ni lo que citan los jueces en sus sentencias, es lo que hacen de hecho en la práctica judicial¹⁰¹.

Finalmente, a pesar de que Kelsen defiende una concepción racionalista y científica del conocimiento del derecho, con respecto a su interpretación y aplicación defiende una posición cercana al decisionismo. 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 ésta¹⁰². La teoría de Kelsen asume, que la aplicación del derecho presupone el paso de un enunciado general y abstracto a un enunciado o norma individual, pero en este paso hay cierto grado de indeterminación, debido a que no existe 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 la decisión judicial no es producto de un acto cognitivo sino volitivo¹⁰³, un acto subjetivo y discrecional de quien interpreta y aplica el derecho con autoridad, fruto de las preferencias emotivas y de sus intuiciones¹⁰⁴.

2.6. Crisis de la razón instrumental y rehabilitación de la razón práctica

El siglo XX se inicia dominado por la corriente *neopositivista* que niega validez a todos aquellos enunciados que no puedan ser sometidos a la lógica o a la verificación empírica y que identifica, al igual que el positivismo decimonónico, la racionalidad con científicidad. Ahora bien, al no poder someter los enunciados sobre valores a verificación de la misma manera que los juicios sobre

⁹⁷ *Ibid.*, p. 49.

⁹⁸ LARENZ, *op. cit.* Pág. 82-83. y Martínez Roldan, Luis y Fernández Suárez, J. *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p. 261.

⁹⁹ "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." Bodenheimer, E. *Teoría del derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1974, 9.

¹⁰⁰ RECASENS SICHES. *op. cit.*, p. 95.

¹⁰¹ RIDDALL, J. G. *Teoría del derecho*, Barcelona: Editorial Gedisa, 2000, p. 220.

¹⁰² KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1953/1970, p.163.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 164-166.

hechos, los primeros quedan por fuera del radio de acción de la ciencia y proscrito del ámbito de lo racional. Esta tesis tuvo múltiples críticas. Una de ellas será formulada por Popper quien contra la tesis central positivista señala el *carácter falible y conjetural*¹⁰⁵ del conocimiento humano. Para Popper, la ciencia tiene una labor corrección y refutación de hipótesis y una teoría es científica si existen posibles observaciones que permitan, no verificarla, sino falsarla, esto es, refutarla¹⁰⁶. También la revolución que se produce en los principios de la física en los albores del siglo XX, revelan las debilidades de las tesis positivistas de un saber independiente del sujeto humano (objetivo). Heisemberg afirmará que la realidad se ha evaporado y que nuestro conocimiento en general esta gobernado por el principio de *indeterminación* y por las relaciones de *incertidumbre*.¹⁰⁷

La crítica de la racionalidad positivista también se evidencia en el ámbito del pensamiento filosófico alemán. La *teoría crítica de la sociedad* objetará la reducción que el positivismo hace de la razón a mera racionalidad instrumental¹⁰⁸ Edmundo Husserl verá en la crisis del positivismo la crisis de la cultura moderna y de la ciencia¹⁰⁹, de allí la necesidad de retornar al “mundo de la vida”.¹¹⁰

La hermenéutica filosófica de Gadamer¹¹¹, al rehabilitar la razón práctica fundada en la *phrónesis* griega¹¹². Esta rehabilitación de la razón práctica, replantea las exigencias de neutralidad e imparcialidad, el concepto objetivo de conocimiento y el esquema de separación sujeto-objeto. Para la hermenéutica no puede existir objetividad porque el sujeto esta involucrado *tanto como el texto* en el acto mismo de comprender, su papel es activo y creativo en el proceso de interpretación. La existencia del *círculo hermenéutico* apunta precisamente a la disolución de esa separación del objeto y el sujeto, por cuanto enuncia, más bien el constante intercambio y fusión de horizontes entre productor, texto e intérprete¹¹³.

En el ámbito inglés, resaltan las investigaciones de Wittgenstein sobre el lenguaje. Una idea central y reiterada en sus trabajos es la de que comprender un lenguaje exige entender que éste funciona a partir de juegos de lenguaje. El lenguaje no funciona de un solo modo, ello es, no siempre tiene como función primordial transmitir pensamientos¹¹⁴; el lenguaje siempre aparece en una

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 169-171.

¹⁰⁵ POPPER, K. *El problema de la Inducción*, En: Miller, D. *Escritos Selectos*. México: Fondo de Cultura económica, 1997, p. 117.

¹⁰⁶ POPPER, K. *La Lógica de la investigación científica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 39-40.

¹⁰⁷ HEISEMBERG, W. *Encuentros y conversaciones con Einstein* y otros ensayos, Madrid: Alianza, 1979, pp. 123 y ss.

¹⁰⁸ HORKHEIMER, M. *Teoría crítica*. Buenos Aires: Amorrortu, 1974., pp. 223-272. y Sobre los orígenes de la teoría crítica, véase JAY, M. *La Imaginación Dialéctica*. Madrid: Taurus, 1974.

¹⁰⁹ HUSSERL, E. *La crisis de las ciencias y la fenomenología Transcendental*. Barcelona: Crítica, 1991.

¹¹⁰ Concepto que será retomado por el pensamiento de Alfred Schutz quien lo desarrollará en sus trabajos en conexión con el concepto de intersubjetividad. El *mundo de la vida*, es el lugar de la experiencia cotidiana y del trabajo, el espacio donde el sujeto se experimenta como un “yo propio” y despliega sus formas específicas de sociabilidad, comunicación y acción social y presenta diferencias profundas con el mundo de la ciencia. Schutz A. *Fenomenología del mundo social. Introducción a la sociología comprensiva*. Buenos Aires: Paidós, 1972.

¹¹¹ ROBLES MORCHON, G. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Editorial Debate, 1998, pp. 133-149. Grondin. J *Introducción a la hermenéutica filosófica*. Barcelona: Editorial. Herder, 1999, 157-200. Vattimo G. y otros *Racionalidad y Hermenéutica*, Bogotá: Editorial norma, 1994.

¹¹² *Ibid.*, pp. 40-48.

¹¹³ KAUFFMAN, A. *Filosofía del derecho*, Bogotá: Editorial Universidad externado de Colombia, 1999, p. 99.

¹¹⁴ WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones filosóficas*, Barcelona: Editorial Crítica, 1988, p. 249.

diversidad de juegos del lenguaje, por tanto, si se quiere entender una palabra cualquiera, es menester comprender como funciona o como se usa en uno de esos juegos¹¹⁵. Estos juegos no son racionales ni irracionales¹¹⁶, pues la racionalidad esta subordinada a los diversos juegos del lenguaje, lo que indicaría que no hay una única forma de racionalidad sino diversas expresiones de la misma.¹¹⁷ Tampoco pueden desconocerse los aportes de Habermas quien defiende¹¹⁸ un modelo consensual de la verdad, que según él se rige en todas sus instancias por un modelo de racionalidad distinto del modelo positivista: la razón comunicativa o argumentativa, que en el discurso teórico o científico expresa una pretensión de verdad y, en el discurso práctico o comunicativo, como el jurídico y el moral, formula a una pretensión de corrección.¹¹⁹

2.7. El renacimiento de la tópica y la retórica

Todas estas críticas, sumadas al horror de Auschwitz y los posteriores juicios de Nuremberg, influyeron decisivamente para que se replantearan el paradigma positivista y el lugar de la racionalidad en los problemas relativo a lo justo y moral. Los estudios sobre tópica de Teodoro Viehweg y de Perelman, en relación a la retórica antigua, se proponer precisamente ello, intentando formular 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.

Para Viehweg la tópica se caracteriza porque se trata de una *técnica del pensamiento problemático*, esto es, orientada a resolver problemas y aporías. Un problema puede definirse, como aquel asunto serio que admite varias soluciones¹²⁰. La aporía es un problema, pero no cualquier problema; se trata de una cuestión acuciante e ineludible de la que no podemos apartarnos y ante la cual no hay un camino despejado¹²¹. Viehweg distingue el pensamiento problemático (tópico) del pensamiento sistemático (deductivo)¹²²; cuando el acento se pone en el problema, se hace necesario buscar un sistema que permita obtener la solución del problema. En este caso es el problema el que conduce a la selección del sistema, que en ocasiones puede ser no uno sino una pluralidad de sistemas¹²³. El modo de pensar sistemático opera desde el todo, y de modo contrario a como lo hace el pensamiento problemático; en este caso, el sistema opera una selección de problemas, de suerte que lo que no caiga dentro del sistema se deja al margen y sin solución, pues se considera que es una cuestión falsamente planteada. Al no constituir la jurisprudencia una disciplina sistematizable, sólo cabe entenderla como una disciplina que se orienta a la discusión de problemas, de allí que su

¹¹⁵ "...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..." (*Ibid.*, p. 39).

¹¹⁶ PEÑA, J. I. *Wittgenstein y la crítica a la racionalidad*, Bogotá: Ediciones Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1994, p. 168.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 192-193.

¹¹⁸ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*, 2T, Madrid: Editorial Taurus, 1995.

¹¹⁹ ATIENZA, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 150.

¹²⁰ VIEHWEG. *op. cit.* P. 50.

¹²¹ *Ibid.* P. 49.

¹²² ATIENZA, M. *Las razones del derecho*, *op. cit.*, p. 34 y García Amado, J. A. *Tópica, derecho y método jurídico*, En: *Revista Doxa* Nº 4, 1987, p. 16.

¹²³ VIEHWEG. *op. cit.*, p. 51.

estructura corresponda con la de la tópica, ello es, como una disciplina orientada a resolver problemas concretos. En tanto disciplina tópica, la jurisprudencia tendría una aporía fundamental, la cuestión de lo justo aquí y ahora.¹²⁴

Los estudios de retórica de Perelman que se sistematizan en el *Tratado de la argumentación* que escribe con L. Olbrechts-tyteca, constituyen una ruptura con la concepción de la razón y del razonamiento que se origina con Descartes, y que influyó en los lógicos y teóricos del conocimiento moderno, para que éstos se olvidaran de los estudios de los medios o técnicas discursivas orientadas a la deliberación y la argumentación con fines persuasivos.¹²⁵ Por la época en que aparecen sus trabajos, las técnicas y razonamientos propios del jurista se les agrupaba bajo el título de lógica jurídica, que se entendía como el análisis y estudio de las nociones y de las estructuras de la lógica formal implícitas en la forma de razonar del jurista. Perelman constata que no es la lógica formal la que permite la solución de las controversias que el derecho se elabora a través de controversias y argumentaciones dialécticas, haciendo uso de un conjunto de procedimientos y técnicas que los griegos denominaron *retórica*¹²⁶; que las decisiones judiciales no tienen un carácter necesario como en el razonamiento analítico en la medida en que la decisión presupone la posibilidad de decidir en uno u otro sentido.¹²⁷ Finalmente, de Perelman deben resaltarse el desarrollo que realiza de las técnicas argumentativas muy útiles en el desarrollo del razonamiento y la argumentación jurídica.

2.8. La teoría del discurso racional

Luego de que aparecieran los trabajos de Perelman y Viehweg (mitad del siglo XX) surgen 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 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 derechos.¹²⁸ Según Alexy, la jurisprudencia y en particular la argumentación jurídica versa sobre cuestiones prácticas; por ello deben considerarse “un caso especial del discurso práctico general”. El discurso jurídico tiene en común con el discurso práctico general que en ambos se trata sobre la corrección de enunciados normativos y, por tanto, ambos son portadores de una pretensión de corrección.¹²⁹ 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.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 129.

¹²⁵ PERELMAN, Ch. y L. Olbrechts-tyteca. *op. cit.*, p. 30.

¹²⁶ PERELMAN, Ch. y L. Olbrechts-tyteca. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Biblioteca Románica Hispánica, editorial Gredos, 1994. p. 33, y Perelman, Ch. *El imperio retórico, op. cit.*, p. 11.

¹²⁷ PERELMAN, *El imperio retórico, op. cit.*, p. 13.

¹²⁸ ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997, 39.

¹²⁹ *Ibid.*, p.35.

Con fundamento en ella, Alexy fórmula 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 práctico-jurídicos en el marco de una teoría de la argumentación racional.

2.9. 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 el de 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.

2.9.1. 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 Kauffmann los argumentos que 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 (Kauffman, 1999: 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 (Kauffman, 1999: 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 perjuicio 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 (Kauffman, 1999: 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 separa el objeto del sujeto en el proceso de conocimiento y que propugna por un juez objetivo.

Para Kauffmann no es posible hallar un criterio de cientificidad que permita valorar como objetivo una decisión judicial (Kauffmann, 2007: 104-106) ello sobre todo cuando nos encontramos en presencia de argumentaciones sobre 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 racional 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 (Kauffmann, 1999: 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 precomprensión hermenéutica (Kauffmann, 1999: 124-125).

2.9.2. 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 mostrar la manera como la imaginación literaria puede ser usada en el discurso público y las funciones que esta puede desempeñar, suponiendo que ésta no se oponen 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 excluye 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 (Nussbaum, 1997: 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 por que estimula y desarrolla actividades anti-económicas como imaginar, sentir o desear (Nussbaum, 1997: 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 (Nussbaum, 1997: 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 (Nussbaum, 1997:60-62); a diferencia de las obras históricas y de la ciencias sociales (Nussbaum, 1997: 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 (Nussbaum, 1997: 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 (Nussbaum, 1997: 74).

Las novelas no sólo trabajan con las emociones incorporándolas a su estructura, sino que también las suscita en el lector; esta 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 (Nussbaum, 1997: 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 tiene nada que ver con nuestro juicio ni con el razonamiento, de ahí su inutilidad en el ámbito del razonamiento público (Nussbaum, 1997: 88-89); esta tesis sin embargo, no es compartida por las más importantes obras de los filósofos anti-emotivistas (Nussbaum, 1997: 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 (Nussbaum, 1997: 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; ésta 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 (Nussbaum, 1997: 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 (Nussbaum, 1997: 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 (Nussbaum, 1997: 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 (Nussbaum, 1997: 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 (Nussbaum, 1997: 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 (Nussbaum, 1997: 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 (Nussbaum, 1997: 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 (Nussbaum, 1997: 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 que 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 (Nussbaum, 1997: 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 (Nussbaum, 1997: 108).

Nussbaum considera que cultivar las emociones adecuadas puede ser útil y ventajoso para la vida ciudadana (Nussbaum, 1997: 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 (Nussbaum, 1997: 110).

Nussbaum sugiere, apoyado 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*. (Nussbaum, 1997: 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. (Nussbaum, 1997: 117-118).

No obstante lo anterior, Nussbaum no defiende en su totalidad las 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. (Nussbaum, 1997: 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 las particulares vidas humanas de 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 (Nussbaum, 1997: 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 (Nussbaum, 1997: 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 (Nussbaum, 1997: 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 la 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 (Nussbaum, 1997: 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 rechazan 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 y 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 empiece 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

ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997.

ATIENZA, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

ATIENZA M. *Introducción al derecho*. México: editorial Distribuciones Fontamara. S. A, 2000.

- BODENHEIMER, E. *Teoría del derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1974.
- BERMAN J, Harold. *La Formación de la tradición jurídica de Occidente*. México: F. C. E., México. 1996.
- BERTI, E. *Como argumentan los hermeneutas*, en, Gianni Vattimo y otros, *Racionalidad y Hermenéutica* (Editorial Norma, Bogotá, 1994).
- CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D. C., 2008.
- DESCARTES, R. *Reglas para la dirección del espíritu*, en: *Obras escogidas*, IV. Buenos Aires: Sudamericana, 1967.
- DILTHEY, W. *Crítica de la razón histórica*. Barcelona: Península, 1986.
- GARCÍA AMADO, J. A. *Tópica, derecho y método jurídico*, en: *Revista Doxa N° 4*, 1987.
- GRONDIN, J. *Introducción a la hermenéutica filosófica*. La hermenéutica universal de Gadamer Barcelona: Editorial. Herder, 1999.
- HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa, 2T*, Madrid: Editorial Taurus, 1995.
- HABERMAS, J. *Teoría y praxis*. Madrid: Tecnos, 1997.
- HEISEMBERG, W. *Encuentros y conversaciones con Einstein y otros ensayos*, Madrid: Alianza, 1979.
- HORKHEIMER, M. *Teoría crítica*. Buenos Aires: Amorrortu, 1974.
- HUSSERL. E. *La crisis de las ciencias y la fenomenología Transcendental*. Barcelona: Crítica, 1991.
- IGLESIAS, J. *Derecho Romano*, Barcelona: Editorial Ariel, 1983.
- JAEGER, W. *Paideia*. Colombia: Fondo de Cultura Económico, 1994.
- JAY, M. *La Imaginación Dialéctica*. Madrid: Taurus, 1974.
- KAUFFMAN, A. *Filosofía del derecho*, Bogotá: Editorial Universidad externado de Colombia, 1999.
- KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1953/1970.
- KOYRE. *Estudios de Historia del pensamiento científico* (Siglo XXI, México, 1978).
- LEGAZY LACAMBRA, L. *Filosofía del derecho*. Barcelona: Editorial Bosch, 1979.
- LÓPEZ MEDINA, D. *Teoría impura del derecho. La Transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004.
- MacCORMICK, Neil. *Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico*, en: Betegón, Jerónimo y Paramo, J. R. (Comp.). *Derecho y moral*. Ensayos analíticos. Barcelona: Ariel Derecho, 1999.

MARGOT, J. P. *La modernidad: una ontología de lo incomprensible*, Colombia: Editorial Universidad del Valle, Cali-Colombia, 1995.

MARTÍNEZ ROLDAN, L. y Fernández Suárez, J. *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

MERCADO, D. *Aproximación al concepto de ciencia y al de Ciencia Jurídica. Vol. 2*, Colección de Estudios Socio-jurídicos, Mario Alario D'Filipo (Universidad de Cartagena, Cartagena de Indias, Colombia, 1999).

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

PEÑA, J. I. *Wittgenstein y la crítica a la racionalidad*, Bogota: Ediciones Universidad nacional de Colombia, Bogotá, 1994.

PERELMAN, Ch. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Editorial Civitas, 1993.

PERELMAN, Ch. *El imperio retórico. Retórica y argumentación*, Colombia: Editorial Norma, Colombia, 1997.

PERELMAN, Ch. y L. Olbrechts-tyteca. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Biblioteca Románica Hispánica, editorial Gredos, 1994.

POPPER, K. *El problema de la Inducción*, en: Miller, D. *Escritos Selectos*. México: Fondo de Cultura económica, 1997.

POPPER, K. *La Lógica de la investigación científica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

RECASENSICHES, L. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1980.

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

RICKERT, E. *Ciencia cultural y ciencias natural*, Buenos Aires: Ediciones Espasa Calpe, 1965.

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

SCHUTZ, A. *Fenomenología del mundo social. Introducción a la sociología comprensiva*. Buenos Aires: Paidós, 1972.

VATTIMO G. y otros. *Racionalidad y Hermenéutica*, Bogotá: Editorial Norma, 1994.

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

WEBER, M. *Sobre la teoría de las ciencias sociales*. Barcelona: Ediciones Planeta-Agostini, 1986.

WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas*, Barcelona: Editorial Crítica, 1988.