

PANORÁMICA HISTÓRICA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y LA ADJUDICACION DEL DERECHO¹

Yezid Carrillo De La Rosa²

RESUMEN

Este artículo recoge las tesis y argumentos centrales de la primera parte de la investigación titulada: *Teorías, formas y límites de la racionalidad en la interpretación y argumentación judicial*. Su propósito es el de presentar, de forma coherente y sistemática, una panorámica histórica del razonamiento jurídico, desde sus orígenes en la jurisprudencia romana y los juristas medievales, hasta las modernas concepciones positivistas, neopositivistas y pospositivistas. La tesis que defendemos afirma, que si bien en sus inicios la adjudicación del derecho estuvo guiada por un modelo de racionalidad retórico y dialéctico, en la modernidad, influenciado por el modelo positivista y neopositivista, la interpretación y aplicación del derecho es asimilada cada vez más a una práctica científica, que excluye la moral y la idea de lo justo del discurso jurídico. Sin embargo, las críticas y los hechos históricos de la posguerra (Nuremberg), traen como consecuencia un replanteamiento del concepto de derecho y de su racionalidad, permitiendo el surgimiento de un modelo que acerca el modelo de adjudicación del derecho contemporáneo a la *phrónesis* y a la retórica griega y al de la prudentia romana.

PALABRAS CLAVES

Razonamiento práctico, glosas, Positivismo jurídico, neopositivismo, tópicos, racionalidad analítica.

ABSTRACT

This article contains the theses and arguments of the first part of the research entitled: *Theories, forms and limits of rationality in the interpretation and legal argumentation*. Its purpose is to present, in a coherent and systematic, a historical overview of legal reasoning, since its origins in Roman law and medieval jurists, to modern positivist conceptions, and neo positivististas. Defend the thesis that says that although in its infancy the award of the right was guided by a model of rhetorical and dialectical rationality in modernity, influenced by neo-positivist and the model, the interpretation and application of law is increasingly treated a scientific practice, which excludes the idea of moral and legal discourse of the just. However, the criticism and the historical facts of the war (Nuremberg), results in a rethinking of the concept of law and its rationality, allowing the emergence of a model on the model of allocation of the right model for the contemporary in the Phronesis and the rhetoric of the Greek and Roman Prudentia

KEYWORDS

Reasoning practical, gloss, legal positivism, neopositivismo, topical, analytical rationality.

-
- 1 El presente trabajo puede considerarse el artículo científico de la investigación terminada cuyo informe final lleva por título: *Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico. Acerca de los límites de la razón práctica el la fundamentación de las decisiones judiciales*.
 - 2 Profesor de Filosofía del derecho y de Teoría de la Argumentación Jurídica, en la Facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad de Cartagena. Profesor de Filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Libre sede Cartagena). Doctorando en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Abogado de la U. Nacional de Colombia y Licenciado en Filosofía y Letras de la U. Santo Tomas, yezidcarrillo@hotmail.com.

1. INTRODUCCIÓN

El problema central que orienta esta investigación puede enunciarse de la siguiente manera: ¿cuál es el puesto de la razón en el proceso de interpretación, argumentación y aplicación del derecho?, y la estrategia metodológica usada, cae en el área de la filosofía del derecho, de allí que nos hayamos apoyado en una estrategia cualitativa y argumentativa que se apoya en documentos históricos y filosóficos que demuestran y justifican algunas de nuestras hipótesis.

2. DESARROLLO

2.1. El modelo de adjudicación del derecho en roma y el medioevo

Lo que hoy denominamos jurisprudencia tienen su origen en Roma³ y etimológicamente surge de la confluencia de las expresiones *ius* y *prudentia*⁴. Llama la atención, que este término fue el vocablo con el que los romanos tradujeron la noción de *phrónesis*, que simbolizaba el saber práctico en la Grecia de Aristóteles, una especie de saber que se ejercía sobre un conjunto de reglas y criterios con el propósito de resolver problemas prácticos dentro de la vida de la polis. Platón la incluyó dentro de las virtudes cardinales, para significar al moralmente juicioso o sano y en oposición a la desmesura⁵. Para Aristóteles, por el contrario, no es ni conocimiento (*epísteme*) ni arte (*techne*), es un estado o capacidad, un hábito verdadero y razonado. La *phrónesis* permite la deliberación sobre lo bueno y lo justo, no respecto de un hombre en particular, sino en el marco de la *polis*, de allí que se le considere el principal instrumento al servicio de la filosofía práctica⁶.

2.1.1. El arte dialéctico griego y romano

En el mundo griego el derecho no fue tratado ni siquiera como arte (*techne*), éste quedó inmerso en la ética y la política, y por consiguiente, en el dominio de la *phrónesis*, la tópica y la dialéctica. La adjudicación del derecho se llevaba a cabo en las asambleas populares y los discursos por lo común giraban en torno a asuntos morales y políticos; de manera que ni las reglas ni las decisiones jurídicas constituyeron un punto de partida para el razonamiento: fueron considerados o como razones o como criterios de autoridad que debían aceptarse.⁷

Aristóteles, diferenció entre el razonar a partir de premisas ciertas o primeras verdades (analítico-apodíctico) y que conduce a verdades necesarias e irrefutables, del razonar a partir de premisas verosímiles y discutibles (endoxas) aceptadas por la mayoría del auditorio, o por los sabios o expertos, o por la mayoría de estos, y que normalmente conducen a conclusiones plausibles o meramente probabilísticas, al que denominó dialéctico; este último parte problemas y presupone el arte de la disputa.⁸ Platón, suponía el diálogo como el único método válido para alcanzar un conocimiento seguro⁹.

Ahora bien, a diferencia de los griegos, los estoicos no consideraron el razonamiento dialéctico como un método que les permitiera alcanzar los primeros principios, sino como un procedimiento válido para analizar y elaborar argumentos, y definir conceptos por distinción y síntesis de género y especie; tampoco hicieron una exposición sistemática de la misma, más bien la consideraron como una disciplina que no se diferenciaba mucho de la lógica, pero ligada a la retórica y la gramática¹⁰. No obstante lo anterior, el

3 ATIENZA, M. Introducción al derecho. México: editorial Distribuciones Fontamara. S. A, 2000, p. 165.

4 Para algunos puede interpretarse como el arte que nos lleva a alcanzar algunas cosas y a huir de otras, (IGLESIAS, J, Derecho Romano, Barcelona: Editorial Ariel, 1983, p. 102)

5 JAEGER, W. Paideia. Colombia: Fondo de Cultura Económico, 1994, pp. 445 y 447.

6 HABERMAS, J. Teoría y praxis. Madrid: Tecnos, 1997, p. 50.

7 BERMAN J., Harold. La Formación de la tradición jurídica de Occidente. México: F. C. E., México. 1996, p. 145.

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

9 J. BERMAN, op. cit. pp. 143-144

10 Ibid. , p. 139.

hecho de haber usado el arte dialéctico en el derecho, confirma la tesis de que en los inicios, la práctica judicial romana tenía un carácter tópico y retórico, esto es práctico.

2.1.2. Carácter práctico de la jurisprudencia romana

El carácter práctico del modelo de adjudicación romana puede inferirse también del propósito que tenía la actividad del jurista, que estuvo siempre orientada al trato congruente y ordenado de casos individuales, tratando siempre de hallar la solución correcta¹¹; pero además, de la forma como se preparaba a los futuros jurisconsultos, con quienes no se discutía cuestiones teóricas, sino se les instaba en la práctica a responder qué debe hacerse sobre los hechos dados¹². Modernamente, Viehweg ha señalado que la actividad del jurista romano compartía el mismo sustrato de la antigua retórica griega¹³. De lo anterior puede inferirse que en los orígenes de la actividad jurisprudencial, lo práctico primó sobre lo teórico (la *phrónesis* sobre la *episteme*) y el razonamiento dialéctico sobre el apodíctico.

2.1.3. El estudio del derecho en la escuela de los glosadores y los posglosadores

El modelo del estudio del derecho medieval tuvo como punto de eclosión a la Escuela de Bolonia y a los glosadores, éstos se caracterizaron porque su actividad intelectual la materializaron en glosas, que giraban al rededor del análisis de un texto del que se aclaraba y/o explicaba el significado, hasta llegar a una interpretación general de éste, y porque además, hicieron uso del método escolástico de análisis y síntesis (dialéctico),

que fue usado tanto en la interpretación del derecho como en la teología, y que presuponia la absoluta autoridad de ciertos libros, que se consideraban contenían un cuerpo complejo de doctrinas, que paradójicamente podían tener lagunas o contradicciones; de allí que la tarea fundamental del intérprete era la de resumir el texto, para colmar las lagunas y zanjar las contradicciones.¹⁴

Ahora bien, el razonamiento de los juristas del siglo XII presupuso una transformación del razonamiento dialéctico griego. Primeramente, por el nivel de abstracción al que llevaron la dialéctica griega. El jurista medieval no sólo intentó sistematizar las reglas de derecho¹⁵, además, trató de inferir principios universales a partir de casos o ejemplos particulares, lo que era impensable en la concepción romana. El jurista medieval consideró que el derecho en su totalidad podía inferirse por síntesis, a partir de características comunes entre casos específicos¹⁶. Además de lo anterior, el jurista escolástico usó la dialéctica aristotélica con un fin distinto al previsto por éste, esto es, para demostrar tanto lo que es verdadero como lo que es justo. Al considerar verdades indiscutibles y justas a las normas de derecho romano y no como premisas inciertas y falibles, el jurista medieval razonó a partir de ellas de manera apodíctica para extraer conclusiones ciertas, universales y justas; pero como advertían que las mismas contenían lagunas, contradicciones y pasajes ambiguos y oscuros, requirieron del razonamiento dialéctico para plantear problemas, hacer clasificaciones y definiciones, declarar opiniones opuestas y sintetizar los conflictos¹⁷. A mediados del siglo XIII, como consecuencia de la proliferación de glosas y glosadores, en ocasiones se tenían opiniones diversas y a veces opuestas sobre

11 Ibid., p. 139.

12 Ibid., p. 146.

13 VIEHWEG, T. Tópica y jurisprudencia. Barcelona: Gedisa, 1991, pp. 71-72

14 Ibid., p. 142

15 Ibid., p. 150

16 Este procedimiento será aplicada siglos después por abogados ingleses y norteamericanos para derivar reglas generales a partir de decisiones judiciales particulares. Los lógicos contemporáneos la llamaron *generalización existencial*. Los abogados anglo-americanos consideraron que toda decisión o regla general es una especie de género de ley. Los juristas escolásticos fueron más allá, utilizaron cada parte de la ley para formar el todo y al mismo tiempo usaron el todo para interpretar cada una de sus partes. (Ibid., p. 151)

17 Ibid., p. 151

un mismo punto; las Glosas de Accursio tuvieron como propósito dar respuesta a esta situación, sin embargo, a pesar de ello, sus glosas fueron superadas por la otra gran corriente del medioevo: los comentaristas.

Ésta escuela se nutrió del conocimiento que sobre el derecho romano agenciaron su antecesores (glosadores), pero a diferencia de aquellos, se dieron a la tarea de construir una metodología de aplicación del derecho que fuese válida, no sólo para las fuentes romanas sino para cualquier sistema jurídico. Los posglosadores tuvieron una actitud más crítica que los glosadores y gozaron de mucha más libertad con respecto del derecho romano, al que se propusieron reelaborar y desarrollar a fin de construir una ciencia racional¹⁸. Viehweg sugiere que los comentaristas asumieron la labor jurisprudencial como una técnica para solucionar casos prácticos, lo que demostraría su familiaridad con la tópica¹⁹ El posglosador se orienta siempre hacia el problema, y estos remitían al *ars inveniendi* y a la tópica²⁰.

2.1.4. Crisis del modelo de razonamiento medieval

En los comienzos de la modernidad, mientras el humanismo italiano criticó la labor de los posglosadores y propuso en su lugar reconstruir el antiguo derecho romano en las formas más puras (*mos italicus*), el humanismo francés le apostó a la creación de un método *mos gallicus*, que pretendía desarrollar un estudio sistemático del derecho apoyado en la historia y la filología. Estos últimos, a diferencia de los primeros, se encontraban más cercanos a los posglosadores; ahora bien, al tomar partido la iglesia a favor del *mos italicus*, los partidarios del *mos gallicus* se vincularon

al protestantismo, dando origen a la escuela de los cultos o jurisprudencia elegante, que quiso construir una ciencia jurídica racional, sistemática y antidogmática, cuya forma de razonar no era ya el esquema aristotélico-escolástico, sino la que les proporcionaba la naciente lógica del renacimiento. En el siglo XVII la jurisprudencia se relaciona cada vez más con la ciencia en el sentido moderno²¹.

2.2. Racionalidad y adjudicación del derecho en la modernidad

Ahora bien, el asunto acerca de la racionalidad de la actividad del jurista es una discusión propia de siglo XIX y guarda relación con las teorías positivistas del derecho de ese siglo. Recordemos que éste siglo estuvo dominado por el ideal positivista que se caracteriza porque, al sustituir las explicaciones cualitativas de Aristóteles por las enunciaciones matemáticas de Pitágoras, identifica racionalidad con científicidad, cuyo paradigma lo constituían el modelo copernicano-cartesiano de la razón que aparece en el siglo XVI.²² Con el racionalismo cartesiano se establece, por una parte, el predominio del intelecto y de la razón como instrumento y medida del saber y, por otra, la geometría y la matemática como modelos epistemológicos para alcanzar la verdad²³; por consiguiente, la labor del sujeto es la de explicar los fenómenos a partir de abstracciones e idealizaciones²⁴.

Ahora bien, al reducir la racionalidad a la físico-matemática (verdades de hecho) o lógico-matemática (verdades de la razón), excluye lo metafísico del ámbito del conocimiento válido. Esta posición anti-metafísica, conduce a que se excluyan del mundo de la racionalidad cualquier

18 ATIENZA, op. cit., p 169

19 VIEHWEG, op. cit., pp. 87-88.

20 Según Viehweg los problemas fundamentales de la literatura científica de la edad media eran: ¿Qué hay que hacer cuando los textos se contradicen? Y ¿cómo puede establecerse una adecuada correlación de situaciones? (Ibíd., p. 92)

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

22 En contraposición al modelo aristotélico, la visión del universo copernicano-cartesiano es mecánica, causalista, pragmática y funcional. El mundo es asimilado a una máquina al arbitrio de un Dios dotado a su vez de propiedades mecánicas en el que ya no hay que descubrir esencias o sustancia fundante que proporcionen información sobre el sentido o finalidad de los fenómenos, sino establecer su estructura, funcionamiento y mecánica. (MARGOT, J. P. La modernidad: una ontología de lo incomprensible. Colombia: Editorial Universidad del Valle, Cali-Colombia, 1995, p. 12.)

23 DESCARTES, R. reglas para la dirección del espíritu, En: Obras escogidas, IV. Buenos Aires: Sudamericana, 1967, p. 51.

24 Platón, mucho después sugeriría que el libro de la naturaleza esta escrito en el lenguaje de la matemática.

referencia a los valores, pues estos no son susceptibles de matematización, expulsando, en consecuencia, del campo del conocimiento jurídico cualquier referencia a los valores.²⁵

2.3. El razonamiento jurídico en las tendencias formalistas

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

Dos corrientes serán paradigmas del modelo de racionalidad formalista: la *Escuela de la exégesis* y la *Jurisprudencia de concepto*. La primera de ellas se caracteriza porque le asigna al derecho las mismas propiedades de los sistemas axiomáticos. Por consiguiente, el derecho es completo (sin lagunas o vacíos), coherente (sin antinomias) y unívoco (sin ambigüedades). Así las cosas, en este modelo, la labor del operador jurídico es meramente descriptiva de la ley, no valorativa²⁶, siéndole suficiente a éste llevar a cabo un procedimiento lógico-formal silogístico, para garantiza que la sentencia o decisión no sea

más que una reproducción minimizada de la ley. Al jurista le basta conocer lo prescrito por el legislador para extraer la solución del caso y al juez establecer los hechos para formular el silogismo judicial²⁷.

La denominada *Jurisprudencia de conceptos* asumió como modelo la lógica formal. Puchta, uno de sus grandes defensores, propone una visión del derecho piramidal, cuyo ideal se alcanza cuando en la cúspide del sistema lógico y conceptual (pirámide de concepto) se encuentra un concepto general que determina en sus contenidos a todos los restantes y bajo el cual es posible subsumir todos los demás conceptos o derivarlos deductivamente. La tarea del operador jurídico es la de conocer las normas jurídicas en su conexión lógica interna, para ello debe reconstruir la genealogía de las normas particulares hasta llegar a sus principios, para luego descender hasta los últimos conceptos²⁸.

2.4. El razonamiento jurídico en las tendencias antiformalistas

Como consecuencia de la aparición, en la segunda mitad del siglo XIX, de las concepciones socialistas del derecho que evidencia la falacia de la pretendida neutralidad e imparcialidad de la norma frente a los intereses sociales y las relaciones de poder y del desarrollo del pensamiento y de las corrientes sociológicas que señalan, no sólo la inoperancia y la insuficiencia del

25 Hay que señalar que este primer positivismo se generó en Alemania una tendencia contraria que distingue entre *Erklären* (explicar) de la ciencia natural, *Verstehen*, (comprender) de las ciencias históricas y *Erkennen* (conocer) de la filosofía. Dilthey por ejemplo, señala que la comprensión (*Verstehen*) de los hechos en el ámbito social, suponen una identificación entre el sujeto y el objeto, entre el investigador y su mundo histórico y espiritual; de allí que la comprensión tenga lugar desde dentro de los fenómenos (DILTHEY, W. *Crítica de la razón histórica*. Barcelona: Península, 1986, p.48 y ss.). Rickert distingue entre las ciencias de la naturaleza que emplean un método generalizador y tienen como finalidad la formulación de leyes generales, de las ciencias de la cultura, tienen como objeto el estudio de las singularidades y los valores culturales (RICKERT, E. *Ciencia cultural y ciencias natural*, Buenos Aires: Ediciones Espasa Calpe, 1965, pp. 38- 46 Weber, igualmente, admite que las ciencias culturales estudian objetos que representan una relación de valor, esto es, una significatividad, que es ajena a los objetos de las ciencias naturales. Como Ricker, aceptó la distinción entre el método generalizador y el individualizador, pero negó que la individualidad del objeto histórico pertenezca a la sustancia del objeto que se investiga, para él, ello es más bien el resultado de la elección que realiza el investigador cuando aísla el objeto de los demás que no son considerados significativos (WEBER, M. *Sobre la teoría de las ciencias sociales*. Barcelona: Ediciones Planeta- Agostini, 1986, pp. 48 y 52).

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

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

28 *Ibid.*, p. 41

derecho frente a la realidad social cambiante, sino la existencia de lagunas y contradicciones en el sistema de derecho²⁹, surgen una serie de tendencias denominadas anti-formalista que se caracteriza, principalmente, por su rechazo al modelo deductivo como forma básica de la interpretación del derecho; además, porque considera que el derecho no constituye un sistema acabado y cerrado de enunciados, sino incompleto, ambiguo y, en la mayoría de las veces, contradictorio; de allí que la actividad del juez no pueda considerarse sólo declarativa sino también interpretativa y, en ocasiones, creativa de derecho. Finalmente debe señalarse, que con el anti-formalismo se produce un giro hacia una visión más funcional del derecho que ve en éste un medio o instrumento a través del cual el legislador pretende alcanzar ciertos fines y promover algunos valores; por tanto, el juez debe intentar descubrir la intención del legislador presente al momento de elaborara la ley o interpretar el texto conforme a aquella voluntad para conocer el espíritu o el fin perseguido por el legislador³⁰.

El anti-formalismo sigue siendo deudor del positivismo jurídico: el derecho sigue siendo la ley positiva y la ciencia jurídica puede aspirar a su estatus de cientificidad, pero ahora apoyada en un modelo de racionalidad inductiva y finalista, propio de las nacientes ciencias sociales. No obstante, la importancia de las tendencias anti-formalistas radica en que ellas permitieron replantear el puesto de la lógica formal y deductiva, mostrando no lo inadecuado, sino lo insuficiente del modelo logicista para el proceso de adjudicación del derecho. Para estas tendencias, la interpretación y aplicación del derecho no es una simple subsunción lógica, es lógica más algo. Aunque es un periodo extenso y heterogéneo, para fines meramente académicos, los teóricos del derecho han dividido las tendencias anti-formalistas en tres

expresiones: el anti-formalismo legal, el anti-formalismo conceptual y el anti-formalismo jurisprudencial.

El *anti-formalismo legal* se da en Francia siendo Geny uno de sus más importantes exponentes³¹, quien considera que la interpretación debe buscar el propósito del legislador, pues el sentido de la ley viene dado por la intención del legislador y por el conocimiento que se tenga de las circunstancias existentes en la época en que se formuló la ley. Según Geny, la ley no expresa un principio lógico; es expresión de una voluntad que debe ser esclarecida por el intérprete. Sin embargo, Geny es consciente que la ley escrita se muestra insuficiente para resolver todos los problemas suscitados en la vida social y práctica de los individuos; incluso aún cuando ella regule el caso de manera detallada, pues aún así, se hace necesario indagar las realidades sociales concretas para que la ley obtenga los resultados que se ideó el legislador³². El anti-formalismo tendrá su mejor y más enriquecedor desarrollo en Alemania con la crítica al formalismo conceptualista conceptualismo. Ihering cuestionará el excesivo culto al pensamiento lógico que quiere elevar la jurisprudencia a matemática. La obra de Ihering constituirá el punto de partida de la denominada *escuela libre del derecho*, que simboliza el giro hacia el voluntarismo (de la que hablaremos seguidamente) y la *Jurisprudencia de Intereses*, que defendió la idea de una ciencia práctica del Derecho (Heck), cuyo propósito era el de ofrecer al juez soluciones útiles en los casos dudosos o no resueltos satisfactoriamente, atendiendo las necesidades de la vida y el equilibrio entre los diversos intereses³³, para lo cual se requiere algo más que una operación lógica de subsunción del caso en el concepto jurídico; exige, además, el conocimiento de esos intereses enfrentados³⁴.

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

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

31 LÓPEZ MEDINA, op. cit., p. 257

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

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

34 ATIENZA, op. cit. p. 185.

Windscheid también defenderá una posición antiformalista. Para él, el derecho es algo histórico y racional, susceptible de elaboración histórica y científica, y la tarea del jurista es la de hallar el método que permita interpretar la ley, constatando el sentido que el legislador otorgó a las palabras por él usadas; lo anterior exige, que el intérprete se coloque en la situación del legislador al momento de la promulgación de la ley y tenga presente cual fue el fin por el perseguido³⁵. Igualmente debe mencionarse dentro de esta corriente a Binding, Wach y Kohler, quienes defienden una concepción objetiva de la interpretación. Los tres comparten la idea de que el derecho (que es siempre el derecho positivo) constituye un orden más racional que el que sus autores previeron, por ello sólo debe ser interpretada a partir de sí misma y de su propia conexión de sentido³⁶. Finalmente, debemos hacer mención de los trabajos de Bierling quien reduce el derecho a fenómenos o hechos síquicos. Para Bierling, la norma es inherente a nuestro espíritu y puede reaparecer en nuestra conciencia involuntariamente o por evocación expresa a través de la asociación de ideas³⁷. Al ser las leyes expresión de la voluntad del legislador la interpretación debe indagar la voluntad real y los fines propuestos por éste; para ello debe saber la génesis de la ley e indagar a la voluntad empírica del legislador, pero no sólo lo que éste quiso decir, sino lo que intentó con la ley en su conjunto³⁸.

En el contexto anglosajón, debemos hacer alusión a las críticas hechas al formalismo por Oliver Wendell Holmes, quien sentó las bases del anti-formalismo jurisprudencial y quien no admite que el derecho pueda analizarse como si fuera un conjunto de axiomas matemáticos, pues tanto en su desarrollo como en el proceso de concretización que se da en la práctica judicial, pueden advertirse

razones que exceden el marco de la lógica tradicional y el esquema matemático³⁹. Según él, la vida del derecho no ha sido lógica sino experiencia; su desarrollo no es fruto de los progresos de la razón sino de las necesidades de la época, de las teorías morales y políticas dominantes, de las instituciones y, sobre todo, de los prejuicios que los juristas y ciudadanos a veces comparten inconscientemente. Las reflexiones de Holmes sientan las bases de la *jurisprudencia sociológica*.

2.5. El giro hacia el decisionismo jurídico

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

La tesis central de la *Escuela libre del derecho* es que todo conflicto judicial constituye un problema para el cual el sistema jurídico no siempre dispone una norma o solución, por tanto, le corresponde al juez elegir la disposición adecuada. La sentencia no puede considerarse la aplicación de una norma jurídica disponible, sino una tarea jurídica-creadora del operador jurídico⁴⁰. El pensamiento de Kantorowicz llevará a cabo el giro total hacia al decisionismo. Para él, al lado del derecho creado por el estado, hallamos el derecho libre, creado por el juicio jurídico de los miembros de la comunidad jurídica, por la jurisprudencia judicial y por la ciencia del Derecho⁴¹.

La posición del realismo jurídico no se distanciará mucho de Holmes, quien sostenía que el derecho real es el que dictan los órganos

35 LARENZ, op. cit. p. 49.

36 *Ibid.*, pp. 52-54.

37 *Ibid.*, p. 61.

38 *Ibid.*, pp. 63-64.

39 RECASENS SICHES. op. cit. 43

40 *Ibid.*, p. 49

41 LARENZ, op. cit. Pág. 82-83. y MARTÍNEZ ROLDAN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p. 261

judiciales en cada caso concreto⁴², debido a que una ley, por sí sola, aún no es derecho hasta tanto no sea interpretada y aplicado por los tribunales⁴³. El realismo no admite la tesis de la concepción mecánica y silogística de la función judicial. Lo esencial no es lo que el juez dice en la sentencia, lo que éste hace en la práctica y decide efectivamente. Para la tendencia más radical del realismo, lo que el juez establece, al igual que las reglas que cita en su sentencia, no siempre se corresponden con las que efectivamente usa para decidir o fallar, el derecho no es por tanto lo que dicen las leyes, ni lo que citan los jueces en sus sentencias, es lo que hacen de hecho en la práctica judicial⁴⁴.

Finalmente, a pesar de que Kelsen defiende una concepción racionalista y científica del conocimiento del derecho, con respecto a su interpretación y aplicación defiende una posición cercana al decisionismo. Para él, la decisión judicial es siempre un acto de voluntad que no tiene nada que ver con la razón y que escapa a todo control de ésta⁴⁵. La teoría de Kelsen asume, que la aplicación del derecho presupone el paso de un enunciado general y abstracto a un enunciado o norma individual, pero en este paso hay cierto grado de indeterminación, debido a que no existe en el sistema una regla que predetermine el contenido o sentido de la norma inferior sino todo lo contrario, la determinación de la norma la lleva a cabo el juez a partir de su voluntad y su discrecionalidad, lo que supondría que el mismo no es un acto cognitivo sino volitivo⁴⁶. La sentencia judicial no es tanto declaratoria como constitutiva y creadora de derecho, es un acto que permite la producción y la creación del derecho en la misma dimensión en que lo hace la ley, y al igual que ella, se lleva a cabo por un acto de voluntad y no de conocimiento. La interpretación de derecho sólo puede mostrar o sugerir la forma de llenar

ese marco, pero nunca llenarlo; no puede decir cual es el significado exacto o correcto sino los posibles significados, correspondiendo a quien aplica la norma elegir uno de los posibles significados y convertirlo en derecho, pero ello no es un acto controlado por la razón, es un acto de voluntad. En consecuencia, en Kelsen la decisión judicial es siempre un acto subjetivo y discrecional de quien interpreta y aplica el derecho con autoridad⁴⁷. Ahora bien, en la medida en que la decisión es un acto de la voluntad y no de razón, la elección de quien interpreta el derecho con autoridad, en este caso el juez, nunca puede ser racional sino más bien irracional, ella es el resultado de sus preferencias emotivas y de sus intuiciones, de allí que Kelsen, a pesar de defender un logicismo en la construcción de una teoría científica del derecho, su concepción de la interpretación niega que en la práctica la razón pueda operar.

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

El siglo XX se inicia dominado por la corriente *neopositivista* que niega validez a todos aquellos enunciados que no puedan ser sometidos a la lógica o a la verificación empírica, como los enunciados sobre valores a los que considera no significativos. El neopositivismo identifica, al igual que el viejo positivismo, la racionalidad con científicidad (verificabilidad). Ahora bien, al no poder someter los enunciados sobre valores a verificación de la misma manera que los juicios sobre hechos, los primeros quedan por fuera del radio de acción de la ciencia y proscrito del ámbito de lo racional.

Esta tesis tuvo múltiples críticas. Una de ellas será formulada por Popper quien contra la tesis central positivista señala el *carácter falible y conjetural*⁴⁸ del conocimiento

42 “Lo que entiendo por derecho son las profecías de lo que van a hacer en realidad los tribunales- y no hay nada más pretencioso que esas profecías.” (BODENHEIMER, E. Teoría del derecho, México: Fondo de Cultura Económica, 1974, 9

43 RECASENS SICHES. op. cit. p. 95

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

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

46 *Ibid.*, pp. 164-166

47 *Ibid.*, pp. 169-171

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

humano. Para Popper, la ciencia tiene una labor corrección y refutación de hipótesis y una teoría es científica si existen posibles observaciones que permitan, no verificarla, sino falsarla, esto es, refutarla⁴⁹.

También la revolución que se produce en los principios de la física en los albores del siglo XX, revelan las debilidades de las tesis positivistas de un saber independiente del sujeto humano (objetivo). Heisemberg afirmará que la realidad se ha evaporado y que nuestro conocimiento en general esta gobernado por el principio de *indeterminación* y por las relaciones de *incertidumbre*.⁵⁰

La crítica de la racionalidad positivista también se evidencia en el ámbito del pensamiento filosófico alemán. La *teoría crítica de la sociedad* objetará la reducción que el positivismo hace de la razón a mera racionalidad instrumental⁵¹ Edmundo Husserl verá en la crisis del positivismo la crisis de la cultura moderna y de la ciencia,⁵² de allí la necesidad de retornar al “mundo de la vida”; concepto que será retomado por el pensamiento de Alfred Schutz⁵³ quien lo desarrollará en sus trabajos en conexión con el concepto de intersubjetividad. El *mundo de la vida*, es el lugar de la experiencia cotidiana y del trabajo, el espacio donde el sujeto se experimenta como un “yo propio” y despliega sus formas específicas de sociabilidad, comunicación y acción social y presenta diferencias profundas con el mundo de la ciencia.

La hermenéutica filosófica de Gadamer⁵⁴,

al rehabilitar la razón práctica fundada en la *phrónesis* griega y que se expresa en una dialéctica de preguntas y de respuestas, tal y como se refleja en los diálogos socráticos y platónicos, propone una racionalidad alternativa a la técnico-instrumental del positivismo⁵⁵. Esta rehabilitación de la razón práctica, replantea las exigencias de neutralidad e imparcialidad, el concepto objetivo de conocimiento y el esquema de separación sujeto-objeto. Para la hermenéutica no puede existir objetividad porque el sujeto esta involucrado *tanto como el texto* en el acto mismo de comprender, su papel es activo y creativo en el proceso de interpretación. La existencia del *círculo hermenéutico* apunta precisamente a la disolución de esa separación del objeto y el sujeto, por cuanto enuncia, más bien el constante intercambio y fusión de horizontes entre productor, texto e intérprete⁵⁶.

En el ámbito inglés, resaltan las investigaciones de Wittgenstein sobre el lenguaje. Una idea central y reiterada en sus trabajos es la de que comprender un lenguaje exige entender que éste funciona a partir de juegos de lenguaje. El lenguaje no funciona de un solo modo, ello es, no siempre tiene como función primordial transmitir pensamientos⁵⁷. El lenguaje siempre aparece en una diversidad de juegos del lenguaje, por tanto, si se quiere entender una palabra cualquiera, es menester comprender como funciona o como se usa en uno de esos juegos.⁵⁸ Estos juegos no son racionales ni irracionales, están allí como nuestra vida. No es posible aseverar entonces que la razón explique, fundamente, justifique

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

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

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

52 HUSSERL. E. La crisis de las ciencias y la fenomenología Trascendental. Barcelona: Crítica, 1991.

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

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

55 Ibid., pp. 40-48

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

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

58 “...hay *innumerables* géneros: innumerables géneros diferentes de empleo de todo lo que llamamos ‘signos’, ‘palabras’, ‘oraciones’. Y esta multiplicidad no es algo fijo, dado de una vez por todas; sino que nuevos tipos de lenguaje, nuevos juegos de lenguaje, nacen y otros se envejecen y se olvidan....” (Ibid., p. 39)

o gobierne los juegos del lenguaje, pues esta afirmación sólo es entendible en el marco de un juego del lenguaje dentro del cual el término razón, esta siendo utilizado y dentro del cual debe ser entendido.⁵⁹ Así las cosas, la racionalidad esta subordinada a los diversos juegos del lenguaje, lo que indicaría que no hay una única forma de racionalidad sino diversas expresiones de la misma.⁶⁰

No pueden desconocerse los aportes de Habermas quien distingue entre acción instrumental y acción comunicativa y quien propone una teoría consensual de la verdad contraria a las teorías metafísicas y positivistas, que afirma que la verdad se apoya en razones o enunciados y es intersubjetiva, en la medida en que surge en el marco del dialogo, la crítica y el consenso racional.⁶¹ Este modelo consensual de la verdad se rige en todas sus instancias por un modelo de racionalidad distinto del modelo positivista: la razón comunicativa o argumentativa. Finalmente, la distinción, entre discurso teórico o científico que responde a una pretensión de verdad y el discurso práctico o comunicativo, como el jurídico y el moral, que responde a una pretensión de corrección⁶².

2.7. El renacimiento de la tópica y la retórica

Todas estas críticas, sumadas al horror de Auschwitz y los posteriores juicios de Nuremberg, influyeron decisivamente para que se replantearan el paradigma positivista y el lugar de la racionalidad en los problemas relativo a lo justo y moral, como se dijo, para el positivismo estaban relegados al ámbito de lo subjetivo e irracional. Los estudios sobre

tópica de Teodoro Viehweg y de Perelman en relación a la retórica antigua, se proponer precisamente ello, intentando formular un modelo de racionalidad que de cuenta de la forma como se desarrolla los debates al interior de la jurisprudencia y de la especificidad del razonamiento jurídico.

Para Viehweg la tópica se caracteriza porque se trata de una *técnica del pensamiento problemático*, esto es, orientada a resolver problemas y aporías. Un problema puede definirse, como aquel asunto serio que admite varias soluciones⁶³. La aporía es un problema, pero no cualquier problema; se distingue porque se trata de una cuestión acuciante e ineludible de la que no podemos apartarnos y ante la cual no hay un camino despejado⁶⁴. Viehweg distingue el pensamiento problemático (tópico) del pensamiento sistemático (deductivo).⁶⁵ Cuando el acento se pone en el problema, se hace necesario buscar un sistema que permita obtener la solución del problema. En este caso es el problema el que conduce a la selección del sistema, que en ocasiones puede ser no uno sino una pluralidad de sistemas⁶⁶. El modo de pensar sistemático opera desde el todo, y de modo contrario a como lo hace el pensamiento problemático; en este caso, el sistema opera una selección de problemas, de suerte que lo que no caiga dentro del sistema se deja al margen y sin solución, pues se considera que es una cuestión falsamente planteada. Al no constituir la jurisprudencia una disciplina sistematizable, sólo cabe entenderla como una disciplina que se orienta a la discusión de problemas, de allí que su estructura corresponda con la de la tópica, ello es, como una disciplina orientada a resolver problemas concretos. En tanto disciplina

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

60 *Ibid.* pp. 192-193)

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

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

63 VIEHWEG. *op. cit.* P. 50

64 *Ibid.* P. 49

65 ATIENZA, M. *Las razones del derecho*, *op. cit.*, p. 34 y García Amado, J. A. *Tópica, derecho y método jurídico*, En: *Revista Doxa* N° 4, 1987, p. 16.

66 VIEHWEG. *op. cit.* p. 51

tópica, la jurisprudencia tendría una aporía fundamental, la cuestión de lo justo aquí y ahora.⁶⁷

Las investigaciones de Perelman lo llevan a concluir que no existe una lógica de los juicios de valor, no obstante, en la antigüedad griega, se desarrolló un conjunto de procedimientos y técnicas que denominaron *retórica*, la cual tenía como propósito orientar la forma en que se llevaban las discusiones y deliberaciones.⁶⁸ Los estudios de retórica de Perelman que se sistematizan en el *Tratado de la argumentación* que escribe con L. Olbrechts-tyteca, constituyen una ruptura con la concepción de la razón y del razonamiento que se origina con Descartes, y que influyó en los lógicos y teóricos del conocimiento moderno, para que éstos se olvidaran de los estudios de los medios o técnicas discursivas orientadas a la deliberación y la argumentación con fines persuasivos.⁶⁹ Por la época en que aparecen sus trabajos, las técnicas y razonamientos propios del jurista se les agrupaba bajo el título de lógica jurídica, que se entendía como el análisis y estudio de las nociones y de las estructuras de la lógica formal implícitas en la forma de razonar del jurista. Perelman constata que no es la lógica formal la que permite la solución de las controversias, ni éstas giran en torno a problemas lógico formales, que el derecho se elabora a través de controversias y argumentaciones dialécticas y que las decisiones judiciales no tienen un carácter necesario como en el razonamiento analítico; por tanto, el paso de las premisas a la decisión no tienen este carácter, pues la decisión presupone la posibilidad de decidir en uno u otro sentido. En las controversias judiciales, por el contrario, las razones que se exponen tratan, como en los diálogos

platónicos, de criticar y refutar los argumentos de la contraparte mostrando que o no son relevantes u oportunos o justos.⁷⁰

De Perelman deben resaltarse el desarrollo que realiza de las técnicas argumentativas muy útiles en el desarrollo del razonamiento y la argumentación jurídica. Según Perelman, los argumentos se presentan bajo la forma de un *nexo* o bajo la forma de una disociación⁷¹. Existen tres tipos de nexos: los *cuasilógicos*, los argumentos *fundados sobre la estructura de lo real* y los argumentos que *fundan la estructura de lo real*. Los primeros se denominan así porque se aproximan al pensamiento lógico formal o matemático⁷² y en su utilización pareciese que se pretende reducir la realidad a un esquema de pensamiento lógico formal o matemático; no obstante difieren de éstos, porque en los argumentos cuasilógicos no se lleva a cabo una deducción formal y presuponen más bien una adhesión a tesis de naturaleza no formal.⁷³ Los argumentos fundados sobre la estructura de lo real se apoyan en los nexos de sucesión o coexistencias. Las relaciones de sucesión se apoyan sobre los lazos que existen entre los elementos de lo real en la medida en que presuponen la creencia en estructuras objetivas que no se discuten; ejemplo de ellas son las presupuestas relaciones de causalidad.⁷⁴ Si se introducen nociones como la intención pasamos de inmediato a una argumentación basada en lazos o relaciones de coexistencia.⁷⁵ Los argumentos que fundan la estructura de lo real son aquellos que a partir de un caso particular acreditado permiten fundar o instituir un precedente, un modelo o una regla general; ejemplo de ellos son el razonamiento por medio del ejemplo o el modelo.⁷⁶ Las técnicas de disociación, a diferencia de las

67 Ibid., p. 129.

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

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

70 Perelman, *El imperio retórico*, op. cit., p. 13

71 Ibid., pp. 58-60

72 PERELMAN, Ch. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit. p. 166

73 PERELMAN, Ch. *El imperio retórico*, op. cit., pp. 77-78

74 Ibid., p. 78

75 PERELMAN, Ch. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit. p. 168

76 PERELMAN, Ch. *El imperio retórico*, op. cit., p. 79. y PERELMAN, Ch. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit. p. 169

anteriores, que no interesaron mucho a los teóricos de la retórica antigua; buscan como su nombre lo sugiere, disociar los elementos de lo real, unos de otros, para llegar a una nueva ordenación de lo dado.⁷⁷

2.8. La teoría del discurso racional

Luego de que aparecieran los trabajos de Perelman y Viehweg (mitad del siglo XX) surgen a finales de los años setenta un conjunto de autores cuyos trabajos giran en torno al problema del razonamiento jurídico y de la justificación de la decisión judicial. De estos autores el más conocido para nosotros es sin lugar a dudas Robert Alexy cuya *teoría del discurso racional* se ha convertido en la teoría estándar de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional permite fundamentar racionalmente enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos. No supone que haciendo uso de ella se puede determinar exacta, objetiva y definitivamente una valoración o una decisión, sino que al menos son posibles los argumentos racionales acerca de los derechos.⁷⁸ Según Alexy, la jurisprudencia y en particular la argumentación jurídica versa sobre cuestiones prácticas; por ello deben considerarse “un caso especial del discurso práctico general”. El discurso jurídico tiene en común con el discurso práctico general que en ambos se trata sobre la corrección de enunciados normativos y, por tanto, ambos son portadores de una pretensión de corrección.⁷⁹ El modelo del discurso racional recibe su mayor influencia de la teoría de Habermas quien, como ya lo vimos, considera que las cuestiones prácticas pueden discutirse racionalmente. Con fundamento en ella, Alexy fórmula un sistema de reglas que permita establecer las condiciones de la racionalidad del proceso discursivo en el ámbito judicial, que de ser seguidas permitirían discutir problemas práctico-jurídicos en el marco de una teoría de la argumentación racional.

3. CONCLUSIONES

Desde sus orígenes, la jurisprudencia romana tuvo un carácter práctico y fue considerada como una técnica para resolver problemas prácticos, por ello guardaba relación con la *phrónesis*, con la tópica (retórica) y la dialéctica griega. Este carácter práctico también está presente en el jurista medieval. A comienzo de la modernidad surge una nueva actitud en relación con el estudio del derecho agenciado por el nuevo espíritu matemático, por ello la actividad del jurista cada vez más se asimila a la actividad del científico moderno. Influidos por el paradigma positivista la racionalidad jurídica en el siglo XIX oscilará, entre la concepción formalista que defenderá un modelo de racionalidad analítica-deductiva (Exégesis, jurisprudencia de concepto) y el modelo antiformalista. El siglo XIX culminará con un giro hacia el irracionalismo o decisionismo judicial representado por tendencias como la Escuela Libre del Derecho, el Realismo Jurídico norteamericano, y la teoría de la adjudicación de Kelsen. Las críticas al neopositivismo, que influyó decisivamente en la obra de Kelsen y las circunstancias políticas y sociales luego de la segunda guerra mundial y Auschwitz modifican el estatuto de racionalidad de lo justo y lo moral y cada vez más se habla principios de justicia que tienen la misma fuerza normativa que las normas positivas emanadas de la autoridad política competente. Viehweg y Perelman, el primero apoyado en la tópica y el segundo en la retórica, se darán a la tarea de indagar por la especificidad del razonamiento jurídico. Apoyado en estos trabajos surgirá la teoría del discurso racional de Alexy que de alguna manera se ha convertido en la teoría estándar de la racionalidad y la argumentación jurídica conjuntamente con la teoría de MacCormick, Aarnio y Peczenik.

Ahora bien, el anterior bosquejo sobre el

77 PERELMAN, Ch. El imperio retórico, op. cit., p. 79

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

79 Ibid., p.35

razonamiento jurídico nos puede llegar a concluir que todo el proceso que guía a la toma de decisión judicial esta dominado por la razón; pero lo que es evidente es que a pesar de que la racionalidad juega un papel básico en la fundamentación de las decisiones judiciales, existe un espacio que no puede ser controlado por ella. Para MacCormick, por ejemplo, en el desarrollo de la argumentación jurídica y de nuestra vida práctica, se llega un punto en que nos topamos con opciones últimas que se ubican más allá del sistema de razones prácticas, y descansan sobre consideraciones pre-rationales o extra-rationales, sean éstas preferencias o intuiciones morales. En todo caso, llegamos a un punto en que no es la racionalidad sino otras virtudes o valores los que proporcionan fundamento a nuestras elecciones. Lo anterior lleva a concluir a

MacCormick, que el razonamiento jurídico no esta gobernado únicamente por la racionalidad práctica, aunque deba reconocerse que éste es una parte de ella; si bien, la racionalidad en el derecho y en los procedimientos jurídicos es la primera virtud, es necesario el buen juicio, la compasión y sentido de la justicia, para evitar que la pura racionalidad nos ayude a actuar de manera irracional.⁸⁰ Para Kauffmann ese ámbito corresponde a las precomprensiones y prejuicios que lejos de ser una debilidad puede ser una fortaleza en la argumentación jurídica.⁸¹ Para Nussbaum, ese es el ámbito propio de las emociones y la fantasía, por tanto, a pesar de reconocer el papel que cumple la racionalidad práctica, es importante reconocer la importancia de la imaginación y la fantasía y de la literatura en la educación del juez.⁸²

80 MacCORMICK, Neil. Los limites de la racionalidad en el razonamiento jurídico, En: BETEGÓN, Jerónimo y PARAMO, J. R (Comp.). Derecho y moral. Ensayos analíticos. Barcelona: Ariel Derecho, 1990, 9 -22

81 KAUFFMANN, Arthur. Filosofía del Derecho. Santa Fe de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 98-99.

82 NUSSBAUM, Martha. *Justicia Poética La imaginación literaria y la vida pública*. Barcelona: Editorial Andrés Bello, 1997, , p. 15-17

3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALEXY, R. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997
2. ATIENZA, M. Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004
3. ATIENZA M. Introducción al derecho. México: editorial Distribuciones Fontamara. S. A., , 2000)
4. BODENHEIMER, E. Teoría del derecho, México: Fondo de Cultura Económica, 1974
5. BERMAN J., Harold. La Formación de la tradición jurídica de Occidente. México: F. C. E., México. 1996 J
6. E. Berti, *Como argumentan los hermeneutas*, en, Gianni VATTIMO y otros, *Racionalidad y Hermenéutica* (Editorial Norma, Bogotá, 1994)
7. CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D. C., 2008
8. DESCARTES, R. reglas para la dirección del espíritu, En: Obras escogidas, IV. Buenos Aires: Sudamericana, 1967
9. DILTHEY, W. Crítica de la razón histórica. Barcelona: Península, 1986
10. GARCÍA AMADO, J. A. Tópica, derecho y método jurídico, En: Revista Doxa N° 4, 1987
11. GRONDIN. J Introducción a la hermenéutica filosófica. La hermenéutica universal de Gadamer Barcelona: Editorial Herder, 1999
12. HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa, 2T, Madrid: Editorial Taurus, 1995
13. HABERMAS, J. Teoría y praxis. Madrid: Tecnos, 1997
14. HEISEMBERG, W. Encuentros y conversaciones con Einstein y otros ensayos, Madrid: Alianza, 1979W.
15. HORKHEIMER, M. Teoría crítica. Buenos Aires: Amorrortu, 1974.
16. HUSSERL. E. La crisis de las ciencias y la fenomenología Trascendental. Barcelona: Crítica, 1991
17. IGLESIAS, J, Derecho Romano, Barcelona: Editorial Ariel, 1983
18. JAEGER, W. Paideia. Colombia: Fondo de Cultura Económico, 1994
19. JAY, M. La Imaginación Dialéctica. Madrid: Taurus, 1974
20. KAUFFMAN, A. Filosofía del derecho, Bogotá: Editorial Universidad externado de Colombia, 1999
21. KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1953/1970
22. KOYRE., *Estudios de Historia del pensamiento científico* (Siglo XXI, México, 1978)
23. LEGAZ Y LACAMBRA, L. Filosofía del derecho. Barcelona: Editorial Bosch, 1979
24. LÓPEZ MEDINA, D. Teoría impura del derecho. La Transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, ,2004
25. MacCORMICK, Neil. Los limites de la racionalidad en el razonamiento jurídico, En: BETEGÓN, Jerónimo y PARAMO, J. R (Comp.). Derecho y moral. Ensayos analíticos. Barcelona: Ariel Derecho, 199
26. MARGOT, J. P. La modernidad: una ontología de lo incomprensible, Colombia: Editorial Universidad del Valle, Cali-Colombia, 1995.
27. MARTÍNEZ ROLDAN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica. Barcelona: Ariel Derecho, 1994
28. D. Mercado, *Aproximación al concepto de ciencia y al de Ciencia Jurídica*. Vol. 2, Colección de Estudios Socio - jurídicos, Mario Alario D'Filipo (Universidad de Cartagena, Cartagena de Indias, Colombia, 1999).
29. NUSSBAUM, Martha. *Justicia Poética La imaginación literaria y la vida pública*. Barcelona: Editorial Andrés Bello, 1997
30. PEÑA, J. I. *Wittgenstein y la crítica a la racionalidad*, Bogota: Ediciones Universidad nacional de Colombia, Bogotá, 1994
31. PERELMAN, Ch. La lógica jurídica y la nueva retórica. Madrid: Editorial Civitas, 1993
32. PERELMAN, Ch. El imperio retórico. Retórica y argumentación, Colombia: Editorial Norma, Colombia, 1997
33. PERELMAN, Ch. y L. Olbrechts-tyteca. Tratado de la argumentación. La nueva retórica. Madrid: Biblioteca Románica Hispánica, editorial Gredos, 1994
34. POPPER, K. El problema de la Inducción, En: Miller, D. Escritos Selectos. México: Fondo de Cultura económica, 1997
35. POPPER, K. La Lógica de la investigación científica. México: Fondo de Cultura Económica, 1996

36. RECASENS SICHES, L. Nueva filosofía de la interpretación del derecho. México: Editorial Porrúa, 1980)
37. RIDDALL, J. G. Teoría del derecho, Barcelona: Editorial Gedisa, 2000
38. RICKERT, E. Ciencia cultural y ciencias natural, Buenos Aires: Ediciones Espasa Calpe, 1965
39. ROBLES MORCHON, G. Introducción a la teoría del derecho. Madrid: Editorial Debate, 1998
40. SCHUTZ A. Fenomenología del mundo social. Introducción a la sociología comprensiva. Buenos Aires: Paidós, 1972
41. VATTIMO G. y otros Racionalidad y Hermenéutica, Bogotá: Editorial norma, 1994
42. VIEHWEG, T. Tópica y jurisprudencia. Barcelona: Gedisa, 1991
43. WEBER, M. Sobre la teoría de las ciencias sociales. Barcelona: Ediciones Planeta- Agostini, 1986
44. WITTGENSTEIN, L. Investigaciones filosóficas, Barcelona: Editorial Crítica, 1988