

Razonamiento judicial e ideología

ANTONIO OCTAVIO PICCATO RODRÍGUEZ

Introducción

El presente ensayo se inscribe, por un lado, dentro de una de las líneas temáticas en torno a las cuales puede decirse que se ha desarrollado la corriente del neoconstitucionalismo, caracterizado aquí por el destacado papel que en la teoría jurídica contemporánea esta corriente asigna a los derechos fundamentales y a la función judicial. Por el otro, se trata de recoger algunos aportes de teorías sobre interpretación y argumentación jurídicas, con miras a proponer un modelo de razonamiento judicial que pueda considerarse exento de *violencia* —de acuerdo a un significado específico que aquí se asignará al término— dentro del desenvolvimiento judicial correspondiente a un Estado constitucional de derecho. Para precisar este significado acudiremos a los elementos básicos de algunas perspectivas sociológicas, así como a la estructura —básica y muy general— de la racionalidad de acuerdo a ciertos lineamientos que extraeremos de la línea de pensamiento desarrollada por Habermas.

La propuesta debe considerarse como exposición o sugerencia preliminar para una investigación que, se antoja, puede tener alcances mucho mayores y mejor desarrollados que los que aquí se plantean. En todo caso, esperamos que la propuesta temática de este ensayo sea lo suficientemente sugerente como para ofrecer algunas líneas atractivas de investigación.

En primer término expondremos someramente lo que en la teoría jurídica moderna constituye el modelo básico de razonamiento

judicial, denominado modelo subsuntivo, caracterizado porque en él la decisión judicial se entiende como producto de un razonamiento silogístico, lo cual para buena parte de los juristas ha constituido durante mucho tiempo garantía suficiente de racionalidad en el discurso judicial.

A continuación haremos referencia a algunas de las críticas que se han enderezado al modelo subsuntivo. Éstas ponen de relieve por un lado las dificultades intrínsecas del modelo, derivadas de la insuficiencia de la lógica formal en el ámbito de la decisión práctica; por el otro, la necesidad de una justificación externa del razonamiento judicial.

Sobre este último punto desarrollaremos un análisis crítico de lo que aquí llamaremos entimema práctico, es decir, el razonamiento orientado al establecimiento de una norma de conducta, caracterizado por la existencia de precomprensiones o asunciones práctico-lingüísticas marginadas del contexto de discusión. Con ello pretendemos poner de relieve que el entimema práctico constituye una contaminación ideológica y, por ende, un ejercicio de la violencia, en el seno del discurso práctico.

Posteriormente nos ocuparemos de caracterizar al discurso del poder como aquel que se manifiesta en expresiones realizativas eficaces, las cuales requieren, para evitar convertirse en actos de habla mediante los que se ejerce la violencia, una justificación suficiente.

Más adelante analizaremos cuáles han sido las pautas que la teoría jurídica ha considerado como fundamento o justificación de la decisión judicial, mediante breves referencias al modelo de las reglas y al modelo principalista, para determinar hasta qué punto uno y otro ofrecen garantías suficientes para la racionalidad, i.e., la justificabilidad de la decisión judicial.

Sobre la base de los análisis anteriores, trataremos de exponer los lineamientos elementales de lo que llamaremos *gramática* para un modelo comunicativo de racionalidad en el ámbito del discurso judicial.

El ensayo que aquí se presenta es, como ya lo advertimos, una versión preliminar para una investigación de mayores alcances. En este sentido, puede parecer que la discusión se mantiene todavía en un plano relativamente superficial. En todo caso, el motivo para la exhibición de este estudio lo constituye el interés por generar una

discusión que asuma la temática con ánimo constructivo, por un lado, y por el otro que pudiera, gracias a la crítica, enriquecer las ideas que se pretenden exponer.

La decisión judicial como producto de un razonamiento silogístico

Para la mayor parte de la doctrina jurídica tradicional y de la lógica jurídica, constituye un lugar común el supuesto, asumido como válido —o al menos como relativamente válido—, de que el razonamiento judicial se ajusta a la estructura formal del silogismo lógico, donde la decisión del caso se equipara a una conclusión derivada de premisas dadas. La teoría jurídica denomina subsunción a esta operación *lógica* que realizan los jueces al aplicar el derecho, *subsumiendo* un caso particular al conjunto de eventos contemplados como hipótesis por la normas generales, hipótesis que condicionan a su vez la aplicabilidad de ciertas consecuencias jurídicas igualmente pertenecientes a un conjunto determinado.

El silogismo lógico, que sirve de base al modelo de la subsunción, es la cadena deductiva mediante la cual se enlaza un término menor con un término mayor a través de un término medio, de acuerdo a la ley de la transitividad:

$$\text{si } a \in b \text{ y } b \in c \text{ entonces } a \in c$$

Hay algunas reglas básicas del silogismo que corresponde tener en mente: en primer término, que la conclusión no puede contener otra información que la ofrecida por las premisas; en segundo lugar, que el término que sirve de enlace de acuerdo al principio de transitividad, es decir el término medio, no puede formar parte del enunciado de la conclusión. Sobre esta base elemental, la jurisprudencia tradicional ha elaborado un modelo de razonamiento jurídico básico conforme al cual, en su representación más simple, el papel de premisa mayor lo desempeña una norma general y abstracta; el papel de premisa menor corresponde a aquél enunciado que afirma que un sujeto cualquiera ha realizado la conducta descrita por la norma de la premisa mayor y, finalmente, la conclusión es la atribución de las consecuencias jurídicas

establecidas por la norma; premisa mayor, al sujeto cuya conducta es descrita en el enunciado de la premisa menor. Por lo que tendríamos un modelo básico en el que dados: PM = premisa mayor; Pm = premisa menor; C = conclusión; TM = término mayor; Tm = término medio; y tm = término menor, y los podríamos representar como:

PM: Quien realice la conducta X
debe sufrir las consecuencias jurídicas S
Pm: El sujeto A realizó la conducta X;
C: A debe sufrir las consecuencias jurídicas S
Donde: S = TM; X = Tm; y A = tm

El modelo deja mucho que desear por lo excesivamente esquemático; no obstante, a él se han sujetado la mayoría de quienes se han ocupado de la lógica jurídica. Existe una representación más compleja del mismo modelo, que bien podemos considerar como paradigmático en la teoría tradicional del razonamiento jurídico. El modelo lo tomamos de Daniel Mendonça:

En el ejemplo ofrecido, simbolicemos sus elementos del siguiente modo: «S» representa «(es) sacrílego», y «N» representa «(es) nulo»; «D», «es celebrado en domingo»; «x» representa «cualquier contrato» y «a» representa «el contrato celebrado entre A y B». Sobre esa base, el razonamiento justificatorio tendría la siguiente forma:

- (1) (x) (Sx → Nx)
- (2) (x) (Dx → Sx)
- (3) (x) (Dx → Nx)
- (4) (Da → Na)
- (5) Da
- (6) Na

En el razonamiento, (1) representa la disposición legal según la cual todo contrato sacrílego es nulo; (2) representa el resultado de la estipulación parcial del significado del término «sacrílego», de manera que todo contrato celebrado en domingo es sacrílego; (3) es consecuencia lógica de (1) y (2), pues se sigue de ellas que todo contrato celebrado

en domingo es nulo (por sacrílego); (4) representa la especificación universal en virtud de la cual se sustituye en la formulación dada en (3) la variable universal (todo contrato) por el individuo (el contrato a, en particular): si a es un contrato celebrado en domingo, entonces a es un contrato nulo; (5) representa una afirmación de hecho según la cual el contrato individual en cuestión ha sido celebrado en domingo; (6) representa la conclusión del razonamiento, en base a las premisas (1) a (5): el contrato a, en concreto, es un contrato nulo.¹

Estructuralmente el modelo parte de la existencia de una norma general *aplicable* como supuesto básico y punto de partida del razonamiento. Este modelo corresponde o es generalmente asociable al tipo de razonamiento que podríamos asociar con los sistemas jurídicos de derecho *legislado*. Es posible también hallar que la misma estructura pretendidamente lógica del razonamiento jurídico es empleada en la jurisprudencia del *common law*, o más acertadamente denominado, el *judge made law*. Para representar esta variante tomamos la exposición de Edward Levi, quien propone la siguiente caracterización:

The basic pattern of legal reasoning is reasoning by example. It is reasoning from case to case. It is a three-step process described by the doctrine of precedent in which a proposition descriptive of the first case is made into a rule of law and then applied to a next similar situation. The steps are these: similarity is seen between cases; next the rule of law inherent in the first case is announced; then the rule of law is made applicable to the second case.²

El patrón general es el mismo, aunque en el *judge made law* podríamos describirlo de distinta manera, empleando la analogía como

¹ Mendonça, Daniel, “Aplicación del derecho”, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, 2ª ed., p. 271.

² Levi, Edward H., *An introduction to legal reasoning*, Chicago, Chicago University Press, 2002, pp. 1-2 [“El patrón básico del razonamiento legal es el razonamiento por ejemplo. Es un razonamiento de caso a caso. Es un proceso de tres pasos en el cual la proposición descriptiva del primer caso es convertida en regla de derecho y luego aplicada a una situación similar. Los tres pasos son los siguientes: la similitud entre casos es observada; luego la regla de derecho inherente en el primer caso es proclamada; luego esa regla de derecho se hace aplicable al segundo caso”, T. del A.]

principio que hace aplicable la *ratio decidendi* que informa a la *rule of law* en cada caso. Así, la *ratio decidendi* del precedente, que en este sistema haría las veces de norma general o premisa mayor, es aplicable, por analogía, al nuevo caso a resolver, cuya descripción (premis menor) es *isomorfa* con, o equivalente a, la descripción de la premisa menor del primer caso, justificándose con ello, en términos lógicos, la conclusión.

El modelo tradicional tiene todavía una exposición más simple en la lógica jurídica cuya versión *clásica* es la elaborada por Ulrich Klug. Sobre la base del modo silogístico conocido como *Barbara*, Klug desarrolló su variante, que denominó *Barbara II*, cuya particularidad radica en la premisa menor.

El modo *Barbara* es el silogismo construido con tres proposiciones universales afirmativas: todo p es q ; todo q es r ; de donde la conclusión resultante es: todo p es r ; de acuerdo a la ley de transitividad. La característica de esta figura silogística es, reiteramos, el estar integrada por tres proposiciones afirmativas universales.

En el caso del silogismo jurídico representado por la figura *Barbara II*, Klug sostiene que la diferencia con respecto al *modus Barbara* radica en que la premisa menor no es una proposición afirmativa universal sino particular. Expliquemos esto.

El silogismo categórico *modus Barbara* no afirma la existencia de miembros en ninguna de las clases involucradas en las premisas; sólo permite afirmar válidamente que: si hay al menos un miembro de una clase y ésta, a su vez, pertenece a una segunda clase, entonces el miembro que pertenece a la primera pertenece simultáneamente, por necesidad lógica, a la segunda. Es decir que si una clase posee miembros y aquélla pertenece a su vez a otra clase, entonces los miembros de la primera clase, al pertenecer a la primera pertenecen también a la segunda. No se nos dice si es cierto que existen miembros de las clases, sino que sólo se afirma que, de existir un miembro de la primera clase, le serán aplicables los predicados de la otra.

Esto por lo que toca al silogismo lógico puro. En el caso del silogismo jurídico, y esta es la diferencia que plantea Klug entre el modo *Barbara* y el modo *Barbara II*, la premisa menor es un juicio singular que afirma que existe por lo menos un miembro de una de las clases. En el caso, se trata de afirmar que existe un miembro de la

clase comprendida en la oración *el individuo que realice la conducta X*. En este esquema general, la decisión jurídica se nos aparece como la inferencia deductiva derivada del enunciado general representado por la norma aplicable a un caso. Este enunciado puede ser dividido en dos elementos: el conjunto de hechos condición (para emplear una terminología semejante a la que utiliza García Máynez) y el conjunto de consecuencias. Según esto, si la conducta descrita por la premisa menor es semánticamente compatible con el conjunto de hechos condición, entonces se justifica la imputación de las consecuencias jurídicas consideradas en la norma general al caso concreto descrito por la premisa menor.

Dentro de esta línea de pensamiento, Rupert Schreiber dice que la relación que se plantea entre la decisión jurídica y la norma que le sirve de fundamento, es paralela a la que existe entre la proposición indicativa individual y la proposición general que correspondería a una premisa mayor:

La significación de este isomorfismo entre las proposiciones indicativas individuales y las decisiones jurídicas adquiere toda su importancia sólo a través del análisis de las normas jurídicas. Pues si las estructuras de las proposiciones individuales indicativas y normativas son idénticas puede suponerse que las decisiones jurídicas pueden estar subordinadas a las normas jurídicas de la misma manera que lo están las proposiciones indicativas individuales a las proposiciones indicativas generales.³

En definitiva, es posible considerar como dominante en la teoría jurídica, la creencia de que los aplicadores del derecho, señaladamente los juzgadores, realizan una operación lógica relativamente simple de subsunción de un hecho concreto a una norma general. El objetivo de la subsunción sería determinar si al hecho en cuestión cabe considerarlo como *miembro* de un conjunto de hechos abstractamente determinados por dicha norma y, en consecuencia, justificar a partir de ello la imputación de las consecuencias jurídicas previstas en aquella

³ Schreiber, Rupert, *Lógica del derecho*, México, Fontamara, 1995, trad. Ernesto Garzón Valdés, p. 43. Dice más adelante: "Partimos del hecho de que las proposiciones pueden ser inferidas unas de las otras y que, por consiguiente, la validez de las proposiciones puede inferirse de la validez de otras proposiciones", *idem.*, p. 57.

norma general. La simplicidad formal del modelo en cuestión, útil quizás para caracterizar en sus rasgos más generales la función jurisdiccional, adolece de insuficiencias que merecen discutirse, dentro de una concepción jurídica amplia que parta del debido énfasis en la garantía de los derechos fundamentales, como es el propósito de este ensayo. Se trata de un enfoque crítico que requiere, como paso previo, establecer ciertos conceptos con base en los cuales es permisible concluir que las deficiencias formales del modelo de razonamiento judicial en cuestión, sirven como puerta de entrada a precomprensiones ideológicas mismas que, al marginar de la discusión jurisdiccional cierta clase de argumentos por no ser tematizados, implican una imposición violenta o irracional de tales precomprensiones, es decir, de las premisas con base en las cuales se hace pasar por justificable el ejercicio de la violencia institucionalizada.

Crítica al modelo silogístico del razonamiento judicial

Los argumentos que hacen crítica del modelo tradicional antes sintetizado no son pocos. Las teorías de la argumentación jurídica, así como muchas de las corrientes iusfilosóficas contemporáneas y algunas variables empleadas por la sociología jurídica permiten señalar, más o menos directamente, los puntos débiles del modelo tradicional del razonamiento judicial. En principio, este modelo subsuntivo se nos presenta como excesivamente simplificado para la clase tan significativa de operaciones que busca representar. Las observaciones susceptibles de formularse, la mayoría de ellas ya planteadas de alguna u otra manera en el ámbito de la teoría del derecho, obedecen al giro judicialista del pensamiento jurídico contemporáneo que, superando ciertas limitaciones de los modelos formalistas, han puesto el énfasis en el proceso de toma de decisiones en el ámbito judicial. Es decir, el centro del interés en el pensamiento jurídico actual está en la actividad de los jueces.

La primera y fundamental crítica al modelo subsuntivo, sería una crítica interna, ya que la discusión tiene su sede en la misma perspectiva de la lógica formal. Su formulación más contundente consideramos que la ofrece Adrián Rentería, en referencia a las sentencias absolutorias en cuestiones penales. En efecto, se trataría de un razonamiento

en el que la premisa mayor establecería: *Todos los ladrones deben ser condenados*; la premisa menor sería *X no es un ladrón*; y la conclusión sería *X no debe ser condenado*. Sobre este razonamiento comenta Rentería:

Ahora, si bien aparentemente se trata de un silogismo válido en realidad la conclusión no resulta en modo absoluto de las premisas. En efecto, en la conclusión existe algo que no encontramos ya en las premisas. En un esquema de explicación semejante se cae, como quien ha estudiado lógica sabe, en la falacia de la negación del antecedente, ampliamente conocida y estudiada en el campo lógico.⁴

El ejemplo de Rentería pone de manifiesto que el modelo propuesto por Klug es incorrecto. Si entendemos bien lo que es un silogismo, sabemos que la premisa menor es la que sirve de enlace entre la premisa mayor y la conclusión. En el caso de la sentencia absolutoria de que nos habla Rentería, la premisa menor es un enunciado particular negativo, y aquí está la más radical diferencia con respecto al modelo de Klug, pues el *modus Barbara* que le sirve de base requiere una premisa menor formulada como enunciado particular afirmativo. Es decir, Klug pretende que su modelo represente una cadena en la cual la conclusión derive de la sucesiva pertenencia de un objeto a clases en rango ascendente. En la sentencia absolutoria, la característica, como lo expone Rentería, es que se requiere un enunciado en el que se establezca la no pertenencia del objeto a una clase, lo cual impide su pertenencia a la clase superior.

La crítica externa, por su parte, es la que más nos interesa desarrollar aquí. Ahora bien, profundizar en la variedad de posibilidades para esta tarea sería, sin embargo, motivo para un análisis de alcances mucho mayores del que aquí se ensaya. Así, trataremos de acotar la crítica externa con apoyo en algunos instrumentos teóricos y conceptuales básicos. Para ello precisaremos los indicadores que servirán de base a nuestro análisis.

En primer término se hace necesario plantear cuando menos un esbozo de lo que podemos entender por racionalidad en relación con el razonamiento práctico, del cual el razonamiento jurisdiccional

⁴ Rentería, *op. cit.*, p. 86.

constituiría una variante. Para ello consideramos oportuno retomar a grandes rasgos algunas líneas básicas de la *Teoría de la Acción Comunicativa* de Habermas, en relación con las diferentes pretensiones de validez de los actos de habla. Dice Habermas:

Partiendo del análisis de las formas de enunciados pueden aclararse en principio las condiciones semánticas bajo las que resulta *válida* la correspondiente oración, pero en cuanto el análisis se interna en la cuestión de las posibilidades de fundamentación de la validez de los enunciados se ponen de manifiesto las *implicaciones pragmáticas* del concepto de validez. Qué significa fundamentación es algo que sólo puede aclararse recurriendo a las condiciones del desempeño discursivo de pretensiones de validez. Como los enunciados descriptivos, normativos, evaluativos, explicativos y, por lo demás, también los expresivos se distinguen por su forma, son precisamente los análisis semánticos los que nos avisan de que con la forma de los enunciados cambia también de modo específico el *sentido de la fundamentación*. La fundamentación de enunciados descriptivos significa la demostración de la existencia de estados de cosas; la fundamentación de enunciados normativos, la demostración de la aceptabilidad de acciones o de normas de acción...⁵

La aceptabilidad a que se refiere el “desempeño” de las pretensiones de validez en los enunciados normativos podemos considerar que se resuelve a través del principio de discurso, también planteado por Habermas en otra obra:

D: Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales.⁶

La racionalidad característica de la clase de discursos a que alude Habermas en la definición del principio de discurso, se puede caracte-

⁵ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, vol. I, México, Taurus, 2001, trad. Manuel Jiménez Redondo, p. 65.

⁶ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, trad. Manuel Jiménez Redondo, p. 172.

rizar a partir del desarrollo que en la *Teoría de la Acción Comunicativa* sigue a la exposición de su modelo de argumentación. Brevemente expuesto, el modelo de racionalidad que podemos extraer de la teoría de Habermas se traduce en el rechazo a las precomprensiones, es decir los prejuicios, que en su carácter de tales tienen la función de mantener al margen de la discusión ciertas afirmaciones, i.e., no *tematizan* parte de los supuestos de la discusión. En pocas palabras, al no tematizarse ciertos elementos del discurso, los mismos quedan exentos de pasar la prueba de su validez, por lo cual dicha clase de presuposiciones deben tenerse como no racionales. La regla básica de esta caracterización del discurso como mecanismo de interacción social es que todas las afirmaciones deben superar la problematización de sus pretensiones de validez. Como veremos más adelante, la característica de cierta clase de discursos en los cuales ciertas pretensiones de validez no pueden ser problematizadas, hace que constituyan una forma de violencia.

La racionalidad así entendida, en el contexto del razonamiento judicial, debe entenderse como un requisito al que deben sujetarse las premisas para ser consideradas válidas —o suficientemente válidas— como fundamento de una decisión de autoridad. En este sentido resulta obvio que las estructuras de la lógica deductiva características del modelo subjuntivo resultan insuficientes para garantizar dicha racionalidad, pues se presentan como meros parámetros para asegurar una compatibilidad semántica mínima entre los enunciados que sirven de premisas, sin que ello sea suficiente como criterio de justificación para un acto de habla de naturaleza particular, como son las sentencias judiciales. La correspondencia semántica entre enunciados es sólo una condición necesaria, pero no suficiente, para la racionalidad de la conclusión en el razonamiento jurisdiccional. Como bien lo sostiene Manuel Atienza, la lógica deductiva sólo ofrece herramientas para un control débil de la racionalidad en la decisión jurídica:

Ahora bien, de ahí no se sigue que el único mecanismo de que disponemos para el control racional de las decisiones jurídicas es el que nos brinda la lógica deductiva. Si esto fuera así, solamente podríamos hablar de la racionalidad de las decisiones jurídicas —en este caso, de las decisiones judiciales— en un sentido muy débil, pues la lógica deductiva: 1) no dice

nada sobre cómo establecer las premisas, esto es, parte de ellas como algo ya dado; 2) no dice en rigor tampoco nada sobre *cómo* pasar de las premisas a la conclusión, sino que únicamente da criterios sobre *si* un determinado paso está o no autorizado...; 3) es dudoso —o al menos, muchas veces se ha dudado— de que quepa una inferencia *normativa*, esto es, una inferencia en que al menos una de las premisas y la conclusión sean normas...; 4) sólo suministra criterios formales de corrección: un juez que utilice como premisas, por un lado, una norma manifiestamente inválida y, por otro, un relato de los hechos que contradice frontalmente la realidad, no estaría atentando contra la lógica; 5) no permite considerar como argumentos válidos aquellos en los que el paso de las premisas a la conclusión no tiene carácter necesario, aunque sea altamente plausible; 6) no permite dar cuenta tampoco de una de las formas más típicas de argumentar en el Derecho (y fuera del Derecho): la analogía; 7) no determina, en el mejor de los casos, la decisión en cuanto tal... sino el enunciado normativo que es la conclusión del silogismo judicial...⁷

Las observaciones de Aienza dan cabida a una interminable cadena

⁷ Aienza, Manuel “Argumentación Jurídica”, en Garzón Valdés, Ernesto, y Laporta, Francisco, *op. cit.*, pp. 232-233. En el mismo sentido, Adrián Rentería sostiene: “La lógica, en efecto, no juega algún papel en la tarea de establecer si una premisa es verdadera; tal papel, en todo caso pertenece a la teoría del conocimiento en su sentido estricto. La lógica nos dice sólo que, si consideramos algunas premisas no podemos, sin caer en contradicciones, no considerar verdadera también la conclusión. Este «límite» del papel de la lógica constituye una primera característica importante de la que debemos estar conscientes cuando hablamos de modelo formal de razonamiento; en efecto, sobre todo, cuando se concede demasiada importancia al aspecto estructural del razonamiento se termina por subestimar la importancia de las actividades que preceden la formulación lingüística de las premisas de derecho y de hecho. De este modo, viene a menos la importancia de la interpretación del enunciado que contiene la norma aplicable a la circunstancia concreta, además de la importancia de la actividad mediante la cual se establece que un determinado hecho se ha o no verificado y que su autor ha sido Fulano o Mengano, y, para terminar, el nexo intrínseco entre hecho controvertido y norma. Todo ello pasa a un plano secundario que funciona sólo como telón de fondo a la posible dilucidación de la relación deductiva entre premisas y conclusión. En el caso del razonamiento judicial resulta de particular importancia que estas actividades donde el papel discrecional del juez puede ser determinante, se substraen a la reflexión, y de esta manera se tiende, de modo inconsciente tal vez, a presentar una determinada decisión judicial como la respuesta correcta (predeterminada, «lógica») a la controversia en cuestión, y no —como en realidad sucede— como el producto de toda una serie de actividades en la que a (pocos) juicios de verdad se suman (muchos) juicios de valor”, Adrián Rentería, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, México, Fontamara, 2002, 2ª ed., p. 81.

de juicios críticos sobre las posibilidades de apoyar el funcionamiento de los sistemas jurisdiccionales en parámetros exclusivamente lógicos.

No es nuestro interés desarrollar aquí todas y cada una de estas posibilidades críticas, pero sí emplear algunos de los argumentos hasta aquí esbozados, en apoyo a nuestra tesis relativa a los razonamientos judiciales de naturaleza entimemática. El propósito es, conviene insistir en ello, sujetar a esta clase de razonamientos, es decir a los actos de habla de ellos derivados, a condiciones de racionalidad superiores a las que, como hemos visto, ofrece la lógica deductiva. Para ello es clave equiparar la racionalidad de los actos de habla en cuestión con la posibilidad de que los mismos puedan superar la prueba de su problematización.

De alguna manera, lo que aquí sostenemos involucra una discusión sobre la validez normativa. Como es bien sabido a partir de Kelsen, los sistemas normativos pueden a este respecto clasificarse en dos grupos: los estáticos y los dinámicos. A los primeros les corresponde el criterio de validez que Conte y Comanducci llaman *dianoético*, es decir, la posibilidad de que las normas sean inferidas lógicamente a partir del contenido de otras normas de rango superior. A los segundos, por su parte, corresponde la validez que estos autores denominan *deóntica*, en el sentido de que es un criterio meramente formal de acuerdo al cual la validez de la norma creada depende de la competencia del órgano que la elabora y del procedimiento que dicho órgano sigue en su funcionamiento. Por lo que se refiere a la validez dianoética de una norma, Comanducci formula la siguiente observación:

En términos menos elegantes: el hecho de que una norma individual y concreta haya sido correctamente inferida de una norma general y abstracta jurídicamente válida no comporta, por sí solo, que también sea jurídicamente válida.⁸

La validez dianoética de una norma con respecto a otra de rango superior se asemeja a la compatibilidad semántica a la que hacíamos referencia arriba. Trasladado esto al fenómeno más complejo del razonamiento judicial podemos formular una observación crítica se-

⁸ Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México, Fontamara, 1999, trad. Pablo Larrañaga, p. 67.

mejante a la propuesta por Comanducci: la correcta inferencia lógica de una conclusión a partir de premisas dadas no es garantía suficiente para su racionalidad (la validez jurídica de la conclusión como norma individualizada quedaría tan sólo asegurada en grado mínimo por las premisas formales relativas a la competencia y al procedimiento). Así, a la validez dianoética de la decisión, sustentada primariamente en su corrección lógica, se suma la validez deóntico-formal como condiciones mínimas de validez jurídico-formal de la decisión. A esto, consideramos que es preciso añadir requisitos de racionalidad discursiva mínimos, que agrupamos bajo la etiqueta de la “prueba de problematización de los enunciados”, de modo que tenemos un concepto de validez mucho más amplio. Este criterio amplio de validez determinará que la decisión judicial, es decir, el acto de habla resultante de un razonamiento concreto referido a un caso, posea las condiciones mínimas para evitar que en su encadenamiento se haga presente la violencia en forma de precomprensión de premisas. Sólo así consideramos que una decisión judicial puede considerarse racional en el contexto del Estado constitucional de derecho.

Entimemas prácticos, ideología formal y violencia

Hablaremos de entimema práctico para hacer referencia al acto de habla normativamente orientado, que se caracteriza por deficiencias con respecto al modelo de validez arriba expuesto. Es decir: *un entimema práctico será el acto de habla normativo surgido de un proceso escasamente racional, en virtud de haberse marginado de la tematización las precomprensiones que le sirven de fundamento.*

En relación a esto, un aspecto del entimema práctico en el razonamiento judicial, que merece particular atención desde el punto de vista crítico, es su aspecto *ideológico*, en el sentido negativo que este término asume en la filosofía moderna. Aquí centraremos nuestro interés en las posibilidades que, desde el punto de vista formal, se ofrecen a la contaminación ideológica en un discurso cualquiera. Ello representa una forma de violencia, es decir de irracionalidad, desde una concreta noción de violencia para cuya determinación adoptaremos el punto de vista sociológico. En su *Diccionario de Sociología* Luciano Gallino recoge algunos sentidos del término violencia que consideramos oportunos.

tuno considerar en la presente discusión. En un sentido, la sociología entiende la violencia:

Como cualquier forma de influencia, de control, de condicionamiento, a causa de los cuales las realizaciones prácticas e intelectuales de determinados seres humanos son forzadas a mantenerse por debajo de sus realizaciones potenciales... A la noción tradicional de v[iolencia]. física directamente ejercida por un agente bien identificable, se agrega aquí la de v[iolencia]. psicológica, que incluye cualquier forma de adoctrinamiento, de amenaza ideológica, de mentira u otra distorsión de las informaciones, ejercida indirectamente por un conjunto de agentes no identificables individualmente, o individualmente insignificantes. En el mismo sentido se habla de v[iolencia]. *estructural*... a cualquier tipo de **organización**... no expresamente estructurada para hacer el máximo uso de la creatividad individual y social; a cualquier forma de propaganda y, en resumen, a cualquier acto, incluso de orden puramente intelectual, tendiente a mantener el **dominio**... de una clase o una elite sobre el resto de la población.⁹

Vinculado a este significado de la expresión, se encuentra otro que reproduce a continuación el mismo autor, y que posiblemente aparezca como más directamente relacionado con la idea de racionalidad que aquí venimos empleando:

La v[iolencia]. como forma de comunicación o de argumentación dirigida a convencer a otro de la importancia, la validez y la coherencia de creencias y valores propios del comunicante. En este caso se habla de v[iolencia]. simbólica, y la categoría de los actos violentos se extiende hasta comprender virtualmente no sólo todas las formas de interacción social, sino también los fenómenos de pura y simple transmisión de información, para no hablar de las acciones que tienen como fin explícito el de modificar a la luz de ciertos valores el comportamiento de otro, como ocurre típicamente en el caso de actividades pedagógicas.¹⁰

⁹ Gallino, Luciano, *Diccionario de sociología*, México, Siglo XXI, 2001, 2ª ed., trad. Stella Mastrangelo y Lorenzo Alegría, p. 908.

¹⁰ *Idem*.

Con base en estas dos concepciones, y a partir de la característica general de la racionalidad entendida en términos comunicativos, esbozaremos una noción operativa básica de lo que podemos entender por violencia, que resulte aplicable a los razonamientos jurídicos y que desarrollamos a lo largo de este apartado. Así, violencia sería: *Todo aquel acto de habla resultante de una cadena silogística incompleta, de modo que una o más de sus premisas (relevantes) se consideren precomprensiones, al no resultar debidamente justificadas por no sometérselas a problematización (es decir, por quedar al margen de la tematización)*. La manifestación de este tipo de violencia en el discurso judicial estaría representada, como lo desarrollaremos posteriormente, por una especial patología del discurso del poder: la discrecionalidad.

Comencemos por precisar la particular función del elemento ideológico en esta definición operativa de la violencia. Filosóficamente ya está consolidada la postura que equipara una ideología con una falsa representación; éste constituye el sentido negativo de la expresión, al cual se suma otro concepto de ideología que en otra parte hemos denominado *funcional*, conforme al cual una ideología opera como mecanismo susceptible de favorecer la cohesión o, diríamos ahora, la coordinación social.¹¹ Aquí nos interesa la función social negativa o el concepto negativo de ideología, es decir el que se asocia con una falsa representación de la realidad, como ha quedado consolidado el uso del término fundamentalmente desde la tradición marxista. En este sentido, el concepto de ideología se asocia con el primer sentido de violencia que recogimos de Gallino.

En el razonamiento práctico, la ideología se manifiesta con particular fuerza en la operatividad de las razones que justifican una decisión; en el caso que nos ocupa, se trata de una decisión proveniente de un órgano público dotado de autoridad, es decir, capaz de imponer por la fuerza sus determinaciones. Desde esta perspectiva, entendemos que ninguna razón por sí misma puede asumirse como absoluta, es decir, como dotada de un alcance universal tal que haga innecesaria su tematización, i.e., que haga de dicha razón un enunciado capaz de

¹¹ Cfr., Antonio Piccato Rodríguez, *Ideología y constitución. Una aproximación a la teoría constitucional kelseniana*, México, Porrúa, 2005.

justificar acriticamente cualquier decisión, sin requerir un examen de su contenido y sus alcances semánticos. Expliquemos esto.

Una razón que se tiene por absoluta es aquella que no admite controversia. Una razón de esta índole se caracteriza, pues, por marginar de la problematización su sentido y su fuerza para servir de justificación. Es, en definitiva, una razón que se impone por encima y al margen de cualquier otra consideración y, por lo tanto, es un factor de violencia. En efecto, si entendemos en su pleno alcance cualquiera de las definiciones de violencia resumidas por Gallino, aun en su comprensión más simple, todo elemento del discurso que se asuma como absolutamente válido constituye una exhibición de violencia, por rechazar irracionalmente toda posibilidad de problematización. En esto radica el carácter ideológico de las precomprensiones impuestas: se les hace pasar como plausibles o aceptables, cuando carecen de semejante calidad. Aparecen como *lo bueno en sí, lo justo en sí o lo correcto en sí*, cuando no existe en la interacción social comunicativamente concebida algo semejante a *lo bueno en sí, lo justo en sí o lo correcto en sí*. Es, pues, una falsa representación de la razón práctica el asumir razones o valores como absolutos, no tematizados.

Esta falta de tematización es una de las formas más dramáticas de violencia, porque encubre la violencia de —es decir, hace aparecer como no violento— un acto de autoridad, al presentarlo como justificado, cuando en realidad, no existe justificación alguna para una precomprensión que aparece impuesta. Lo contrario ocurriría si la precomprensión es tematizada, es decir, se convierte en objeto de discusión, lo cual hace que ya no aparezca como impuesta.

En definitiva, el modelo silogístico, en la simpleza que lo caracteriza, se representa aquí más por su contenido violento, dado por la cantidad de precomprensiones, es decir, de juicios no problematizados a que da cabida en el proceso de toma de decisiones por parte de un órgano jurisdiccional.

Esto representa un especial peligro por lo que se refiere a los derechos fundamentales o, mejor dicho, a los derechos en general. En efecto, si tomamos el discurso judicial a partir del impacto que éste puede tener en la esfera de los derechos, veremos que en la medida en que se desenvuelva a través de entimemas prácticos, toda posible afectación a la esfera de derechos resulta irracional. Lo anterior, en virtud del

carácter realizativo del discurso judicial, tema del que nos ocuparemos a continuación, junto con la cuestión de la justificabilidad.

Discurso del poder como discurso realizativo y justificabilidad como racionalidad

Precisada la forma en que es posible percibir la contaminación ideológica en el discurso jurídico desde un punto de vista formal, corresponde ahora detenernos en el elemento pragmático, es decir, el aspecto funcional de esa contaminación ideológica. No se trata de profundizar en la socorrida crítica orientada a poner de relieve el carácter reproductivo del poder realizado y expresado a través del derecho, críticas mayoritariamente orientadas a denunciar el carácter clasista-instrumental del derecho moderno (carácter que no nos corresponde aquí asumir ni mucho menos negar, por no corresponder al eje temático del presente ensayo). Aquí nuestro interés se centra más bien en el poder derivado de la discrecionalidad judicial, alimentada por el razonamiento entimemático, que se pone de manifiesto en una característica estructural del discurso jurídico, que es el estar conformado —sobre todo en su faceta judicial— mayoritariamente por expresiones realizativas, es decir, aquella clase de expresiones caracterizadas por el hecho de que *decir* algo es *producir* algo. Esta noción nace en los trabajos de John Langshaw Austin y John Searle. Aquí ocuparemos la noción que con respecto al ámbito jurídico plantea Karl Olivecrona, para quien con estas expresiones se realiza la creación de derechos, deberes, relaciones y propiedades jurídicas:

En realidad, el sentido de todas las expresiones verdaderamente realizativas es, en verdad, mágico. Se proponen crear algo. Lo que se considera que se realiza es la creación de una relación o de una propiedad no física por el hecho de pronunciar algunas palabras. Estos actos caen dentro de la categoría de la magia.¹²

Hablar de expresiones realizativas como una demiurgia del len-

¹² Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, México, Fontamara, 1999, 5ª ed., trad. Ernesto Garzón Valdés, p. 43.

guaje es una forma más de manifestar que las expresiones realizativas constituyen una ideología, en el sentido más común de la expresión, una representación de algo inexistente. No existen relaciones jurídicas en la naturaleza, éstas son *creadas* mediante una expresión lingüística especialmente calificada, emitida por un hablante que podemos considerar particularmente calificado, o bien por una suerte de interacción lingüística especialmente estructurada. Así, el discurso jurídico se manifiesta en la *creación* de estados de cosas paralelos a los del mundo real y objetivo. Esta creación de estados de cosas jurídicamente calificados, requiere estar sustentado en un grado de racionalidad suficiente, de acuerdo a los criterios básicos de racionalidad práctica en el sentido de no ejercicio de la violencia, como hemos expuesto. En este contexto sirve acudir a la explicación de la acción social orientada por normas según la explica Habermas:

Por el contrario, el concepto de acción regulada por normas presupone relaciones entre un actor y exactamente dos mundos. Junto al mundo objetivo de estados de cosas existentes aparece el mundo social a que pertenece lo mismo el actor en su calidad de sujeto portador de un rol que otros actores que pueden iniciar entre sí interacciones normativamente reguladas. Un mundo social consta de un contexto normativo que fija qué interacciones pertenecen a la totalidad de relaciones interpersonales legítimas. Y todos los actores para quienes rigen las correspondientes normas (por quienes éstas son aceptadas como válidas) pertenecen al mismo mundo social.¹³

Ahora bien, no obstante que no existan tales relaciones en la naturaleza, sino que las mismas son producto de una particular forma de interacción lingüística, las formulaciones lingüísticas así caracterizadas *sujetan* a los individuos y, de esta manera, puede decirse que crean una realidad paralela, una realidad convencional. En esta característica básica radica el hecho de que el discurso jurídico es un discurso del poder: en el discurso jurídico, el sujeto capacitado para formular expresiones realizativas válidas y eficaces (de acuerdo con la relación

¹³ Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, op. cit., pp. 127-128.

entre eficacia y validez en sentido kelseniano) es, por ello mismo, un sujeto dotado de poder.

En este contexto se hace necesario ocuparnos del problema de la justificación, de alguna manera anunciado con anterioridad. La justificabilidad de una expresión realizativa, diremos, es la medida de su racionalidad. En este sentido, nuevamente es Habermas quien expone con precisión la línea temática dentro de la cual nos pretendemos desenvolver. Dice Habermas:

Y decimos que una norma goza de *validez social* o vigencia cuando la norma es *reconocida* por los destinatarios *como válida* o justificada. Los estados de cosas existentes vienen representados por enunciados verdaderos, las normas vigentes por oraciones universales de deber o por mandatos que en el círculo de los destinatarios se consideran justificados. Que una norma sea *válida* idealiter significa que *merece* el asentimiento de todos los afectados, porque regula los problemas de acción en beneficio de todos. Que una norma *rija* fácticamente significa, en cambio, que la pretensión de validez con que se presenta es reconocida por los afectados. Y este reconocimiento intersubjetivo funda la *validez social* (o vigencia) de la norma.¹⁴

Es preciso no perder de vista que, situados en una reflexión con aspiraciones pragmáticas, se hacen necesario cierto acotamiento del margen teórico representado por la teoría habermasiana. La primera y más importante, núcleo de toda otra posible delimitación, se vincula con la noción del consenso que viene implícita en el párrafo transcrito. Aquí es necesario enfatizar el carácter ideal del concepto habermasiano de validez. No queremos aquí hacer uso de la expresión como si se tratara de un referente empíricamente verificable, sino más bien de una condición que se puede verificar, gracias a la sujeción a ciertas

¹⁴ Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, *op. cit.*, p. 128. Antes de continuar consideramos oportuno que para el modelo que aquí pretendemos proponer, nos parece más adecuado hablar de *justificable* que de *justificado* en los términos en que Habermas hace uso de esta última expresión. Estamos empleando herramientas teóricas en apoyo de una *gramática* o *preceptiva* del razonamiento y la interpretación, esto no debe perderse de vista, sin importar la discusión siempre pertinente sobre el eventual salto lógico, violatorio de la Ley de Hume.

pautas de comportamiento lingüístico que operan como condiciones de racionalidad, es decir, de justificabilidad. Así, la gramática del razonamiento judicial sería una variante dentro de un universo de alcances mucho más amplios, compuesto por las pautas *universales* de racionalidad del discurso del poder.

De lo hasta aquí dicho podemos rescatar dos aspectos fundamentales: por un lado, el carácter del discurso judicial como modalidad del discurso del poder, caracterizado por la capacidad de formular expresiones realizativas eficaces. En segundo lugar, la particular posición del discurso del poder —aquí concebido dentro de los márgenes correspondientes al Estado constitucional de derecho— conforme a la cual la justificabilidad de sus expresiones es la medida de su racionalidad. Aquí es donde percibimos que se hace necesario incorporar alguna escueta referencia a las corrientes garantista y neoconstitucionalista que, dentro de la jurisprudencia contemporánea, representan el intento por ubicar la reflexión teórica jurídica en un ámbito delimitado por los derechos fundamentales que desempeñan un papel condicionante de la legitimidad. Previo a ello se hace precisa una digresión relativa al papel que el positivismo jurídico bien entendido juega en este tema, así como plantear una representación de la discrecionalidad judicial, a modo de una patología en el discurso del poder y, más específicamente, del discurso jurisdiccional.

Postivismo, principalismo y modelos de garantías para la racionalidad del discurso realizativo judicial

Es posible concebir, y ese es nuestro propósito, que el positivismo jurídico bien entendido representa un supuesto de racionalidad mínima en el discurso del derecho. Ya lo referido líneas atrás sobre el carácter violento de razones y valores asumidos como absolutos —es decir, como precomprensiones—, anticipa en buena medida esta cualidad del positivismo jurídico, al ser precisamente el discurso de los valores asumidos como absolutos el blanco fundamental de las críticas que impulsaron esa corriente, sobre todo en la exposición de Kelsen. Al delimitar el ámbito del discurso jurídico —o determinarlo, para emplear una expresión próxima a la primer gran manifestación del positivismo jurídico, la *analytical jurisprudence* de Austin—, esta corriente estableció

los márgenes mínimos de racionalidad del discurso jurídico. En efecto, la restricción formal relativa a la índole de los referentes admisibles en este tipo de discurso, estableció simultáneamente los mecanismos para un control endógeno de la racionalidad en la decisión judicial, de decir, de la justificación formal. Esto, como veremos, requería un paso posterior que han logrado dar, con bastante acierto, las corrientes de la argumentación jurídica por un lado y, por el otro, las tendencias garantista y neoconstitucionalista. Estas corrientes, por su parte, representan la solución más plausible a un problema constante en el discurso jurídico y en la decisión judicial: el de los márgenes de discrecionalidad. Esta discrecionalidad no se tuvo como un vicio por los positivistas, sino como un elemento estructural más del derecho positivo, como lo reconocieron Kelsen —quien hablaba de la norma jurídica como el sentido de un acto de voluntad— y Hart, con su explicación sobre la textura abierta del lenguaje jurídico.

La jurisprudencia post positivista se ha ocupado de este problema de la discrecionalidad a través de dos planteamientos de suyo interesantes. Uno de ellos es el de la justificación externa, planteado por Wróblewski. El otro es el rescate de los principios —y las directrices políticas— como elementos constitutivos del discurso jurídico, de acuerdo a la propuesta de Ronald Dworkin, y su fisonomía característica que ha despertado el creciente interés en la teoría contemporánea por el principalismo y su derivado *juicio de ponderación*. Este último es uno de los rasgos que acercan a las corrientes garantista y neoconstitucionalista con las tendencias sobre la argumentación jurídica. Nos ocuparemos en este apartado sobre todo de los principios, cuya importancia parece ser sensiblemente mayor a la de las directrices políticas; lo relacionado con la justificación externa de Wróblewski lo retomaremos en el apartado final de este trabajo. Pero antes nos detendremos en el problema de la discrecionalidad, para posteriormente determinar si los principios constituyen por sí mismos una solución suficiente para esta patología del discurso del poder.

Para el positivismo jurídico, la discrecionalidad era el rasgo estructural del derecho en virtud del cual el margen de vaguedad de las normas jurídicas ofrece al juez un margen relativamente amplio de libertad para la toma de sus decisiones. Utilizaremos una noción que ofrece Adrián Rentería:

Pienso que podemos convenir, en línea de principio, que cuando de alguien decimos que tiene discrecionalidad en sus acciones, ello significa nada más y nada menos que, él (o ella) tiene la posibilidad de escoger entre diferentes alternativas acerca de la estrategia para conseguir un determinado fin. Comparto entonces la observación de Dwórkin de que ‘discrecionalidad’ es un término relacional, ya que podemos hablar de discrecionalidad sólo en determinadas condiciones.¹⁵

En síntesis, diremos que la discrecionalidad se traduce en la posibilidad de que el juez adopte, con un amplio margen de libertad, la decisión que considere pertinente para un caso cualquiera, ya sea que dicho margen de libertad derive de la indeterminación normativa causada por la vaguedad del texto que, en principio, debería fundamentar la decisión, o bien por falta de determinación normativa expresa acompañada por la obligación jurídica de resolver el caso. Ya hablaremos más adelante del papel de la discrecionalidad en el ámbito de las teorías de la interpretación jurídica. Por el momento queremos limitarnos a la consideración del fenómeno como una patología del discurso del poder, al tenor de las consideraciones ya expuestas.

Se recordará que hemos concebido al discurso del poder como aquel capaz de formular expresiones realizativas eficaces, las cuales se caracterizan por una cualidad específica conforme a la cual la medida de su justificabilidad es la medida de su racionalidad. De acuerdo a esta caracterización preliminar, diremos que la discrecionalidad constituye una patología de la variante discursiva que aquí nos ocupa, ya que las decisiones discrecionalmente adoptadas ven sumamente limitadas las posibilidades de contar con una justificación suficiente. En efecto, diremos que la discrecionalidad judicial se manifiesta en la posibilidad de construir expresiones realizativas eficaces, con base en meras precomprensiones subjetivas.

En este sentido, diremos que la justificación suficiente es aquella que tematiza la totalidad de los aspectos dignos de ser considerados para la decisión, es decir, que exhibe con la mayor transparencia y amplitud las *razones* de la decisión. Con ello se hace posible que se obtengan razones con suficiente grado de *universalidad* —en el sentido

¹⁵ Rentería, *op. cit.*, p. 37.

de objetividad—, al eliminarse por un lado la subjetividad y por el otro el carácter *precomprendido* de los elementos a considerarse dentro de las razones de la decisión.

Aquí se explica por qué la medida de la justificabilidad es la medida de la racionalidad de la decisión: sólo se justifica aquella decisión apoyada por *razones*; la característica estructural de las razones debería ser, y esta es quizás una licencia que nos otorgamos para asumir precomprensiones, el ser capaces de superar otras razones.¹⁶ La característica de referencia podemos retomarla del concepto de MacCormick sobre razón suficiente:

Una razón suficiente para la acción o la creencia sería entonces una razón suficientemente buena como para derrotar a cualquier rival. Lo realmente interesante es que la noción de razones evaluativas (lo que es una *buen*a razón, o una razón *suficiente*, para alguna acción o creencia) exige criterios de evaluación: es decir, exige razones para preferir algunas razones a otras en contextos determinados.¹⁷

Se observa que las razones como justificación de una decisión se apoyan todavía en otras razones constitutivas de los criterios de evaluación que justifican el recurso a razones. El esquema así expuesto pareciera retratar una cadena interminable de argumentaciones y contraargumentaciones, lo cual haría del razonamiento práctico —y del jurídico como una de sus modalidades— algo inviable. En este punto resulta oportuno traer a colación lo que sobre este tema menciona Joseph Raz, a quien se puede considerar como el más depurado continuador de la *analytical jurisprudence*. En una línea de pensamiento que ofrece un punto final a la cadena de argumentación práctica, Raz habla de razones de primer orden, razones auxiliares y razones exclu-

¹⁶ No queremos en este momento profundizar en la que posiblemente constituye la más completa elaboración teórica al respecto, que es la planteada por Joseph Raz sobre las razones de primer orden y las razones que excluyen otras razones. La obra de Raz merece, de suyo, un análisis especial, y diríamos que es merecedor de una investigación aparte. Así pues, las referencias a la teoría de Raz serán indirectas.

¹⁷ MacCormick, Neil, “Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico”, en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo (coords.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 13.

yentes; la primera y la tercera son las importantes en lo que nos ocupa, las razones auxiliares constituyen el enlace que permite el empleo de una razón de primer orden en un razonamiento práctico cualquiera. Cuando se habla de razones del mismo nivel, las mismas se someten a un juego de fuerzas, de modo que la razón más fuerte prevalece sobre la razón más débil. En el caso de intercambio entre razones de primer orden y razones excluyentes la situación es diversa. Ángeles Ródenas, conocedora de la obra de Raz, expresa:

A juicio de Raz, los conflictos entre una razón de primer orden y una razón excluyente no se resuelven en virtud de la fuerza de las razones en competencia, sino mediante un principio general del razonamiento práctico que determina que las razones excluyentes prevalecen siempre cuando están en conflicto con las razones de primer orden a las que excluyen.¹⁸

Lo importante a rescatar aquí es que Raz acude finalmente a ciertos principios para justificar el poder de que están revestidas las razones excluyentes. Pero no son los principios de la razón práctica que emplea Raz lo que nos interesa. Es otra clase de principios, cuya función como razones, sean de primer orden o sean excluyentes, merecen aquí nuestra atención. Se trata de los principios tal como los concibe la jurisprudencia post positivista de Dworkin y retomada en buena parte por el garantismo, el neoconstitucionalismo y la argumentación jurídica.

Precisamente, los principios en el pensamiento de Dworkin constituyen la salida a los problemas de la discrecionalidad judicial que, según este autor, representa una de las más cuestionables deficiencias del positivismo jurídico con relación a la efectiva salvaguarda de los derechos. Los principios operan como el mecanismo discursivo que permite hallar la respuesta correcta a cada caso, más allá de las dificultades a que nos enfrentan las indeterminaciones normativas, resultado de la vaguedad semántica de las reglas.

Lo que Dworkin critica del modelo positivista de las reglas es que obliga a reconocer una amplia discrecionalidad en el juez al momento

¹⁸ Ródenas, Ángeles, *Razonamiento judicial y reglas*, México, Fontamara, 2000, p. 25.

de decidir en los casos difíciles, es decir, situaciones ante las cuales las indeterminaciones normativas en el ámbito de las reglas resultan particularmente problemáticas. Coleman y Murphy señalan al respecto:

De acuerdo a Hart, en estos casos el juez está *legislando* y no hay razón para pretender lo contrario. Como los legisladores no tienen la posibilidad de anticipar todas las situaciones posibles que pudieran surgir... y como ellos (al igual que el resto de nosotros) pueden tan sólo tener claros en términos generales y razonables sus propósitos y valores, no hay posibilidad de que puedan crear reglas que nunca contengan elementos de vaguedad o incertidumbre.¹⁹

Para ofrecer una salida a esta dificultad políticamente inaceptable, Dworkin propone la incorporación de los principios y las directrices políticas al abanico referencial del discurso jurídico:

Llamo «directriz» o «directriz política» al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo «principio» a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.²⁰

El aspecto más sobresaliente de la concepción dworkiniana radica en que a partir de ellos se incorpora al razonamiento jurídico algo característico de las corrientes de la argumentación jurídica contemporáneas: el juicio de ponderabilidad. En efecto, para Dworkin los

¹⁹ Murphy, Jeffrey G., y Jules L. Coleman, *Philosophy of law*, Boulder (Colorado), Westview press, 1990, p. 41 [“According to Hart, in these cases the judge is *legislating* and there is no reason to pretend otherwise. Since legislators have no way of anticipating all possible fact situations that might arise... and since they (like the rest of us) can only be generally and reasonably clear about their aims or values, there is no way that they could draft rules that would never contain any elements of vagueness or uncertainty”, T. del A.]

²⁰ Ronald Dworkin, “El modelo de las normas (I)”, en *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, trad. Marta Guastavino.

principios acusan una diferencia operativa fundamental con respecto a las reglas. Las reglas, según Dwórkín, se aplican o no se aplican; se desenvuelven en un esquema puramente excluyente:

Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son *funcionalmente* importantes... En este sentido, una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso.

Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden a las normas mismas.²¹

En los principios lo que se toma en cuenta es su peso en tanto que razón que pueda justificar una decisión particular (aunque no impone directamente el deber de adoptar una decisión particular). En este sentido, los principios funcionan como razones del mismo nivel, de acuerdo al esquema propuesto por Raz; es decir, los principios se enfrentan unos a otros para ver cuál de ellos representa una razón más fuerte:

Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión de peso o importancia. Cuando los principios se interfieren... quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene.²²

²¹ Dwórkín, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 78.

²² *Idem.*, pp. 77-78.

Los principios operan como razones o justificaciones para una decisión cuando las reglas no proporcionan argumento suficiente, es decir, son argumentos que respaldan una decisión que, en caso de sustentarse exclusivamente en reglas, adolecería de una justificabilidad deficiente. De esta manera, cuando dos principios entran en conflicto, se impondrá aquél que para el caso concreto represente la *mejor razón* o la *razón más fuerte* para justificar la decisión. Un principio, en caso de conflicto con otro, no los excluye de manera absoluta, como sí ocurre, por su parte, con las reglas, las cuales al entrar en conflicto, de algún modo se *cancelan* recíprocamente. Según Robert Alexy:

De acuerdo con la definición estándar de la teoría de los principios, los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.²³

Este juicio de ponderabilidad es el que ha sido recogido y desarrollado por la argumentación jurídica. Y es que efectivamente la teoría de Dwórkin, al menos en sus aspectos centrales, merece el elogio de superar muchas de las deficiencias a que daba lugar el positivismo en su versión más rígida, pues rescata, como dice Habermas, la posibilidad de hallar soluciones *correctas*, en el sentido que aquí entendemos por racionales o justificables.²⁴

Pero al menos en el contexto de discusión en que aquí nos desenvolvemos, parece quedar un elemento de indefinición o indeterminación con relación a los principios, el cual genera cierta inquietud que no quisiéramos dejar desatendida. Se refiere, en líneas generales, a lo

²³ Robert Alexy, "Sobre la estructura de los principios jurídicos", en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, trad. Carlos Bernal Pulido, p. 95.

²⁴ Cfr. Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pp. 272-273.

que denominaremos el estatuto lógico de los principios, en el contexto del razonamiento judicial, y las consecuencias que de ello podemos preliminarmente extraer con respecto al modelo predominante de razonamiento judicial y lo que, hasta el momento, parece ser la única alternativa disponible: el juicio de ponderabilidad. Comenzaremos, pues, por tratar de precisar ese estatuto lógico de los principios. Para entender ese estatuto, es preciso considerar algunas de las múltiples significaciones que se atribuyen a los principios en el ámbito jurídico. Atienza y Ruiz Manero mencionan los siguientes:

- 1) Como norma muy general.
- 2) Como norma redactada en términos particularmente vagos.
- 3) Como norma programática o directriz.
- 4) Como norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento.
- 5) Como norma dirigida a los órganos aplicadores del derecho, que les señala cómo deben llevar a cabo dicha aplicación.
- 6) Como *regula iuris*, es decir, como máxima de la jurisprudencia.²⁵

Se desprende de las nociones aquí expuestas, que los principios acusan escasa o nula diferencia lógica o discursiva con respecto a las reglas. Esto, que pareciera causar cierta perplejidad, es un hecho reconocido en la teoría jurídica. Riccardo Guastini sostiene una postura que resume nuestro propio punto de vista:

Parece obvio que, al menos en un sentido, también los principios son normas, si por “norma” se entiende, conforme al uso común, cualquier enunciado dirigido a guiar el comportamiento. Así, no se comprende bien en qué sentido los principios son algo distinto de las normas; no está claro, en fin, qué significa el vocablo “norma” en este contexto.²⁶

²⁵ Cfr. Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 3-4.

²⁶ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, trad. Jordi Ferrer i Beltrán, p. 143.

En una visión que, lo admitimos, podría considerarse estrecha, debemos aceptar que, hasta cierto punto, los principios desempeñan la misma función que las reglas en el ámbito normativo, como justificación de decisiones judiciales (ya tendremos oportunidad de detenernos un poco en el juicio de ponderación para ver si éste mismo introduce alguna diferencia significativa al respecto). En efecto, tanto las reglas como los principios funcionan como razones, y en esto radica su semejanza fundamental. De acuerdo a la postura que aquí mantenemos, la sola presencia de estas razones —sean reglas o principios—, no basta para garantizar la racionalidad de la decisión; en la línea de principio deberíamos decir que, para que tanto las reglas como los principios —y los criterios para la ponderación de estos últimos— sirvan como auténticas razones, i.e., que aseguren la racionalidad de la decisión, deben pasar previamente por un control de nivel superior referido a su racionalidad. Este control tiene que ver con la prueba de su problematización, es decir, su tematización dentro de una interacción discursiva de nivel más alto en el que entran en juego todas las consideraciones relativas a las razones en cuestión, comenzando por su elección misma. Esto permite que la decisión pueda tenerse como racionalmente adoptada, todas las cosas consideradas.

Por lo pronto baste decir aquí que, para efectos de un razonamiento judicial concebido sobre la base de la estructura silogística o subsuntiva, los principios requieren un complemento estructural para poder superar el pobre desempeño discursivo a que los condenaría su concepción como meras premisas. Es decir, los principios por sí mismos no parecen garantizar hasta aquí una mejora en las condiciones de racionalidad a que queremos someter la decisión judicial. Consideramos necesario asignar a los principios un papel específico dentro del marco general del razonamiento judicial, de modo tal que formen parte constitutiva de dicho razonamiento, con objeto de reducir los márgenes para que una subsunción se convierta en entimema práctico. El juicio de ponderación, que constituye el complemento hasta ahora paradigmático asignado a los principios en el ámbito de la jurisprudencia contemporánea, pareciera ser una alternativa cuyos alcances analizaremos en relación a sus posibilidades operativas dentro del modelo que aquí esbozaremos.

Gramática para un modelo comunicativo de razonamiento judicial

Llegados a este punto es posible plantear un principio de “gramática” (en el sentido preceptivo del término) para el razonamiento judicial. Esto que, por supuesto, se esbozará aquí de manera tan sólo preliminar, tiene ya suficientes sustentos teóricos como para desarrollarse con alcances mucho mayores de los que aquí será posible lograr. El “esqueleto” que en este momento consideramos adecuado como punto de partida a una gramática de la índole que aquí proponemos, puede encontrarse en el modelo de interpretación operativa propuesto por Wróblewski, en las ideas del mismo autor referidas a la justificación interna y la justificación externa, así como en el modelo retórico de decisión judicial —de acuerdo a la denominación que le asigna Rentería—, que básicamente se integra por las teorías de la tópica y la argumentación jurídicas.

El problema que debe resolverse con la gramática que aquí queremos esbozar es el de los entimemas prácticos como espacio de discrecionalidad que pone en riesgo la integridad de los derechos. Una decisión judicial, como expresión realizativa, está en condiciones de afectar cualquier espacio de derechos y puede hacerlo más o menos legítimamente, es decir, más o menos racionalmente. En la medida en que la expresión realizativa contenida en la decisión judicial sea resultado de un entimema práctico, se tratará de un acto de habla por medio del cual se estaría ejercitando la violencia, lo cual lo hace automáticamente irracional, es decir, injustificable. Así, se hacen precisas ciertas pautas, que llamaremos *gramaticales* por mera convención, relativas tanto a la argumentación como a la interpretación jurídicas, para eliminar los entimemas prácticos del discurso judicial. En este punto nos limitaremos a plantear el esbozo general de los rasgos discursivos que dichas pautas deberían poseer.

En primer término tomaremos la idea de Wróblewski sobre las justificaciones interna y externa en el ámbito del derecho. Dice Wróblewski:

La justificación interna (a la que de aquí en adelante nos referimos por IN-justificación) está relacionada con la racionalidad interna de la decisión

jurídica. Una decisión está IN-justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas. La condición de IN-justificación es la existencia de una regla con la que poder verificar la racionalidad interna de la decisión. La validez de las premisas se da por supuesta.

La justificación externa (a la que de aquí en adelante nos referiremos como EX-justificación) se relaciona con la racionalidad externa de la decisión jurídica. Una decisión está EX-justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación. Es evidente que la decisión jurídica podría estar IN-justificada pero no tener la EX-justificación, si p. ej. los datos científicos o valoraciones utilizados por el que toma la decisión son rechazados por la persona que analiza esta decisión.²⁷

Evidentemente, la justificación de la decisión judicial por vía del modelo subsuntivo es exclusivamente interna, lo cual no garantiza un nivel suficiente de racionalidad. Para ello es preciso acudir a indicadores externos de las premisas normativas; estaríamos hablando del momento presilógico de selección de las premisas.

Esto es importante tenerlo en cuenta desde una perspectiva amplia. El ya referido énfasis que la jurisprudencia contemporánea, señaladamente la escuela del garantismo, coloca en la función jurisdiccional, hace de ésta objeto constitutivo de la más depurada concepción del Estado constitucional de derecho. Esto implica que la función jurisdiccional no se concibe ya como una función garante de la legalidad sino que, mucho más allá de esto, como parte constitutiva de la estructura política que podríamos considerar *comunicativamente articulada en torno a los derechos fundamentales*. En este sentido, la otrora función constructiva de la interpretación jurídica y la decisión judicial

²⁷ Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2001, p. 52. La mayoría de los juristas entienden la justificación interna y la externa en los términos así planteados por Wróblewski, en referencia a la corrección formal y a la material de los argumentos: “Wróblewski (cuya terminología resulta hoy ampliamente aceptada) ha llamado al primer tipo de justificación, la que se refiere a la validez de una inferencia a partir de premisas dadas, *justificación interna*. Y al segundo tipo de justificación, la que no mete a prueba el carácter más o menos fundamentado de sus premisas, *justificación externa*... La justificación interna es tan sólo cuestión de lógica deductiva, pero en la justificación externa hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto”, Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, México, UNAM, 2003, p. 26.

adquiere una nueva dimensión: ya no es motivo de preocupación el que los jueces estén habilitados para *crear* derecho; de lo que se trata es de que en este papel no se desempeñen a través del mecanismo, lesivo para los derechos fundamentales, del entimema práctico. Para ello es preciso dotarlos de *pautas gramaticales*, es decir, de fórmulas preceptivas para la construcción de enunciados realizativos jurídicamente respaldados.

La primera pauta que al respecto estaríamos en condiciones de formular es que el razonamiento judicial debe desplegarse a manera de macrosilogismos prácticos en donde se justifique, por un lado, la elección de las premisas y, por el otro, el sentido asignado a dichas premisas, en tanto que formulaciones lingüísticas.

Así, en un primer momento cada premisa sería sujeta a una problematización interna, es decir, justificar la adecuación de una premisa en el sentido de justificar, i.e., respaldar con razones, su selección dentro de un universo más amplio de premisas susceptibles de servir para la misma decisión (aquí pensaríamos en destacar la importancia de la interpretación sistemática de las normas jurídicas). Este sería probablemente el paso más sencillo dentro del proceso, pues se referiría principalmente a la selección, en los términos planteados, de las premisas normativas. Lo importante de este momento sería que la premisa esté debidamente tematizada, es decir, que sea confrontada con otros enunciados similares u operativamente isomorfos de rango equivalente (i.e., igualmente susceptibles de justificar la decisión del caso).

Un segundo momento estaría dado por la selección de los criterios para colocar las premisas en relación unas con otras. Este sería probablemente el momento más difícil del proceso en cuestión y requeriría una explicación sin duda excesivamente prolongada como para intentarla en un ensayo de esta índole. Podría plantearse que los criterios para el *acomodo* de las premisas deberían sustentarse en relaciones sintagmáticas justificables de acuerdo a ciertos principios jurídicos conocidos, como los criterios de ley especial, ley superior, etcétera. Asimismo, aquí corresponderá llevar a cabo una operación similar a la mencionada en primer término, para seleccionar las premisas que pudieran desempeñar una función de excepción con respecto a los enunciados normativos preseleccionados; en efecto, prácticamente todos los enunciados normativos generales de la forma: *Al que realice*

la conducta X le serán aplicables las consecuencias jurídicas Y, se relacionan con enunciados que establecen supuestos de excepción a la regla general, de modo que la regla semicompleta rezaría: *Al que realice la conducta X le serán aplicables, de no mediar las causas de excepción C, las consecuencias jurídicas Y*. Así pues, la selección de las excepciones desempeña un paso previo fundamental antes de entrar al desarrollo del razonamiento global.

Se presentaría posteriormente lo relativo a los enunciados fácticos que habrán de tenerse en cuenta como parte del fundamento de la decisión. Aquí se trata de establecer las condiciones en que sujetos, objetos y sucesos quedarán cubiertos por el abanico semántico representado por la parte de los enunciados normativos referidos a los supuestos de hecho condicionantes de consecuencias jurídicas. Aquí es donde desempeñan un papel especial las reglas para la valoración de las pruebas, dentro de las cuales cabe mencionar que debería ponerse especial énfasis en lo relativo a las presunciones. En efecto, consideramos que el recurso a éstas debe estar lo suficientemente sustentado como para que las mismas puedan representar un factor dentro de la decisión; de no tematizarse las presunciones, éstas se convertirían en precomprensiones, lo cual es inadmisibile desde el punto de vista de los cánones de racionalidad que se han establecido hasta aquí.

El momento final corresponde a la asignación de consecuencias jurídicas al caso sobre el cual se ha tomado una decisión determinada. Aquí la decisión sobre la atribución o no de consecuencias jurídicas debe resolverse en sentido positivo o negativo, siempre invocando las razones de la determinación, razones que mayormente deben resultar de las operaciones anteriores: si la norma aplicable está correctamente seleccionada de entre otras igualmente capaces de ofrecer una solución; si las excepciones están debidamente ponderadas con respecto a las reglas generales; si los supuestos fácticos de éstas han quedado debidamente determinados conforme a parámetros racionales de justificación o prueba.

Nuevamente es Wróblewski quien presenta un modelo en el cual consideramos que se contienen suficientemente bien determinadas las pautas gramaticales generales aquí enunciadas:

La fórmula de la decisión justificada por quien aplica el derecho puede, así establecerse de la siguiente manera: De acuerdo con la norma N aplicada con el sentido M (determinado según las directivas interpretativas $DI_1... DI_n$ y las valoraciones $V_1^i... V_n^i$ necesarias para la elección y para el uso de $DI_1... DI_n$), el hecho del caso F que ha ocurrido en t,p (de conformidad con la evidencia aceptada $E_1... E_n$ que se basa en las reglas empíricas de evidencia $ERE_1... ERE_n$ y/o reglas jurídicas de evidencia $LRE_1... LRE_n$ y/o valoraciones $V_1^e... V_n^e$) tiene como consecuencias jurídicas $C_1... C_n$ según las directivas de elección de consecuencias $DC_1... DC_n$ y valoraciones $V_1^e... V_n^e$.²⁸

Como se percibe, el modelo de Wróblewski contiene prácticamente la totalidad de los elementos a que deberían referirse, en una elaboración más depurada, las pautas gramaticales aquí esbozadas: directivas interpretativas, valoraciones, reglas —empíricas y jurídicas— para la valoración de evidencias, y reglas para la atribución de consecuencias. Todos estos componentes consideramos que se traducen en pautas que, a grandes rasgos entendidas, consisten en marcar la estructura comunicativa necesaria para que cada uno de ellos, así como de los enunciados posibles de ser formulados en aplicación de dichos elementos, estén en condiciones de superar la prueba de su justificabilidad, es decir, presentarse como enunciados realizativos justificados.

Restaría formular algunas precisiones antes de concluir este ensayo. En primer término, la mayor parte de los criterios y reglas a que hacen referencia ya sea nuestra idea de las pautas gramaticales, ya sean los elementos de la decisión normativa justificada de Wróblewski, están establecidos en normas jurídicas o en los principios de ellas susceptibles de ser obtenidos por inducción. La idea es poner de relieve que es a través de la interpretación sistemática del derecho como se podrá tener acceso a esas reglas y hacer un uso justificable, i.e., racional de las mismas.

Algo similar podemos decir de los principios jurídicos, en la versión de Dwórkin. Y aquí se plantearía un principio de crítica al juicio de ponderación, al menos por lo que respecta a una parte de la doctrina que lo defiende. Primeramente, es de señalarse que para una justificabilidad en la elección de principios, entendidos éstos como estándares

²⁸ Wróblewski, *op. cit.*, pp. 59-60.

de la moralidad, es preciso que los mismos estén en relación paradigmática lo más directa posible con el abanico semántico representado por el orden jurídico en su conjunto y, más específicamente, por el derecho constitucional en tanto que norma superior caracterizada por establecer lo que constituye la esfera de los derechos. En este sentido, habría una suerte de límite lingüístico a la aceptabilidad de los principios que puedan esgrimirse en el seno de la discusión judicial. Aquí consideramos que las relaciones paradigmáticas, tal como las entiende la lingüística clásica, representan un buen principio para la determinación de ese límite lingüístico. En consecuencia, los principios deben guardar coherencia semántica con el sistema jurídico (no exclusivamente con un ordenamiento o una rama del mismo). Ello garantiza, a nuestro parecer, un respaldo suficiente para eliminar de los principios las precomprensiones: éstas se caracterizarían aquí por ser asunciones incapaces de exhibir un vínculo semántico con el sistema jurídico, lo cual haría imposible su tematización.

Por lo que respecta al juicio de ponderación, es de decirse que nosotros tenemos ciertas dudas sobre la posibilidad de afirmar que el mismo constituya una verdadera alternativa al razonamiento judicial subsuntivo. Una primera observación la haremos tomando una frase de Peczenik, quien sostiene que detrás de toda justificación subyace un supuesto arbitrario (en el sentido de que no es posible ir más allá de tal supuesto, no puede buscarse justificar indeterminadamente). Desde el punto de vista formal es correcta la apreciación de Peczenik, pero es posible que la arbitrariedad del último supuesto de una ponderación no se entienda en un sentido equivocado: creemos que arbitrariedad no necesariamente equivale, al menos en este contexto, a irracionalidad. En todo caso, si tomamos como supuesto arbitrario de cualquier ponderación la exigencia de la competencia lingüística, podemos tener la seguridad de que ello no representa un supuesto arbitrario injustificable. Por ello es bastante atinada, a nuestro juicio, la caracterización que hace Peczenik de la ponderación:

El contenido de la ponderación definitiva *no puede ser determinado por un cálculo lógico*, ni siquiera cuando el cálculo termina en una *regla*. La ponderación está afectada por todas las circunstancias relevantes del caso considerado. La lista de estas circunstancias es abierta y su peso relativo

depende, en última instancia, de las preferencias y sentimientos personales. La argumentación puede terminar en una regla, pero la regla tiene que ser vaga: no hay certidumbre de antemano con respecto a cuáles actos individuales de ponderación se aplica y a cuáles no.²⁹

La idea de la ponderación, al igual que el modelo de interpretación operativa de Wróblewski, una de cuyas caracterizaciones se citó antes, apuntan a la misma dirección: una decisión judicial racional es aquella que se toma *todas las cosas consideradas*, es decir, mediante la tematización de todos los factores relevantes. El desapego a esta máxima hace que la decisión judicial se convierta en un entimema práctico y, en consecuencia, en un ejercicio de violencia por parte de quien la emite.

La ponderación tiene precisamente ese sentido en el modelo neoconstitucionalista: aquí la Constitución es vista en su posición de superioridad jerárquica dentro del sistema normativo, conteniendo tanto reglas como principios, y estos últimos susceptibles de ser sometidos al juicio de ponderación para hallar la respuesta correcta a cada caso. Así lo señala Luis Prieto Sanchís:

De las distintas acepciones que presenta el verbo «ponderar» y el sustantivo «ponderación» en el lenguaje común, tal vez la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas... Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor.³⁰

Ahora bien, esta caracterización de la ponderación no basta para asegurar una racionalidad en la decisión judicial, mientras la misma no se adopte considerando todas las cosas. En este sentido, consideramos que yerra Prieto Sanchís al criticar a Habermas, cuando éste considera

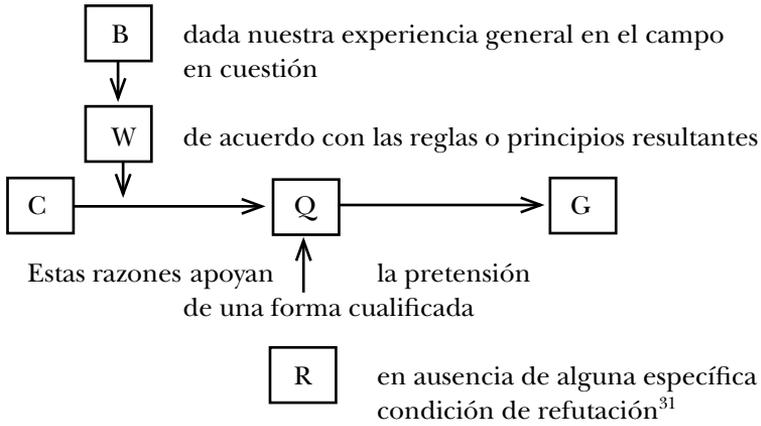
²⁹ Peczenik, Alexander, *Derecho y razón*, México, Fontamara, 2000, trad. Ernesto Garzón Valdés, p. 38.

³⁰ Prieto Sanchís, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 137.

que a partir de la mera ponderación el tribunal puede convertirse en un mero negociador de valores.

En realidad, y parte de esto lo mencionamos al sostener que en rigor tanto los principios como las reglas operan de manera semejante por lo que respecta a la justificación, los principios, el peso que a cada uno de ellos se asigne y *el criterio mismo para la ponderación*, son momentos discursivos que requieren tematización, que requieren de una pauta gramatical superior que haga objetiva, las asunciones expuestas en forma de principios y de criterios evaluatorios de los mismos. Por ello podemos concluir que la ponderación no basta por sí sola para garantizar la racionalidad en la decisión judicial; esta es una empresa de más amplio alcance que, repetimos, debe someterse a pautas mínimas, como las que atinadamente propone Wróblewski, o bien modelos retóricos —como los denomina Rentería—, que para el caso vendrían acertadamente representados por el esquema de argumentación de Toulmin, que aquí reproducimos en la versión de Manuel Atienza:

Así, mientras que en la matemática (y en la lógica deductiva) el paso a la conclusión tiene lugar de manera necesaria, en la vida práctica no suele ser así, sino que G (de *grounds* = razones), W (de *warrant* = garantía) y B (de *backing* = respaldo) prestan a C (de *claim* = pretensión) un apoyo más débil que suele expresarse mediante *calificadores* modales (*qualifiers*), como *presumiblemente, con toda probabilidad, plausiblemente, según parece*, etc. Por otro lado, el apoyo suministrado a C puede serlo sólo en ciertas condiciones, esto es, existen ciertas circunstancias extraordinarias o excepcionales que pueden socavar la fuerza de los argumentos y a las que denomina *condiciones de refutación* (*rebuttals*). El modelo general de análisis de un argumento quedaría ahora así:



Conclusión

El propósito de este ensayo preliminar, era colocar la función judicial en una perspectiva de la justificabilidad de sus resultados. En este propósito probablemente pocas corrientes ofrezcan resultados de tan amplio alcance como el neoconstitucionalismo, el garantismo y la argumentación jurídica. Si bien no hemos querido entrar a una discusión teórica sobre las implicaciones de cada una de estas corrientes, creemos haber sido fieles al seguir algunos postulados característicos de las mismas que, por lo demás, pueden asumirse como bastante conocidos como para merecer reiteraciones innecesarias. A nadie escapa que las tres corrientes referidas toman, expresa o tácitamente, una divisa de racionalidad bastante clara por lo que hace a la justificación del derecho como instrumento de control social. En un caso, el énfasis de esa racionalidad se relaciona con la reivindicación de la esfera de derechos; en otro, se trata más que nada de una racionalidad discursiva en términos más o menos vinculados con las premisas de la acción comunicativa habermasiana.

Consideramos aquí que una y otra reivindicaciones de la racionalidad

³¹ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, México, UNAM, 2003, p. 87.

dad dentro del discurso jurídico se emparentan o, al menos, se pueden emparentar si lo que hasta aquí hemos dicho tiene algún sentido.

El vínculo entre decisión judicial (expresión realizativa), racionalidad (justificabilidad) y esfera de derechos (a salvo de violencias), es lo que consideramos que permitiría hacer esa operación unificadora de la racionalidad según los postulados de la jurisprudencia contemporánea.

Esta última, por cierto, contiene elementos políticos insoslayables, que no deben atemorizar al jurista puro, por cuanto sus alcances vienen predeterminados precisamente por el mismo eje articulador que la racionalidad asume en uno y otro caso: derechos fundamentales o esfera de derechos, por un lado, y competencia lingüística por el otro. Esto se traduce en la suposición aquí aceptada, conforme a la cual la vulneración a la esfera de derechos que con mayor o menor alcance viene contenida en cada decisión judicial, puede perfectamente sujetarse a cánones de racionalidad que despojen de ella cualquier elemento de violencia. El primer paso en la determinación de estos cánones de racionalidad es precisamente el establecimiento de pautas gramaticales o modelos de interpretación-aplicación del derecho que anulen la posibilidad de los entimemas prácticos. La empresa tiene todavía alcances mucho mayores, superiores incluso a los que aquí hemos tenido a la vista, y se antoja necesaria su profundización. En todo caso, resultaría significativamente alentador que un ensayo como el que aquí presentamos, con sus limitaciones más que evidentes, contribuya a la continuación de las discusiones vinculadas con este tema.

No hay que olvidar que la jurisprudencia contemporánea tiene uno de sus aciertos más significativos en el renovado interés por la función judicial. Ya quedó muy atrás la época en que el poder de los tribunales podía considerarse como un poder *en quelque façon nulle*, es decir, de alcances limitados. El constitucionalismo contemporáneo ya no se limita a considerar a salvo los derechos y las libertades por la mera existencia de órganos representativos de la voluntad popular; muy al contrario, el interés se centra ahora en el ámbito más pragmáticamente tangible de los derechos y las libertades: su ampliación o su restricción por obra de las decisiones judiciales. En este esquema resulta un rasgo claramente progresista de la jurisprudencia contemporánea el dejar abierta la posibilidad para que el escrutinio de la opinión pública

constituya un índice de la legitimidad de la función judicial. Para que ese escrutinio arroje resultados favorables, consideramos que algunas de las ideas aquí presentadas podrían servir como punto de partida.