

# Teoría de la argumentación, mundo de la vida y práctica argumental

❖ **Víctor Alberto Quinche Ramírez\***

**Manuel Fernando Quinche Ramírez\*\***

Recibido: octubre de 2004

Aprobado: enero de 2005

## 1. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA PRÁCTICA DOCENTE

La bibliografía usualmente empleada en las cátedras de argumentación jurídica en nuestro medio intenta reproducir el estado del arte de la disciplina, en la medida en que éste sea previamente determinable a partir del criterio de la reconstrucción histórica y el modelo específico de una teoría que se escoja entre el arsenal de las posibilidades existentes. Esta escogencia se encuentra mediada por consideraciones que provienen del estado histórico tanto de las teorías como de la vida del derecho y sus relaciones con el Estado y la política. El diagnóstico compartido de la “constitucionalización del derecho” a la que apuntan tanto autores nacionales<sup>1</sup> como “estrellas” invitadas,<sup>2</sup> ha conducido a una escogencia de contenido en las materias y a una reorganización de su concepción en varias universidades de nuestro medio, especialmente en aquellas que poseen un cuerpo de profesores partidario de

---

\* Profesor asistente Escuela de Ciencias Humanas. Miembro Grupo de Investigación Estudios sobre Identidad, Universidad del Rosario. vquinche@urosario.edu.co

\*\* Profesor de carrera académica Facultad de Jurisprudencia. Grupo de Investigación sobre Derecho Público, Universidad del Rosario. mquinche@urosario.edu.co

<sup>1</sup> López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2000.

<sup>2</sup> Ferraris, Maurizio, *Hermenéutica*, México, Taurus, 1956.

lo que corrientemente se denomina el “nuevo derecho”. Por este “nuevo” se entiende usualmente la consideración teórica de las consecuencias del incremento del poder real de los controles concentrados de constitucionalidad en los sistemas jurídicos contemporáneos, que en nuestro país es interpretado como una adaptación del contenido y la forma del derecho, con las tendencias recientes o rastreables en los sistemas jurídicos modelo (tanto los no legislados, que contienen la divinización de las actuaciones de la Corte Suprema de Estados Unidos, como de los “continentales” con prescindencia de sus peculiaridades nacionales). El caso colombiano es paradigmático en este sentido, al ser fácilmente rastreables las dificultades que ha atravesado la Constitución de 1991 si se comparan con las dificultades similares que las constituciones italiana y española han enfrentado cuando se cotejan con los modelos tradicionales de lectura del derecho.

En el fondo gran parte de la novedad estriba en la recuperación del fuerte valor normativo que adquiere el acto de la interpretación por parte del juez de última instancia, así como de un intento de captar teóricamente el estilo del funcionamiento argumentativo cuando se intenta responder a la pregunta ¿qué es el derecho?, en presencia, por ejemplo, de la violación de un derecho declarado como fundamental en la Carta constitucional. De cara a este problema, el profesor en el aula y el teórico al que se recurra, intentan determinar una ley de funcionamiento de los enunciados que refleje la racionalidad de base del acto de interpretación, y que sirva a su vez para recuperar *ex post* la estructura de la trama argumental. Ante el descrédito de los sistemas altamente formalizados de la lógica tradicional, se han colonizado los sistemas relativamente débiles de las lógicas informales bajo el supuesto compartido de la posibilidad de reconstruir el hilo interno de los argumentos a la luz de su “estructura” argumentativa. Esta estructura, se espera, es plausible de ser reconducida a un esquema relativamente informal en el que la trama del argumento es visible cuando es despojado de su armazón retórico y llevado al terreno firme de sus componentes. El caso típico en nuestro medio es el empleo del texto de Atienza *Las razones del derecho*,<sup>3</sup> que ofrece tanto una reconstrucción histórica de los modelos, cuanto una propuesta de diagramación ciertamente útil en el aula de clase. El modelo ofrece variaciones posteriores, por ejemplo en *Derecho y argumentación*,<sup>4</sup> en el que el autor

<sup>3</sup> Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

<sup>4</sup> Atienza, Manuel, *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

ofrece un sistema más económico (suprime los operadores modales) aplicado a un caso específico;<sup>5</sup> a partir de estos dos momentos del modelo, la práctica pedagógica intenta acoger las modificaciones y reproducirlas en el aula de clase al demostrar, mediante ejemplos específicos, que la teoría funciona como método plausible de control y lectura de otras sentencias de las altas cortes. El método puede presentar también variaciones “criollas”<sup>6</sup> en las que se amplía o se disminuye el valor de ciertos esquemas de reconstrucción informal de argumentos o de recuperación de modelos alternos de lógica que, finalmente, conducen a la misma posibilidad: la reconstrucción relativamente formal de la trama argumentativa de una sentencia.

El valor pedagógico de este procedimiento es evidente. Su capacidad de autorrenovación también lo es, en la medida en que nuevos textos con modificaciones pueden surgir como contrapropuestas que conduzcan de mejor manera al objetivo indicado. Sin embargo, en este procedimiento varias de las partes constitutivas de los argumentos jurídicos reales, que son relevantes, son dejadas de lado. Están, por ejemplo, las condicionantes políticas de los argumentos que evidentemente se encuentran en el trasfondo de las sentencias de las altas cortes y que no pueden ser ni diagramadas ni ubicadas en los esquemas en uso. Podría, ciertamente, intentarse un método aún más informal que ubicara con letras del alfabeto una lista finita de condicionantes políticos, pero esto ni mejoraría la teoría ni incrementaría su poder real de reconstrucción.

Así, por ejemplo, las vicisitudes políticas de los sistemas concentrados de control constitucional pueden ser rastreadas, en el caso colombiano, en la evidente carga política de una serie de sentencias y autos que intentan fortalecer el papel del juez constitucional, de cara a sus contradictores políticos. Enfrentados a argumentos pragmáticos, como el costo real de las sentencias de las cortes –por ejemplo aquellas que formulan el mínimo vital o que protegen el derecho a la salud como derecho fundamental–, el profesor en el aula propone la existencia de una teoría: el análisis económico del derecho y la tendencia de la escuela de Chicago, que ofrece como posibilidad incorporar elementos pragmáticos a los problemas políticos como parte de la toma de decisión. Esto no soluciona el problema



<sup>5</sup> Sentencia C-221 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>6</sup> En este sentido, resulta prototípico el texto editado por el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, denominado *Argumentación constitucional* (2003), diseñado bajo la dirección de la Universidad Nacional de Colombia, y que es utilizado como texto de instrucción para aspirantes a jueces y magistrados.

real, pero al menos es una posibilidad de explicación del mismo. La responsabilidad pedagógica queda salvada.

Otro asunto es el de la imposibilidad de reproducir en un sistema débilmente formal el papel de la retórica en la formulación del argumento jurídico. A menos que se suprima la economía y elegancia en la formulación del modelo, el componente puramente retórico debe ser, o bien remitido en la parte histórico-reconstructiva de los textos al papel de componente de una teoría tradicional, generalmente de índole aristotélica, o suprimido en su fortaleza al determinar previamente como peyorativo el éxito público de un argumento frente al éxito racional de otro argumento contrario (es la vieja diferencia perelmaniana entre convencer y persuadir).<sup>7</sup> El procedimiento estándar resulta entonces empobrecedor si se lo compara con su objeto de estudio. Éste, el objeto (entendido en términos simples como sentencia judicial), al “objetualizarse” pierde entonces su entroncamiento con el mundo de vida subjetivo relativo de los actores iniciales. El derecho se ha blindado previamente frente a lo real en las aulas de clase al diferenciar la verdad procesal de las verdades empíricas del mundo de vida. Sin embargo, este argumento es contraempírico a la luz de las consecuencias reales de los actos jurídicos en las biografías reales de los procesados.

Las consecuencias del procedimiento, en resumen, son perversas en al menos dos sentidos: el primero es la pérdida de contacto real con los actores iniciales y finales de los procesos en virtud del “enfriamiento” con respecto a las consecuencias en los mundos de vida de los afectados;<sup>8</sup> por otra parte, y como consecuencia de lo anterior, niega el estatuto de “agencia” de los sujetos reales en virtud de la formalización (más o menos fuerte de acuerdo con la teoría de la que se trate) de los argumentos reales al presentarlos como desprovistos de contenido.

Esto ha llevado a que el procedimiento estándar en argumentación, al que ya hemos apuntado en líneas anteriores, se constituya en un alejamiento gradual del *moral point of view* en el análisis de razonamientos legales que, como es generalmente comprendido,



<sup>7</sup> Perelman afirma que la distinción central entre persuadir y convencer radica en el concepto de auditorio. Así, el discurso dirigido a un auditorio particular busca persuadir, mientras que el dirigido a un auditorio universal busca convencer. Perelman, Chaïn y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989.

<sup>8</sup> Se hace aquí un uso “débil” de la categoría de un mundo de la vida en la comprensión habermasiana del concepto. Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, vol. II, Madrid, Paidós, 1981.

son ejemplos de razonamientos morales que se encuentran en su base. Si esquematizamos el procedimiento estándar de nuestra práctica docente, éste podría aparecer como el esqueleto de un cuadro que poseería aproximadamente las siguientes características:<sup>9</sup>

Nivel de avance en el curso	Contenido	Alejamiento de la agencia real de los sujetos y de los aspectos mundo-vitales de los enunciados jurídicos
1. Presentación del curso y justificación del modelo escogido.	Relato autolegitimatorio que indica la plausibilidad del programa elegido en virtud de su relación con las teorías clásicas y su cumplimiento de las características estándar de las teorías.	En este nivel, la relación con la ética y con las agencias reales es presentada en clave histórica; el punto de vista moral es apenas mencionado, porque se trata de un análisis desamañado de los enunciados jurídicos desde el punto de vista de su estructura.
2. Introducción temática en torno a la definición de “argumento”.	Reconstrucción en clave retórica o en clave lógica (o mejor, un intermedio entre las dos) de la definición de argumento.	El intento de presentar los argumentos desde el punto de vista de argumentos reales, como una cierta propedéutica de textos escritos o de estrategias verbales, sensibiliza al estudiante y, desde este punto de vista, lo acerca a la idea de agencia. Sin embargo, el progresivo alejamiento del contexto real de locución del argumento, con miras a su control externo, permite formalizar el argumento (usando el método lógico de asignar una letra del alfabeto a un enunciado) y lo aleja del punto de vista pragmático-moral.



<sup>9</sup> Debe anotarse que este diagrama es un mero indicio del funcionamiento real, pero espera mantener las partes sustantivas de los programas realmente dictados o de los libros sobre argumentación jurídica; el interés de este diagrama es funcional a la tesis que hemos venido presentando; si es cierta la idea en virtud de la cual hay un alejamiento de la agencia real de los sujetos y de los componentes éticos previamente fundamentadores del enunciado jurídico, cada una de las partes del diagrama indicará un alejamiento mayor.

Nivel de avance en el curso	Contenido	Alejamiento de la agencia real de los sujetos y de los aspectos mundo-vitales de los enunciados jurídicos
3. Reconstrucción histórica de las tendencias.	Con algunas variaciones se suele presentar una historia de la idea de argumento como susceptible de ser llevada a un flujo continuo del progreso; la propuesta del curso (o del autor) entonces está: a) entroncada con una tradición a la que pertenece por naturaleza y b) legitimada como una teoría preferible a las teorías anteriores.	Del nivel de la agencia real de los sujetos que pronuncian el discurso jurídico, pasamos al nivel de las teorías. En ellas, los mundos de vida se disuelven en un esquema complejo que reemplaza a los actores reales por máquinas abstractas ubicables en los diversos niveles del análisis. La riqueza de las teorías anteriores, en términos históricos, se disuelve ante la novedad de las teorías modernas y con esto se disuelve la posibilidad de encontrar su contenido de verdad.
4. Presentación del punto de vista escogido y demostración de su plausibilidad en el análisis de casos.	La teoría escogida es presentada como un aparato que, en virtud de un procedimiento hermenéutico simple, pronto reemplazado por el ejercicio de una mecánica de análisis, demuestra su plausibilidad en su aplicación a sentencias específicas.	El ego que aquí pronuncia el discurso (el autor del texto, o el profesor en el aula de clase) ha reemplazado al núcleo del que partía originalmente el argumento. El alejamiento en este nivel es total con respecto al mundo de vida que da origen a los argumentos.

Los niveles 1, 2 y 4 son elementos comunes a cualquier práctica de escritura o de oralidad entendida argumentativamente (este razonamiento es, evidentemente, circular, pero se trata del círculo hermenéutico y no de una falacia). En la lectura que proponemos, el nivel de alejamiento tanto de los contextos reales de locución de los actos de habla jurídicos es mayor en la medida en que progresa el libro (o el curso), como mayor es el grado de “tecnologización” del análisis. Esto es: habiendo asegurado una definición de argu-

*Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 117-134, enero-junio de 2005*

mento a la que deben plegarse en lo sucesivo los argumentos que serán estudiados, los elementos mundo-vitales de los argumentos son vistos como agregados incómodos que, a lo sumo, revisten un mero interés incidental (es el caso del análisis de sentencias en las que hay homicidios, o robos en los que los aspectos fuertemente biográficos son considerados meramente accesorios). El clímax de este procedimiento está presente en la clasificación de los argumentos, que reproduce los criterios de partida (una cierta teoría del razonamiento, una cierta comprensión general de lo que significan términos como enunciado, raciocinio, juicio, entre otras) y construye espacios para llenar, a los que deben ajustarse los argumentos reales que encuentre el lector o intérprete.

## 2. LA IDEA DE PROGRESO Y LA IDEA DE FLUJO EN LA PRÁCTICA ARGUMENTAL

Desde nuestro punto de vista, con miras a proponer una estrategia hermenéutica como alternativa a los tratamientos tradicionales, conviene poner de manifiesto un problema central que vemos en el nivel 3. Tiene que ver con el concepto de historia y con la posibilidad real de reducir el contenido de las teorías a flujos autoconsistentes que remiten a su propia racionalidad con fines autojustificatorios. Una reconstrucción tradicional del asunto (como se encuentra en Atienza)<sup>10</sup> contiene la reconstrucción de los siguientes momentos considerados retrospectivamente como antecedentes de la teoría propia. El supuesto del autor consiste en la creencia en el progreso de las ideas y de las capacidades de analizar los problemas cuando se involucran procedimientos de las ciencias naturales a los modelos de las ciencias sociales. Ésta sería la forma de presentar el asunto metodológico como problema, al menos si uno la considerara desde el punto de vista de la hermenéutica.<sup>11</sup> Una disciplina social o humana adquiere rigor y seriedad en la medida en que su forma de proceder tenga similitud o herede procedimientos de las ciencias duras; en este sentido, una legitimación desde la lógica está no sólo a la orden del día en el paradigma vigente que se desprende del desarrollo de la filosofía angloamericana en el siglo XX, sino que conforma el estatuto público de seriedad que la teoría requiere.



<sup>10</sup> Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit.

<sup>11</sup> Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método*, Madrid, Editorial Sígueme, 1965.

Ya en *Verdad y método*, Gadamer se había pronunciado con respecto a esta mala fortuna de las ciencias del espíritu. En el fondo se trata de mantener la distinción sujeto-objeto con el fin de poder, desde fuera, indicar las características del objeto, describir sus partes y el funcionamiento del mismo en tanto objeto de estudio. Para el caso de la argumentación, se trata de describir el argumento y, además, de indicar cuáles han sido las teorías que tradicionalmente se han ofrecido para explicarlo. Así, luego de una rápida mención a Aristóteles se reconstruyen, como si fueran eslabones en una cadena de desarrollo continuo, las teorías antiguas de la retórica y la tópica. Éste es el caso de los autores que gustan de la versión tradicional del derecho, que gravita en torno a las supersticiones del derecho natural. La otra opción es saltar de Aristóteles a las teorías que en el siglo XX acogen las posibilidades que ofrece la lógica para el estudio de los enunciados jurídicos y sus ofertas de formalización de enunciados. Por este camino, hemos indicado anteriormente, los contextos vitales de los actos de habla jurídicos aparecen desprovistos de relación real con el contenido de los enunciados (esto se debe a la diferencia entre proposición y oración, en tanto que la sutil introducción del “contenido proposicional” aísla al enunciado colocándolo en un más allá formal, desprovisto de contenido).

Este procedimiento de inserción de enunciados en una historia que da razón de su génesis y desenvolvimiento atraviesa, luego de la fase inicial de “teorías antiguas”, la siguiente línea, entendida como un flujo de desarrollo que hace complejo y profundiza cada vez más el tratamiento de los problemas: de 1) tópica a 2) retórica a 3) teoría de la argumentación (con las posibles variaciones que se reconozcan: teorías integradoras, MacCormick; discursivas, Alexy, Habermas; lingüísticas, Aarnio, Peczenick). Estos tres momentos son identificables con tres concepciones del significado de un razonamiento judicial, que entonces será: 1) desarrollo de “ejemplos”, 2) puesta en ejecución de estrategias, o 3) expresión pública de un proceso preconstituido en la organización mental. Parejo con este flujo, que se presenta como gradual y en continuo desarrollo, se van presentando las dificultades progresivas que surgen al hacer compleja la idea de razonamiento (siendo el razonamiento jurídico un ejemplo del razonamiento en general); esto puede interpretarse como un flujo también: de las teorías ingenuas del razonamiento ap las teorías de la mente y a las teorías lingüísticas.

*Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 117-134, enero-junio de 2005*

En resumen, la idea de progreso (que es un expediente propio de las ciencias positivas) se trasplanta al relato de una idea que aparece entonces como organizada, con un desarrollo lineal y que conduce casi necesariamente al momento actual. Éste es el problema central del nivel 4, que reproduce toda la ingenuidad del positivismo. De esta manera se presentan dos tipos de consecuencias perversas en el hecho de presentar una teoría de la argumentación de la forma como hemos indicado: por una parte hay un alejamiento de los contextos vitales y, por otra, hay un abrazamiento incondicional de las consecuencias ideológicas de adoptar el procedimiento de las ciencias “duras” o, al menos, un sucedáneo del mismo.

### **3. RESPUESTAS A POSIBLES CONTRA ARGUMENTOS Y PRESENTACIÓN DE UNA OPCIÓN**

Al conjunto de las observaciones presentadas hasta este momento podría responderse con un contraargumento que redujera al absurdo lo aquí planteado exigiendo, por ejemplo, que se presentara una alternativa viable de reconstrucción de la historia de la argumentación que diera razón de las dificultades y que no funcionara de manera progresiva. Por otra parte, puede desestimarse la carga moral de los enunciados como innecesaria en una reconstrucción si se considera que el peso de un argumento reposa en su interior y no en los sujetos que lo exponen. Este argumento afirma que las expresiones del tipo “no me mate” difieren en su significado de acuerdo con el contexto en que sea proferida, pero que el contenido proposicional no depende de los contextos y por permanecer invariable es, en consecuencia, susceptible de ser examinado. Al no ser éste el único tipo de enunciados posible (existiendo, por ejemplo, proposiciones meramente descriptivas de la forma “esto es un expediente”, o cuya fuerza perlocucionaria está determinada por el agente locutor, como por ejemplo enunciados imperativos del tipo “comuníquese y cúmplase” y, en general, los enunciados normativos de las sentencias judiciales), las condiciones de su análisis requieren un tratamiento relativamente formal que permita identificar desde la teoría las fallas posibles y describir las leyes de su funcionamiento.

Las críticas posibles mencionadas, y otras de diverso origen, pueden ser adecuadas, pero gravitan en torno al mismo núcleo central de convicciones. Esto es, reproducen el mismo conjunto finito de presupuestos que las teorías que intentan defender, negando de contera el

contenido de verdad de posibles teorías rivales por no ser éstas adaptables a la suma de procedimientos usuales. Desde este punto de vista, el objetivo pedagógico y profesional que se persigue en una materia de argumentación jurídica, o en un texto de argumentación jurídica, se truecan en su contrario cuando dejan de lado las posibilidades hermenéuticas fuertes de reconstrucción de los enunciados argumentales. Debe tenerse en cuenta, finalmente, que como un resultado externo de las anteriores tomas de posición y, en general, con base en un argumento que remite a Alexy, se ha defendido que en las actuaciones jurídicas hay dos niveles, cuando de decisiones judiciales se trata. Por una parte están los “casos fáciles” en los que no hay mayor problema hermenéutico, y en los que las argumentaciones contienen a lo sumo interpretaciones certeras del contenido de las normas. Estos casos, por el mismo hecho de ser “fáciles”, no valen la pena, esto es, no es necesario averiguar la estructura de un argumento en el que se está tomando una decisión sencilla, porque seguramente reflejará el funcionamiento de la mente “corriente” cuando soluciona sus problemas cotidianos. Los que sí resultan relevantes y es muy importante en ellos descubrir y sacar a la luz la estructura de los argumentos que los conforman son los argumentos que se encuentran en las decisiones de las altas cortes en las que se determina no “cómo opera el derecho” (caso fácil) sino “qué es el derecho” (caso difícil).<sup>12</sup> El profesor en el aula de clase y el autor en sus textos, formulan entonces un diagrama similar al expuesto y, a partir de él, organizan el contenido de una teoría de la argumentación consistente.

Nuestra postura ha sido hasta el momento crítica con respecto al funcionamiento de la teoría “normal” de la argumentación, pero tan sólo hemos listado dos déficit que hemos encontrado en nuestra apretada reconstrucción de la estructura de un currículo cualquiera. Corresponde ahora defender lo que consideraríamos más adecuado como procedimiento, las razones que nos hacen preferirlo y las ventajas de nuestra oferta.

El punto de partida de las teorías de la argumentación jurídica comparte algunos rasgos de familia con las teorías lógicas normales apli-



<sup>12</sup> Esta misma distinción en los casos fáciles y los difíciles se encuentra tanto en autores nacionales como extranjeros; basta para el efecto remitir a los trabajos de Hart, Dworkin, Aarnio, Atienza, Portela, Uprimny y Rodríguez.

casas al control del funcionamiento de los enunciados. Debe notarse, sin embargo, que con respecto a las funciones de una teoría de la argumentación, Atienza ha indicado tres: “la primera es de carácter teórico o cognoscitivo, la segunda tiene una naturaleza práctica o técnica, y la tercera podría calificarse como política o moral”;<sup>13</sup> reproduce de esta manera el autor lo que Rorty llama el “canon” Platón-Kant<sup>14</sup>, esto es, la teoría que divide a los seres humanos en tres sectores mutuamente diferenciados entre los cuales no hay cruces: la esfera práctico-moral, la esfera estético-expresiva y la esfera cognitivo-instrumental (estos son los nombres que da Habermas a las tres facultades kantianas: del conocimiento, la facultad de juzgar y la esfera ética). El problema radica en la división de las esferas como compartimientos estancos: lo que se hace en el campo del conocimiento afecta pero no es lo mismo que aquello que se hace en el campo de la acción o en el del arte. Esta división ha pasado sin mayores críticas hasta bien entrado el siglo XX. Sin embargo, su fuerza no es tan contundente como parece y sus consecuencias teóricas son demasiado extremas. Las tradiciones hermenéuticas han diferenciado tres esferas del acto de comprender que no se corresponden directamente con las tres mencionadas, pero que apuntan en el fondo a dar una versión divergente de lo mismo, de esta manera se habla de una capacidad (subtilitas) de explicar, de aplicar y de entender que parece escindida en los tres niveles, pero que opera en una simultaneidad de la comprensión. La hermenéutica es consciente de que las divisiones resultantes del análisis no son necesariamente divisiones reales en la cosa que se analiza.

Por otra parte, debemos recordar que las tradiciones que en el siglo XX se han ocupado del análisis de los enunciados vienen de dos familias dispares. Por una parte está la tradición analítica del giro lingüístico en filosofía, emparentada con el positivismo de principios del siglo XX, y por otra parte encontramos las tradiciones “continentales” de la fenomenología y la hermenéutica, que presentan una forma alternativa de examinar los enunciados lingüísticos, sea desde el punto de vista de su origen en la conciencia o desde el punto de vista de su reconstrucción en la tradición.

<sup>13</sup> Atienza, *Las razones del derecho*, op. cit., p. 249.

<sup>14</sup> Al respecto véase Rorty, Richard, *La filosofía en el espejo de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1983, o el volumen I de los *Philosophical papers* del mismo autor.

En el campo de la filosofía del derecho la división no se ha planteado en términos tan fuertes, porque lo que hay aquí en juego es la cercanía o lejanía con los esquemas metafísicos, antes que la relación con el lenguaje. Sin embargo, las teorías constructivistas (por ejemplo, Dworkin, Habermas, Alexy, Rawls),<sup>15</sup> se ofrecen como alternativas explicativas a las teorías analíticas, desde las altamente formalizadas (Bouligyn, Alchurron), hasta las menos fundamentalistas (Hart). Parecería que el legado de la hermenéutica clásica y la fenomenología se orientara por el lado de las teorías constructivistas, que hacen suyo el problema ético aunándolo con el tratamiento técnico de los asuntos jurídicos. Sin embargo, la tendencia a adaptar el procedimiento de las ciencias fuertes es aquí también la norma y posee, en consecuencia, los efectos negativos que hemos señalado. Hay que matizar esta afirmación, sin embargo, en el sentido en que el deslinde con el iusnaturalismo clásico ha llevado a que en algunos casos (Hart, principalmente), se reconozca un contenido mínimo de verdad a una serie de proposiciones que no chocan con el sentido común.

Parece necesario, en todo caso, replantear el problema a la luz de otra tradición, la de la hermenéutica, que hasta el momento se ha considerado tan sólo como una disciplina que se ocupa de la interpretación del enunciado jurídico y no del control de la estructura del razonamiento. Nuestra propuesta consiste, a la luz de lo planteado, en hacer un *tour de force* en algunos de los puntos de partida de la hermenéutica filosófica tal como fue presentada por Gadamer en 1965,<sup>16</sup> complementar las creencias de base con un expediente que proviene de la tradición misma del tratamiento del problema y ofrecer un atisbo de la forma de funcionamiento de nuestra propuesta. Veamos.



<sup>15</sup> El uso que se hace aquí de la expresión “teorías constructivistas”, atañe a la referencia que hace el profesor César Rodríguez de la clasificación ofrecida por Duncan Kennedy, según la cual, son constructivistas “una serie de propuestas muy diversas que intentan demostrar la coherencia interna del derecho y la neutralidad de la aplicación judicial del mismo”. Rodríguez, César, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”, en Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1999.

<sup>16</sup> Gadamer, *op. cit.*

## 4. REPLANTEAMIENTO DEL ASUNTO DESDE LA HERMENÉUTICA

### 4.1 El punto de partida

En el programa de una hermenéutica filosófica propuesto por Gadamer, hay una advertencia que se sigue a lo largo del texto: la hermenéutica filosófica no es en ningún caso un método que sea aplicable a un objeto. Esto es, enfrentado al primado del método como constitutivo de la verdad del objeto, Gadamer intenta recuperar la verdad que está presente en el acto mismo de la comprensión, que es a lo que apuntan todas nuestras prácticas en tanto que son morales. Para esto, el “objeto” no debe ser entendido como uno de los polos de la experiencia. Por el contrario, los tres niveles del análisis (interpretación, comprensión y aplicación) son tres momentos copresentes en el acto de la comprensión. No un listado de reglas a seguir para obtener un conocimiento preciso del objeto (una “explicación”), sino un dejar que la cosa misma hable desde una tradición que todavía nos interpela desde la distancia histórica, y que nosotros hacemos nuestra cada vez que entendemos que hay una pregunta que la tradición posee que aún nos interroga por su propio sentido. Esto parece estar muy alejado del análisis simple de un enunciado para encontrar en él su estructura argumentativa, pero ¿es esto realmente así?, ¿hay efectivamente una distancia insalvable entre el contenido de un argumento y la pregunta a la que el argumento responde? Parecería que los argumentos pueden ser llevados a esquemas y que, correlativamente, un esquema estándar para un argumento puede aplicarse a otro argumento que comparta “rasgos de familia”. Éste es el triunfo del método. Sin embargo, es nuestra opinión que resulta conveniente hacer plausible el “dejar hablar al objeto” (el “volver a la cosa misma” husserliano),<sup>17</sup> máxime cuando el objeto es un argumento real.

Esto quiere decir que, en términos de una propuesta de teoría de la argumentación que comparta rasgos con la hermenéutica filosófica, cada argumento debe ser considerado no desde el método previo que lo podrá describir, sino desde el seno mismo del enunciado, entendido a la luz de sus “horizontes de experiencia”, junto con los

---

<sup>17</sup> Una versión “popular” del asunto puede ser encontrada en Husserl, Edmund, *La idea de la fenomenología*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1982.

prejuicios del interpretador (en cada caso, un sujeto). Para asumir el peso real de un argumento no basta su éxito público; debe ser contrastado con la pregunta de la cual es él respuesta. Para esto no se requiere un método, se requiere tan sólo una comprensión previa del “campo” en el que se mueve el argumento (por ejemplo, si forma parte de una cadena lingüística presente en un proceso de derecho privado o si forma parte de una sentencia judicial, en cuyo caso los horizontes son diferentes); habiendo desentrañado el campo previo en el que se mueve el argumento (que no significa un salir del argumento, sino un sumergirse en sus condiciones de partida), el intérprete (que en este caso es el teórico de la argumentación) puede él mismo formularse la pregunta que dio origen al argumento y con esto su comprensión del mismo habrá mejorado de manera sustantiva. El estudiante en el aula, o el lector del texto, no tendrán frente a sí enunciados aislados de horizontes de vida reales, sino que sabrán reconocer los alcances de los enunciados en la medida en la que los puedan equiparar a situaciones de su propia vida. En este sentido, reinterpretemos la función moral de la comprensión que, pensando en Aristóteles, había formulado Gadamer: “Se habla de comprensión cuando uno ha logrado desplazarse por completo en su juicio a la plena concreción de la situación en la que tiene que actuar el otro. Por lo tanto, tampoco se trata de un saber en general, sino de algo concreto y momentáneo”.<sup>18</sup>

Éste es el punto de partida que proponemos: no un listado de las posibilidades de los argumentos, sino una comprensión previa de los mismos, que se hace consciente desde el inicio, y garantiza la posibilidad real de medir el peso del enunciado. Lo pone en relación directa con los horizontes de sentido a partir de los cuales se comprende, en lugar de aislarlo en los cajones a los que puede ser llevado. Es éste, en consecuencia, un punto de vista metodológico en contra del empleo de los métodos. Adorno había afirmado (en una consecuencia de Husserl presente en su obra) que a cada objeto le corresponde un método específico –y no al contrario–. En virtud de esto, afirmamos que a cada argumento corresponde una forma específica de ser construido, una pregunta a la que intenta responder, y el lector e intérprete del argumento están siempre en la posibilidad de entender este aspecto, cuando lo incorporan al flujo posible de su conciencia en la comprensión misma como acto.



<sup>18</sup> Gadamer, *op. cit.*, p. 394.

Quizás una variación como ésta, propuesta al inicio de un curso o de un libro, permita poner los problemas de la argumentación en un nivel de comprensión que facilite tanto el entendimiento del enunciado, cuanto el desentrañamiento de sus propias valencias.

#### 4.2 El procedimiento posterior

Nuestras anteriores afirmaciones replantean el problema mismo de una teoría de la argumentación jurídica. Siendo la comprensión en nuestra propuesta el punto de partida del procedimiento y el punto de llegada también, conviene anotar la forma como este experimento puede llevarse a cabo. Por razones de economía no haremos énfasis sino tan sólo en los rasgos más visibles del procedimiento, reservando las modificaciones para un escrito posterior.

Los enunciados que se presentan a la teoría de la argumentación jurídica provienen de diversas fuentes, tantas como actores tiene un proceso. Tales fuentes pueden ser reducidas a las siguientes: los sujetos del proceso (el procesado y el acusador), los alegatos de los abogados que representan a las partes, los testimonios de los testigos y las pruebas aportadas al proceso entendidos como textos a ser interpretados como argumentos, y las decisiones del juez. Todos estos enunciados pueden ser descriptivos, normativos, aseverativos, etc. Las teorías tradicionales de la argumentación se han detenido en los alegatos (como ejemplos de argumentos) y en las sentencias (como modelos de un buen o mal argumento). La fortaleza de los argumentos se sopesa bien sea en el éxito final del argumento, o en la consistencia misma que éste posee en virtud de su claridad, nivel explicativo, capacidad de convencimiento etc. Ahora, en la presente propuesta, a la luz de las condiciones iniciales, los argumentos surgen como respuesta a preguntas que cada proceso plantea en sí mismo; éstas pueden ser desde ¿hay aquí un delito?, o ¿es este sujeto culpable?, hasta ¿se ha violado aquí un procedimiento?, o incluso ¿es esto justo? Cada una de las preguntas abre un horizonte propio que lleva consigo dos tareas. La primera es la comprensión del contenido de cada enunciado en el medio en el que el enunciado es proferido (se trata, en otros términos, de la clasificación del enunciado, ya no en términos de una teoría previa, sino en los términos del horizonte específico del caso a considerar), luego viene la tarea de medir el alcance del enunciado como argumento que responde a una pregunta específica.

*Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 117-134, enero-junio de 2005*

De esta manera empleamos un mismo procedimiento (el del análisis del horizonte del proceso) y lo aplicamos al descubrimiento de la función del argumento en el mismo medio en el que funciona, y no en el medio externo de la teoría que lo clasifica. Esto no quiere decir que las teorías al uso acerca de la clasificación de los argumentos sean desechadas, se trata de modificar su función rectora y de dar prioridad a la ley previa del contenido. Mucho se ha reprochado a los abogados en ejercicio su frialdad con respecto tanto al proceso como a la falta de ética de sus actuaciones; es posible que el acostumbamiento a tratar los enunciados desde fuera sea responsable en alguna medida de este reproche. Las teorías clasificatorias serán ahora, en virtud de este procedimiento, funcionales a la tarea de comprender el enunciado como argumento en un proceso real con una pregunta inicial que tan sólo a él le corresponde responder.

Esto quiere decir, entre otras cosas, que todas las piezas procesales son tenidas en cuenta en el mismo nivel de relevancia. Para las teorías de la argumentación tradicionales grupos enteros de enunciados que pueden ser leídos como argumentos son irrelevantes. Por ejemplo, no es relevante ocuparse de la estructura de un argumento que subyace a la presentación de las pruebas, a los reportes de los peritos, a los testimonios de los testigos. Estas piezas procesales son funcionales a la sentencia y, por esto mismo, son consideradas como meros antecedentes no susceptibles de análisis. Consideramos que con este procedimiento se ha perdido mucho de lo que realmente compone un proceso desde el punto de vista de su estructura argumentativa. Tomarse en serio un proceso (que es la tarea de un abogado en ejercicio) incluye tomarse en serio cada una de sus partes, no sólo aquellas en las que resulta evidente la argumentación como oficio profesional.

Es en este sentido que el procedimiento que proponemos debe gravitar ya no en torno a la teoría que desde un afuera clasifica, normaliza, identifica y hace manejables diversos tipos de argumentos, sino a una práctica interpretativa de argumentos que, teniendo en cuenta la pregunta a la que se dirigen todas las piezas procesales, identifica la función de las piezas en torno al todo del proceso (que es una respuesta a la pregunta, respuesta que quedará expresada en la sentencia).

Nuestra tarea es, entonces, un análisis de las diversas partes de un proceso, un análisis que podemos calificar de “interno”. A cada elemento del proceso debe corresponder una pregunta específica,

*Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1): 117-134, enero-junio de 2005*

incluso a los enunciados meramente descriptivos del tipo “relato de los hechos”; a la luz de esta pregunta, los enunciados formulados adquieren sentido y dirección. Las diversas piezas procesales, que en el ejercicio cotidiano de la práctica conforman un todo, ya no serán vistas en la disgregación de su presentación final en la sentencia, sino que serán entendidas como partes confortantes de la misma. No terminaremos en un esquema, pero entenderemos la función y relación de las partes con el todo. El aislamiento con los entornos vitales de los sujetos es aquí salvado, al comprender la pregunta del proceso como guía previa de las argumentaciones, los actores y sus enunciados podrán ser clasificados, proceso por proceso, en sus reales relaciones internas.

La tarea entonces es mayor que en las teorías tradicionales, cada pieza procesal es analizada en sí misma y a la vez como parte de un todo. Esto trae consigo una consecuencia metodológica: ya no prima la sentencia como modelo de argumentación, sino que a cada parte corresponde –en virtud de una ley autogenerativa de orden en los enunciados que seguramente encontraremos en cada una de las piezas procesales– un rango de vital importancia en la vida del proceso. Los argumentos reales, clasificados en virtud de sus mismas leyes internas, seguramente ofrecerán la posibilidad de elaborar un modelo para cadenas de enunciados similares, pero de antemano se salvaguarda la posibilidad de apareamiento de novedades, ante las cuales enmudecía la teoría tradicional. La novedad, en este sentido, no es una anomalía de un proceso, sino el desarrollo de sus mismas leyes internas de desarrollo.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, México, Fontamara, 2000.
- Adorno, T., *Dialéctica negativa*, Madrid, Taurus, 1975.
- Alexi, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

- , *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- , “Argumentación jurídica”, en VVAA, *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.
- Bonorino, Pablo y Peña, Jairo Iván, *Argumentación judicial*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Universidad Nacional, 2003.
- Ferraris, Maurizio, *Hermenéutica*, México, Taurus, 1956.
- Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método*, Madrid, Sígueme, 1965.
- García Amado, Juan Antonio, “Tópica, retórica y teoría de la argumentación”, en Memorias, Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología, Bogotá, La Universidad, 1996.
- Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, vol. II, Madrid, Paidós, 1981.
- Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961.
- Husserl, Edmund, *La idea de la fenomenología*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1982.
- López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2000.
- , *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, Universidad Nacional, Siglo del Hombre, 2004.
- Osuna Fernández-Largo, *La hermenéutica jurídica de Hans Georg Gadamer*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1992.
- Perelman, Chaïn y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989.
- Perelman, Chain, *El imperio retórico. Retórica y argumentación*, Bogotá, Norma, 1997.
- Rodríguez, César, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”, en Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1999.
- , *Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces*, en *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, Bogotá.
- Rorty, Richard, *Objetividad, realismo y verdad*, en *Escritos filosóficos I*, Madrid, Paidós, 1996.
- , *La filosofía en el espejo de la naturaleza*, Paidós, Madrid, 1997.