

## **Criterios de racionalidad en la aplicación del derecho\***

*Criteria of Rationality in the Application of Law*

**PATRICIA RAQUEL MORRIS BOLAÑO**

Abogada y especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Libre Seccional Barranquilla (Colombia), Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Libre Seccional Bogotá, doctoranda en Derecho por la Universidad del Norte. Profesora área Derecho Público e investigadora del Grupo de Investigación Poder Público y Ciudadanía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla. Teléfono móvil: 301 567 95 52. patricia.morris@unilibre.edu.co. Orcid ID: 0000-0003-1575-5228.

**JUAN PABLO ISAZA GUTIÉRREZ**

Doctor en Derecho por la Universidad Castilla-La Mancha; Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante; Abogado por la Universidad del Norte. Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte. jisaza@uninorte.edu.co; <https://orcid.org/0000-0002-7904-3550>.

\*Este artículo de investigación constituye un avance de la tesis doctoral intitulada "Racionalidad como limitador a la discrecionalidad de la Corte Constitucional colombiana". Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política (GIDCEP). Línea de investigación Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica.

## Resumen

Este artículo de investigación examina diversas propuestas generadas desde la filosofía del derecho y desde la teoría jurídica en torno a la exigencia de racionalidad no solo en la regulación del derecho, sino también en la adopción de las decisiones judiciales, evidenciando diferentes perspectivas: de una parte, la que defiende un tipo de racionalidad logicista y, de otra, la que aboga por un paradigma de racionalidad no logicista o argumentativa, bajo la premisa de que el derecho es fundamentalmente praxis. Asimismo, demuestra cómo la ausencia de control de las decisiones discrecionales, emanadas de los tribunales constitucionales, para dar solución a los casos difíciles, dentro de los cuales se inscriben los relacionados con los derechos fundamentales, y las objeciones planteadas al test de proporcionalidad ameritan la estructuración de criterios de racionalidad que contribuyan a morigerar los riesgos de arbitrariedad y a garantizar un equilibrio entre la justicia material, la dignidad humana y la seguridad y estabilidad jurídicas. Esta investigación, concerniente a los criterios de racionalidad en la aplicación del derecho, es de naturaleza jurídica y ha sido desarrollada desde un enfoque cualitativo mediante la revisión bibliográfica de categorías teóricas sustentadas por autores versados en el tema.

### PALABRAS CLAVE

Decisión judicial, racionalidad, argumentación jurídica, tribunales constitucionales.

## Abstract

This research article examines various proposals generated from the philosophy of law and from legal theory, around the requirement of rationality, not only in the regulation of law, but also in the adoption of judicial decisions, showing different perspectives: On one hand, which defends a logicist type of rationality, and, on the other, the one that advocates a non-logicist or argumentative rationality paradigm, under the premise that the law is fundamentally praxis. It also demonstrates how the absence of control of discretionary decisions, issued by the constitutional courts, to solve difficult cases, including those related to fundamental rights, and the objections raised to the proportionality test, merit the structuring criteria of rationality that contribute to mitigate the risks of arbitrariness and to guarantee a balance between material justice, human dignity, and legal security and stability. This research, concerning the criteria of rationality in the application of law, is of a juridical nature, and it has been developed from a qualitative approach through the bibliographic review of theoretical categories supported by authors versed in the subject.

### KEYWORDS

Judicial Decision, Rationality, Legal Argumentation, Constitutional Courts.

## 1. INTRODUCCIÓN

La racionalidad es un presupuesto que demanda el derecho tanto en el contexto de creación como en el ámbito de su aplicación a través de decisiones judiciales; tema que ha sido examinado, fundamentalmente, por la filosofía del derecho, con el propósito de garantizar la congruencia y la pertinencia del ordenamiento jurídico, así como la seguridad en las personas que integran la sociedad, regida por este, para ejecutar acciones, y también en aras de precaver eventuales arbitrariedades en el proceso de impartición de justicia.

No obstante, las propuestas generadas desde la referida disciplina en torno a la exigencia de racionalidad en el derecho y en la adopción de los fallos judiciales se encuentran diseminadas en diversas investigaciones, de cuyo escrutinio fluyen diferentes perspectivas sobre su alcance, panorama frente al cual es preciso sostener que tal requerimiento es sustentado de variadas formas. Así, desde un enfoque general, se identifican dos posturas: de una parte, la que defiende un tipo de racionalidad logicista y, de otra, la que aboga por un paradigma de racionalidad no logicista.

Los dos tipos de racionalidad fueron abordados por Aristóteles (1982) al referirse a los juicios analíticos y a los juicios dialécticos o en otros términos a la demostración y a la argumentación: “Hay demostración cuando el razonamiento se origina a través de cosas primordiales y verdaderas; en cambio, es dialéctico el razonamiento construido a partir de cosas plausibles” (p.90). La demostración, modalidad estructurada bajo la forma de silogismo, conlleva a verdades o conclusiones exactas a través de la utilización del método deductivo, que toma como punto de partida una premisa general u objetiva a la cual subsume un caso específico, es ideal en la solución de situaciones sencillas para el derecho; mientras la argumentación comporta probabilidad y es pertinente en la construcción de decisiones relacionadas con asuntos de complejidad, caracterizados por no contar con normas jurídicas plenas para su resolución, y en el ámbito constitucional por enfrentar conflictos concernientes a normas de textura abierta.

En la primera postura, es decir, la racionalidad logicista, tal como lo sostiene García Amado (2003), desde una orientación histórica, se inscriben las escuelas de la Exégesis y de la Jurisprudencia de Conceptos, y en la segunda se sitúan la Jurisprudencia Teleológica, la Jurisprudencia de Intereses, la Jurisprudencia de Valores y las Teorías de la Argumentación Jurídica.

Así, la Escuela de la Exégesis, de origen francés, se trazó como propósito la organización de un sistema jurídico perfecto, con las respuestas o soluciones precisas para todos los casos o conflictos, negando a los jueces cualquier mínima posibilidad de interpretar el derecho. En ese sentido, Montesquieu (1906), afirmó:

Pero si los tribunales no deben ser fijos, las sentencias deben serlo hasta el punto de no discrepar lo más mínimo del texto expreso de la ley. Si representan una opinión particular del juez, viviríamos en sociedad sin saber con precisión las obligaciones que nos impone. (p.230)

Por su parte, la Jurisprudencia de Conceptos, surgida en Alemania, defiende el enfoque racional logicista del derecho y de su aplicación, en la medida en que circunscribe el papel del juez a subsumir los casos en un tipo de ordenamiento jurídico pleno o perfecto, conformado por conceptos, es decir, “categorías ideales, nociones abstractas, ideas que contienen los fundamentos intempORALES y universales de cualquier institución jurídica posible o de cualquier regulación jurídica posible” (García Amado, 2013, pp. 99-100).

No obstante, la pretensión de un ideal de previsibilidad del derecho fracasó con el advenimiento de problemas atinentes a la incompletitud de las normas, determinada, fundamentalmente, por lagunas, penumbras, ambigüedades, contenidos insuficientes ante nuevas realidades para el derecho, situaciones que generaron márgenes de discrecionalidad al administrador de justicia para resolver los conflictos.

Pero ello no significa que la lógica formal se hubiere proscrito como componente metodológico de las decisiones judiciales, tal como lo sostiene Recaséns Siches (1956) cuando examina las corrientes detractoras de esta modalidad o técnica argumentativa:

El problema sigue en pie, y es tanto más problema, porque, si por una parte parece claro que la deducción lógica tradicional hace quiebra en el reino del Derecho, por otra parte, sucede que algunos de los que han impugnado el mando de la lógica tradicional allí, no se atreven a desahuciarla por completo, y no formulan con claridad sus sustitutos. (p.27)

De igual manera, si bien Atienza (2001) defiende la perspectiva del derecho como argumentación, lo hace desde un punto de vista integral que incluye no solo los enfoques material y pragmático, sino el formal, y este último lo define como un criterio de racionalidad, en virtud del cual un argumento será válido si la conclusión del mismo es una necesaria inferencia de sus premisas, independientemente de si estas son o no verdaderas.

Ahora bien, la exigencia de racionalidad también se predica de las decisiones emanadas de los tribunales constitucionales en lo tocante a la aplicación de los derechos fundamentales, en consideración a los márgenes de amplia libertad que detentan estos órganos jurisdiccionales frente a normas de carácter abierto, que dada su naturaleza se ubican dentro de los denominados casos difíciles para el derecho. En efecto, Hart, citado por Navarro (1993), considera, entre otros, que un caso es difícil si “las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresa son vagos, poseen textura abierta” (p. 252). En ese sentido, los tribunales constitucionales detentan un poder desmedido, por encima del cual no existe control alguno, situación que, por ende, eventualmente podría generar en arbitrariedad.

Ante tal riesgo, inherente a la función creadora del derecho, es necesario limitar bajo criterios de racionalidad la discrecionalidad de los tribunales constitucionales. Como sostiene Aarnio (2016):

“La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener” (p.32).

En aras de evitar la concreción de arbitrariedad en las decisiones relacionadas con los “mandatos de optimización”, Alexy (1997) propone la ponderación o test de proporcionalidad como metodología para aplicarlos; técnica utilizada actualmente por los tribunales constitucionales, cuestionada por diversos autores que, entre otras razones, pretextan la ausencia de racionalidad. Al respecto Bernal (2015) afirma:

El concepto de ponderación es objeto de variadas discusiones teóricas y prácticas. Uno de los problemas más emblemáticos es si la ponderación constituye un procedimiento racional o es un mero subterfugio teórico y también la legitimidad del juez para aplicar los principios mediante este procedimiento. (pp. 409-431)

En ese orden de ideas, si bien se identifican pronunciamientos en la doctrina en torno a los criterios de racionalidad como elementos relevantes para la adopción de las decisiones judiciales y, en forma específica, parámetros para la proyección de fallos por parte de los tribunales constitucionales, en el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales, también es innegable la ausencia de un trabajo de sistematización que integre o compendie las contribuciones, resultado de serias investigaciones, provenientes de autores reconocidos, especializados en la citada temática.

En ese sentido, este artículo de investigación pretende dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿qué se entiende por criterios de racionalidad en la toma de decisiones jurídicas? y ¿qué se entiende por criterios de racionalidad en la adopción de fallos referidos a los derechos fundamentales?

Así, el objetivo de este trabajo consiste en examinar el marco teórico atinente a los criterios de racionalidad en la aplicación del derecho y los planteados para la construcción de las decisiones relativas a los derechos fundamentales a fin de evaluar si los existentes son suficientes o, por el contrario, se justifica la creación de nuevos lineamientos capaces de precaver situaciones de arbitrariedad.

La metodología de este artículo de investigación es de carácter jurídico, se desarrolla desde un enfoque cualitativo, que implica la revisión de categorías teóricas en el ámbito de la filosofía del derecho a fin de integrar las propuestas relativas a los criterios de racionalidad en la aplicación del derecho y los lineamientos esbozados específicamente para la adopción de decisiones relacionadas con los derechos fundamentales, en aras de establecer si resultan eficaces para garantizar las exigencias de coherencia y consistencia o si, por el contrario, deben ser replanteados.

Coherente con lo expuesto, este artículo de investigación está estructurado conforme al siguiente plan de trabajo: alcance del término racionalidad (primera parte); la racionalidad en el derecho

(segunda parte); la racionalidad de la decisión judicial (tercera parte) y la racionalidad de las decisiones emanadas de los tribunales constitucionales (cuarta parte).

## 2. ALCANCE DEL TÉRMINO RACIONALIDAD

Antes de abordar en estricto sentido la cuestión objeto de estudio, conviene definir el alcance del término “racionalidad”, el cual está vinculado al vocablo “racional”, que según Rosental y Iudin (2001) proviene del latín *rationalis* (p.388), y es definido por Comte Sponville (2003) como aquello “que es conforme a la razón teórica, o sea lo que la razón puede pensar, calcular (ratio en latín es ante todo el cálculo), conocer y, al menos de derecho, explicar” (p.442).

A su vez, la expresión “razón” “es el poder humano de pensar (en conformidad con las leyes inmanentes del pensamiento) en todo. Por eso siempre es necesaria (siempre sometida a leyes) y siempre libre (no tiene otras leyes que las suyas propias)” (Comte Sponville, 2003, p. 443).

Igualmente, Ferrater (1994) expresa que el vocablo “racionalidad” es factible utilizarlo “en sustitución de razón” (p. 2979). Contrario a ello, tal como lo explica Toulmin “la falta de racionalidad (o irracionalidad) no consiste en un contenido proposicional determinado, sino más bien en la actitud (dogmatismo, prejuicio, superstición, etcétera) que hace que alguien trate de imponer una proposición, una teoría, una creencia, etcétera” ( ).

Lo importante en la racionalidad, o la razonabilidad, es lo que se hace, esto es, el método o serie de métodos que se adoptan para mantener una idea (o un enunciado), o tratar de refutar una idea (o un enunciado). (Ferrater, 1994, p. 2982)

Por otra parte, en criterio de Agazzi (2001), el término “racionalidad” presenta diversas acepciones; esta puede ser teórica, práctica y técnica. Para entender la primera es menester tomar en consideración los elementos que la estructuran: objetivo que persigue, campo de desenvolvimiento y papel que ejerce en ella la razón; aspectos que permiten dilucidar su alcance, comprender su esencia y objeto de conocimiento. Al respecto el autor, refiriéndose a esta especial modalidad de racionalidad, sostiene:

El primer dominio donde la racionalidad encuentra su aplicación es el del conocimiento puro, o conocimiento teórico, que se puede caracterizar por una intención explícita y exclusiva de conocer lo que es, de saber “cómo son las cosas” y por qué son así. (p.36)

Igualmente, destaca la relevancia de la razón para el cumplimiento de los propósitos señalados, que en principio comprende la realidad de las cosas o de los acontecimientos, y luego expone las causas determinadoras de los mismos. La primera fase es denominada por el autor “momento hermenéutico” y la segunda “momento explicativo”, procedimiento que se erige en un aporte esencial de la filosofía griega, dado que facilita las herramientas para transitar al auténtico juicio o discernimiento.

En ese sentido, Agazzi (2003) asevera:

La explicación de este itinerario constituye la contribución fundamental que el genio heleno ha aportado a nuestra civilización al proporcionar los medios para llegar de la doxa, de la opinión, a la episteme, es decir, al conocimiento verdadero que posee también las razones de su verdad. (p.36)

La segunda acepción del término “racionalidad”, es decir, la práctica, se traduce en la indagación sobre el deber ser del proceder humano, desde una dimensión crítica, y por ello se inscribe en el ámbito de la filosofía práctica; su misión es defender los fines, con objeto de evidenciar que detentan una cualidad esencial que les es consustancial.

Consonante con lo expuesto, la racionalidad práctica

es la empresa que procura alcanzar en el nivel de la conciencia, de la crítica, de la reflexión y de la justificación la esfera de los fines, esfera que, como hemos visto, no se puede en absoluto eliminar del dominio de la acción humana en tanto tal. (Agazzi, 2003, p.45)

Por último, el sentido de la racionalidad desde el punto de vista técnico se ocupa de establecer los medios para alcanzar los fines; motivo por el cual frente a ellos asume una posición imparcial y se limita a garantizar su materialización en forma efectiva, proporcionando las herramientas para su consecución, connotación que le ha merecido la denominación de instrumental (Agazzi, 2003).

Desde un enfoque crítico e integral, Bernal (2007) explica las diversas acepciones del término:

El concepto de racionalidad es ambiguo. En el nivel más abstracto, la racionalidad alude a dos dimensiones: una teórica y otra práctica. La racionalidad teórica establece las condiciones que una teoría o un concepto debe cumplir para poder ser considerada o considerado racional. La racionalidad teórica exige que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, sean claras y estén libres de toda contradicción. Por su parte, la racionalidad práctica determina las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional. La racionalidad práctica expresa un sentido evaluativo que es especialmente relevante en el derecho, cuando se analiza la toma de decisiones judiciales relativa a la aplicación de las normas jurídicas. (pp. 37-57)

### 3. LA RACIONALIDAD EN EL DERECHO

Respecto a la racionalidad en el derecho, es preciso sostener que se trata de un tema poco explorado por la comunidad jurídica, y es la filosofía del derecho la disciplina que se ha ocupado de revisarla con mayor profundidad. Al respecto, Bourdieu y Teubner (2005) sostienen: “los abogados y los jueces pocas veces se preguntan por la racionalidad de su actividad y cuando lo hacen es para afirmar de dónde procede y para qué sirve” (p.15).

Coherente con lo expuesto, resulta pertinente examinar los planteamientos esgrimidos por variedad de filósofos del derecho en torno a la racionalidad y su importancia en el ámbito de lo jurídico, corolarios de acuciosos trabajos de investigación, cuyo propósito consiste en proporcionar herramientas tendentes a precaver la arbitrariedad de sus disposiciones.

De esta manera, para Gascón Abellán y García Figueroa (2017), “predicar racionalidad del Derecho significa concebir el sistema jurídico fundamentalmente como una expresión de razón, una razón en sentido fuerte que se contrapone a la voluntad” (p. 64).

En ese sentido, no concebir el derecho desde un enfoque racional es situarlo en el escenario de los intereses de quien lo emana, de sus predilecciones e inclinaciones; bajo ese entendido, el contenido jurídico revestirá un carácter ilógico y absurdo, sometido incluso a la ambivalencia de las individualidades de aquel que detenta el poder de su creación.

Consonante con lo expuesto, los referidos autores en forma categórica: “si no fuera posible discutir sobre cuestiones jurídicas racionalmente, entonces nos hallaríamos en el mundo del capricho, de las preferencias puramente personales, y sobre gustos no se discute, no se argumenta” (p.60).

Por su parte, Kant atribuye al derecho un carácter racional, de naturaleza estrictamente logicista, concepción que evidencia al referirse a los “deberes jurídicos”, los cuales califica como obligaciones exactas y, por ende, perfectas, contrario a los “deberes éticos”, que erige en responsabilidades con sentido amplio y, por tanto, imperfectas; pero también al ocuparse de la doctrina del derecho (diferente de la doctrina de las costumbres), en cuyo ámbito ubica a los “deberes jurídicos” y que explica como aquella que conlleva, únicamente, a un examen de constatación de la acción.

En efecto, el filósofo alemán precisa: “Los deberes éticos son de obligación amplia, mientras que los deberes jurídicos son de obligación estricta” (Kant, 1797, p. 242). También, afirma al referirse a la “doctrina general de las costumbres” para diferenciarla de la “doctrina del derecho”:

Aquella trata de deberes amplios, mientras que ésta trata de deberes puramente estrictos, por eso, la última que, según su naturaleza, ha de ser rigurosamente determinante (precisa), no necesita como tampoco la matemática pura un reglamento universal (método) de cómo se debe proceder a juzgar, sino que lo verifica en la acción. Por el contrario, la ética, gracias al margen que deja a sus deberes imperfectos, conduce inevitablemente a preguntas que exigen a la facultad de juzgar estipular cómo ha de aplicarse una máxima en los casos particulares y ciertamente de tal modo que ésta proporcione de nuevo una máxima (subordinada) (en la que siempre puede preguntarse de nuevo por un principio para aplicarla a los casos que se presentan), y cae de este modo en una casuística, de la que nada sabe la doctrina del derecho. (pp. 269 - 270)

Para entender el enfoque racional de Kant sobre el derecho, es menester tener en cuenta la diferencia que el filósofo alemán realiza entre Ética y Derecho; ambos campos son generadores de



leyes, pero de índole distinta o cualitativamente diferentes; así, mientras las leyes propias del derecho regulan las acciones, las leyes de la **ética** son las que Kant denomina “máximas de las acciones”, es decir, principios de alcance universal e imperiosos.

Por ello afirmaba: “Obra como si la máxima de tu acción debiera tornarse, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza” (p.35).

De la misma forma, Patarro (1985) examina la racionalidad del derecho, tomando en consideración a Bobbio, autor que establece diferencias entre dos perspectivas de la razón: la fuerte y la débil. Así, la razón desde una perspectiva fuerte es la que emana el derecho o las pautas a las que personas dotadas de razón deben someterse, sin embargo, no se circunscribe a preverlas, también obliga a cumplirlas; de allí que el racionalismo en la dimensión ética se bifurque en teórica y práctica. Mientras que la razón desde una dimensión débil, una vez fijadas las normas que pueden fluir de la razón en sí o de la voluntad rectora o de nivel superior, aspecto que para ella no es relevante, demanda que su aplicación para dar solución a un conflicto específico recurra a metodologías direccionadas o guiadas por el razonamiento, término que según Abbagnano (1998) traduce: “cualquier procedimiento de inferencia o de prueba, por lo tanto, cualquier argumento, conclusión, inferencia, inducción, deducción analogía, etc.” (p. 987), y refiriéndose a Stuart Mill es “inferir una proposición de una o más proposiciones precedentes, creer o pretender que se cree, en ella como conclusión de alguna otra cosa, significa razonar en el sentido más extenso del término” (p. 987); desde una perspectiva amplia comporta varios significados: “deducción, inducción, prueba, demostración, inferencia, silogismo, argumento, analogía” (Abbagnano, 1998, p. 987).

Igualmente, Roca (2005) estudia el tema a partir del análisis a los planteamientos esgrimidos por Nino (2005), relacionados con la conexidad “entre juicios y razones para la acción”, enfoca su atención en el examen que este hace sobre las “razones”, a las cuales concibe como bases fundamentales de la racionalidad, ideas o máximas de orden moral que ubica en el nivel más alto del esquema de preferencias de una persona, situación que permite revestirlas de validez. En otros términos, las entidades llamadas “razones”, a las que Nino se refiere, consisten en principios ideales de la racionalidad y la moralidad asumidos como válidos.

En ese sentido, uno de los presupuestos de recepción de la “razón moral”, tal como lo sostiene Bayón, citado por Roca (2005), hace referencia a que “un agente acepta una razón moral cuando la concibe como dominante sobre los deseos e intereses de cualquiera” (p. 333). “Las razones morales son, por tanto, en primer lugar, las razones últimas o jerárquicamente supremas dentro de la estratificación de preferencias de un sujeto (lo que implica que, por definición, son razones no dominadas)” (p.333).

Como corolario de lo expuesto, las razones morales se encuentran presentes en todas las personas y priman aun sobre sus aspiraciones, y propósitos, y por ello Nino (2006) las concibe como “ob-

jetivas y externas”. Nino, entonces, según Bayón, citado por Roca (2005), se ubica en un punto intermedio entre los modelos externalista e internalista, “es decir lo moralmente correcto será, en general, lo que resulte aceptable bajo determinadas condiciones ideales o para un sujeto o comunidad de condiciones ideales” (p.336). También resulta importante en el examen sobre la racionalidad en el derecho que realiza la autora en comento la diferencia que establece entre las “razones explicativas, subjetivas o motivos” y las “razones justificativas”. Mientras las explicativas aclaran, interpretan y vislumbran una conducta, pero sin evaluarla, las justificativas buscan revelar su “legitimidad”, y esto hace referencia a que sean adecuadas. Las razones justificativas u objetivas persiguen calificar la acción, es decir, si fue o no adecuada, a la luz del derecho o desde el ámbito moral. Sin embargo, esta evaluación es ajena a las intenciones del sujeto y, en consecuencia, es irrelevante que las razones para actuar coincidan con sus aspiraciones.

Asimismo, en el análisis sobre el tema materia de desarrollo se destaca García Amado (2013), autor que desde una perspectiva histórica examina diversas corrientes atinentes al derecho y su praxis, identificando en el proceso de investigación tanto doctrinas irracionalistas como racionalistas; dentro de estas últimas incluye las logicistas y las no logicistas. A las primeras adscribe las escuelas de la Exégesis y de la Jurisprudencia de Conceptos y a las últimas vincula, de una parte, la Jurisprudencia Teleológica, la Jurisprudencia de Intereses y la Jurisprudencia de Valores y, de otra, las teorías de la argumentación jurídica.

Así, la Escuela de la Exégesis, de origen francés, se trazó como propósito la organización de un sistema jurídico perfecto, con las respuestas o soluciones precisas para todos los casos o conflictos, negando a los jueces cualquier mínima posibilidad de interpretar el Derecho. En ese sentido, Montesquieu (1906) afirmó:

Pero si los tribunales no deben ser fijos, las sentencias deben serlo hasta el punto de no discrepar lo más mínimo del texto expreso de la ley. Si representan una opinión particular del juez, viviríamos en sociedad sin saber con precisión las obligaciones que nos impone. (p.230)

Por su parte, la Jurisprudencia de Conceptos, surgida en Alemania, defiende el enfoque racional logicista del derecho y de su aplicación, en la medida en que circunscribe el papel del juez a subsumir los casos en un tipo de ordenamiento jurídico pleno o perfecto, conformado por conceptos, es decir, “categorías ideales, nociones abstractas, ideas que contienen los fundamentos intemporales y universales de cualquier institución jurídica posible o de cualquier regulación jurídica posible” (García Amado, 2013, pp. 99-100).

Contrario a lo expuesto, las corrientes racionalistas no logicistas defenderán concepciones anti-formalistas del derecho y su aplicación. En ese sentido, la Jurisprudencia Teleológica, abanderada por Ihering, concebirá que “los contenidos del Derecho se hallan y deben hallarse determinados por el propósito de llevar a realización práctica determinados fines” (Recaséns Siches, 1956, p.35).

En palabras de su creador “no hay un solo título, sea por ejemplo el de propiedad, ya el de obligaciones, en que la definición no sea necesariamente doble y nos diga el fin que se propone y los medios para llegar” (Ihering, 2004, pp. 53-54). La Jurisprudencia de Intereses, representada por Philipp Heck, considerará que “el juez debe guiarse más que por las palabras del legislador por las estimaciones que inspiraron a éste”, y frente a nuevos conflictos no previstos en el ordenamiento jurídico “el juez debe basarse sobre su propia estimación, aunque para ello debe tomar como norma, siempre que esto sea posible las pautas de las convicciones sociales vigentes de su época” (Recaséns Siches, 1956, p.58).

Pues bien, luego de hacer tal claridad, es menester sostener que la racionalidad del derecho no se predica exclusivamente de la lógica deductiva, esta constituye una de sus formas; pero, en consideración y bajo la premisa concerniente a que el derecho es fundamentalmente praxis, inexorablemente, irrumpe en el escenario de la argumentación, situación que conduce a concebir la existencia de un tipo de racionalidad distinta, denominada “argumentativa”.

Este tipo de racionalidad del derecho es explicada por García Amado (2013) en los siguientes términos:

El Derecho no es un objeto que pueda conocerse de modo puramente teórico y científico, del mismo modo que las ciencias teóricas conocen y describen su objeto. El Derecho no es una realidad que esté ahí afuera, sea en normas, conceptos o valores, esperando para ser descubierto en todo su rigor sistemático y en su precisión resolutoria de casos. Tampoco es un sistema ni de normas ni de conceptos ni de valores que mantenga entre sus elementos relaciones perfectamente lógicas y que pueda presentarse como sistema lógico axiomático. El Derecho se hace para la práctica y en la práctica, y esa práctica consiste antes que nada en argumentar: si alguna racionalidad tiene el Derecho, será una racionalidad argumentativa, no de otro tipo (lógica, moral, normativa). (p. 108)

En esta modalidad de racionalidad se sitúan Chaim Perelman, Theodor Viehweg, Stephen Toulmin, Recaséns Sichés, Aulis Aarnio, Manuel Atienza, Robert Alexy, McCormick, entre otros. El punto de convergencia de estos autores justamente consiste en entender al derecho como una práctica con enfoque argumentativo; por ello, el examen de sus aportes se sitúa en el siguiente apartado.

#### 4. LA RACIONALIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL

García Amado (2013) plantea el interrogante concerniente a si es viable contar con lineamientos de carácter objetivo que permitan evaluar la racionalidad de las sentencias o si, por el contrario, bajo el entendido de existir diversidad de criterios de orden subjetivo tal posibilidad no es admisible.

En ese sentido, resulta pertinente glosar el planteamiento de García Figueroa (2017), en el que cuestiona las posiciones cerradas frente a la necesidad de ejercer el escrutinio racional de las decisiones judiciales:

Este tipo de planteamientos escépticos frente a la posibilidad de un control racional de las decisiones judiciales suelen desembocar en un estudio de las causas psicosociológicas que han provocado la decisión judicial. En realidad, esta resistencia a un análisis racional de las cuestiones jurídicas se enmarca en un problema más amplio en el que se ha visto sumido el estudio del Derecho: el problema del status científico del conocimiento de las ciencias sociales. (pp. 109-114)

La preocupación común de los autores, tanto los defensores de la racionalidad logicista como los de la racionalidad no logicista o argumentativa, consiste en precaver la arbitrariedad en la adopción de las decisiones judiciales a través de la formulación de lineamientos que propugnen por garantizar la confianza de las personas en el acceso a la justicia.

De esta manera, Orduña (2010) destaca la importancia de garantizar el principio de seguridad jurídica y evitar decisiones judiciales absurdas como presupuestos de contextos democráticos; ello se traduce en la obligación por parte del juez, atinente a imprimir solidez a los proveídos, no solo a través de consistentes argumentos, sino mediante la invocación de preceptos de carácter general, carentes de oscuridad o imprecisión. En ese sentido, sostiene:

La actividad jurisdiccional en todo régimen democrático se encuentra vinculada por las exigencias de la seguridad jurídica, que se traducen en la prohibición de la arbitrariedad tanto legal como racional. Los tribunales tienen la ineludible obligación de justificar (dar razones o argumentos) las decisiones que tomen con base en normas generales (claras y conocidas), que deben aplicar por igual a todos los ciudadanos a partir de los hechos alegados y probados en juicio. (Orduña, 2010, p. 223)

En defensa del “enfoque retórico”, Perelman y Olbrechts (1989) proponen, tomando como punto de partida los juicios dialécticos formulados por Aristóteles, un tipo de racionalidad argumentativa, que busca complementar la demostración o lógica meramente formal, aplicable a los casos difíciles, caracterizados por deficiencias o falencias normativas que conllevan a la creación de interpretaciones válidas, cuya aceptabilidad descansa en la construcción de argumentos con entidad de persuadir a un auditorio a fin de lograr su adhesión a los juicios planteados. Refiriéndose a este enfoque, Perelman y Olbrechts sostienen:

Cuando se trata de argumentar o de influir, por medio del discurso, en la intensidad de la adhesión de un auditorio a ciertas tesis, ya no es posible ignorar por completo, al creerlas irrelevantes, las condiciones psíquicas y sociales sin las cuales la argumentación no tendría objeto ni efecto. Pues toda argumentación pretende la adhesión de los individuos y, por tanto, supone la existencia de un contacto intelectual. (p. 48)

En este modelo de racionalidad también se inscribe Viehweg, quien basándose igualmente en Aristóteles, tiene en cuenta los tópicos o criterios de carácter general para sustentar la tesis de una decisión jurídica. En ese sentido, Feteris (2007) explica la postura del autor cuando sostiene que

en “el contexto jurídico, se deben encontrar argumentos basados en puntos de vista generales (topoi) que pueden convencer a la comunidad jurídica. Ejemplos de esos topoi jurídicos son los principios generales del derecho” (p.45).

Por su parte, Neil MacCormick se plantea la pregunta acerca de “qué constituye una justificación racional de una decisión jurídica” (Feteris, 2007, p.125). Para dar respuesta a la misma parte de la diferencia existente entre casos fáciles y casos difíciles, los primeros demandan una justificación de naturaleza deductiva o de “primer nivel”, toda vez que el caso objeto de resolución dispone de una norma jurídica clara y carente de ambigüedad, mientras los últimos enfrentan inexistencia o falta de claridad de las normas y, por tanto, exigen una “justificación de segundo orden”.

La justificación de segundo orden incluye dos formas de argumento, el primero de los cuales defiende la decisión indicando que la regla formulada en la interpretación tiene consecuencias aceptables. La segunda forma exige defender la decisión mostrando que concuerda con el orden legal prevaleciente. Estos son los argumentos de coherencia y los argumentos de consistencia. (Feteris, 2007, p.125)

El tipo de racionalidad argumentativa también es defendida por Recaséns Siches (1978), pensador que no concibe el derecho sin interpretación, actividad que considera necesaria en razón a la naturaleza general de las normas, cualquiera sea su categoría, en contraste con las relaciones humanas y escenarios sociales sobre los cuales se aplican. En este sentido, en criterio del autor, “para cumplir o aplicar una ley o un reglamento es ineludiblemente necesario convertir la regla general en una norma individualizada, transformar los términos abstractos en preceptos concretos” (p.628).

Por ello, para el citado autor, el juez ocupa un papel preponderante en el ámbito jurídico, porque a través del ejercicio de una actividad creadora, que se traduce en la concreción del derecho, llevará a plenitud las disposiciones jurídicas, potestad que no lo autoriza para pretermitirlas o desacatarlas; pero, además, en consideración a que “debe interpretar las leyes en un sentido de justicia, es decir, razonablemente” (p. 629).

También Bazán y Madrid (1991), en el trabajo titulado “La racionalidad y razonabilidad en el derecho”, sostienen que lo razonable está soslayado al conflicto concreto que debe resolver el juez. Igualmente, abordan la diferencia entre lo razonado y lo razonable. Así, lo razonado se traduce en la exigencia para las autoridades judiciales y administrativas consistente en motivar sus decisiones. Mientras que el vocablo “razonable” lo asimilan a la carencia de arbitrariedad y explican su alcance a través de la utilización que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional Español en diversas sentencias. Razonable, entendido como: proporción, límites de tiempo (plazo razonable), “lo ordinario, normal o esperable y, finalmente, “lo adecuado a los valores constitucionales” Los referidos autores, tomando como referente la teoría de Chaim Perelman, en virtud de la cual la razonabilidad de la decisión judicial depende del consenso y aceptabilidad de la comunidad, plantean la existencia de un aspecto que antecede a esta exigencia, cual es la dignidad humana, la que conciben no solo como el punto de coincidencia de lo racional y lo razonable, sino como cimiento vital del derecho.

Para Aarnio (2016), primeramente, “la racionalidad es un hecho intersubjetivo (supraindividual) dado en nuestra cultura”. “El concepto de coherencia es un concepto necesario de nuestro concepto común de racionalidad. Pertenece a la base de la comunicación humana” (p.297). Este autor concede importancia a la certeza jurídica, como componente determinante de la racionalidad y del discurso racional, fundamento de la decisión jurídica. La concibe como el resultado de conjugar y asegurar varios aspectos: garantía de acceso a la justicia, previsibilidad o consonancia de la decisión con el derecho válido e interrelación de las normas jurídicas con las normas morales y sociales.

Es decir, la certeza jurídica persigue como propósito evitar la arbitrariedad y generar confianza legítima en las personas respecto del sistema normativo y de las decisiones jurídicas, pero, en todo caso, posibilitando una armonía entre la seguridad jurídica o vocación de permanencia del derecho y los cambios derivados de la dinamización inherente a las relaciones sociales.

También Alexy (2008) se propone lograr la racionalidad de las decisiones, y particularmente de las decisiones jurídicas, y para tal efecto plantea una metodología que se traduce en la utilización de un conjunto de reglas, las cuales clasifica en cinco grupos: i) reglas básicas ii) reglas de racionalidad, iii) reglas para asignar la carga de la prueba iv) reglas relacionadas con formas de argumentación, vi) reglas de justificación. Esgrime como punto de partida de su teoría procedimental de la argumentación jurídica el interrogante referido a de qué manera es viable justificar las decisiones, y como parte de ellas las decisiones jurídicas, y manifiesta al respecto que a través del discurso jurídico, el cual constituye una modalidad del discurso práctico general, pero con la especificidad o necesarísima exigencia de encontrarse fundado en normas jurídicas.

El mismo propósito pretende alcanzar Atienza (2001) mediante su teoría de la argumentación, que aborda desde tres perspectivas o enfoques: formal, material y pragmática. El enfoque formal es un criterio de racionalidad, en virtud del cual un argumento será válido si la conclusión del mismo es una necesaria inferencia de sus premisas, independientemente de si estas son o no verdaderas; el criterio material exige sustentar con razones una determinada tesis, es decir, el aspecto relevante y determinante de esta concepción son los argumentos que respaldan las posibles interpretaciones y, finalmente, la perspectiva pragmática de la argumentación es explicada por el autor desde dos enfoques: el retórico y el dialéctico; con el retórico sustenta la necesidad de persuadir al auditorio a fin de lograr el consenso en torno a la solución de un problema; con el dialéctico plantea y evidencia el carácter proactivo de la argumentación que propicia la diatriba entre los participantes.

Por otra parte, Atienza reconoce la existencia de los denominados casos fáciles y casos difíciles, destacando que frente a los primeros la fundamentación de la decisión judicial es simplemente de carácter deductivo o lógico (justificación interna), con la connotación de que las premisas que le sirven de punto de partida no son controvertidas. Mientras que en relación con los segundos, además de la justificación interna, es menester complementar el sustento de la decisión con la “justificación externa”. Los casos difíciles, en criterio de Atienza, se generan por no tener claridad

en torno a la norma aplicable al conflicto o sobre el significado de los vocablos que contiene. Pero, también, cuando no hay certeza en torno a la ocurrencia de un hecho o de su encuadramiento o subsunción en la norma.

Coherente con lo anterior, Atienza (2001) manifiesta:

Lo que ocurre es que aquí no basta con la justificación interna, sino que a ella hay que añadirle la justificación externa, esto es, se necesita ofrecer razones a favor de la premisa normativa o de la premisa fáctica, y razones que no pueden tener un carácter puramente formal, lógico. Lo que en último término presta apoyo a una premisa es una determinada teoría sobre las fuentes del Derecho, sobre la interpretación, sobre la valoración de la prueba y, en términos más generales, una determinada concepción de la racionalidad práctica que hará uso de criterios como la universalidad, la coherencia, la adecuación de las consecuencias o el consenso. (p.266)

La universalidad implica que frente a idénticas situaciones fácticas debe adoptarse la misma decisión. La coherencia exige que la interpretación de las normas y de los hechos sea consonante con los principios y valores del sistema jurídico.

La diferencia entre casos sencillos y difíciles para el derecho, así como la insuficiencia de la lógica formal para dar solución a los últimos, es destacada por Moreso et al. (1992), quienes examinan el debate entre la “tesis de inseparabilidad” y la “tesis de la insuficiencia” en lo concerniente a la función que le atañe a la lógica en la fundamentación de las decisiones judiciales. La primera defiende el vínculo inescindible entre el derecho y la moral y, en consecuencia, considera que la premisa fundamental de un razonamiento jurídico es un principio moral. La segunda, si bien reconoce el papel tradicional de la lógica deductiva como modo de justificación de las decisiones judiciales, también lo concibe inapropiado para solucionar los casos difíciles para el derecho.

Toulmin et al. (2014) centran su atención en el razonamiento como una herramienta valiosa para sustentar tesis o planteamientos cuando sean refutados, posibilitando, de esta manera, la optimización de las “razones” a fin de sustentarlas públicamente. En ese sentido, proporcionan parámetros para la construcción y evaluación de argumentos sólidos; coherente con tales propósitos, plantean fases para su estructuración, desde la adecuada formulación de una tesis hasta la enunciación de acuciosos cuestionamientos a esta. Definen y señalan el procedimiento para conformar “líneas de razonamiento” y la incidencia que ejercen sobre ellas los “foros de discusión”. Inicialmente enfatizan en la importancia del razonamiento en el ámbito de las determinaciones humanas, luego, identifican dos tipos de utilización del lenguaje: i) “instrumentales” y argumentativos. Los primeros carecen de argumento o razón, verbigracia, las órdenes, mientras los últimos demandan una sustentación racional. “Las tesis y las afirmaciones del segundo tipo, el tipo argumentativo, dan lugar a las “líneas de razonamiento”, cuya naturaleza y crítica constituyen el tema central de discusión (p.31).

La anterior aseveración es planteada teniendo en cuenta que las líneas de razonamiento son necesarias para modificar el criterio de otros, pues las tesis o afirmaciones por si solas, es decir, sin fundamentos, no podrán alcanzar tal propósito. Así los autores explican la secuencia de estas líneas:

Presentamos razones, se nos interroga sobre la fuerza y la pertinencia de esas razones. Responderemos a las objeciones. Tal vez modifiquemos o maticemos la afirmación original y solo después de tal intercambio – tal línea o secuencia de razonamiento – completamos normalmente la tarea en que nos embarcamos con la tesis original. (Por supuesto, puede que no lo logremos: puede que nuestros argumentos no sean lo suficientemente fuertes para alcanzar sus propósitos. Pero, al presentar el caso de la forma más fuerte que podemos, hemos hecho lo que se nos exige racionalmente en una situación argumentativa). (Toulmin et al., 2014, pp.31-32)

Los citados autores también establecen la diferencia entre “tesis y descubrimiento”, dependiendo de los propósitos que persigan los argumentos. En el caso de la tesis, una persona la esboza y la soporta mediante el argumento. En el caso del descubrimiento, inicialmente, se plantea una o varias preguntas frente a las cuales el sujeto no dispone de respuestas, acudiendo, entonces, a la argumentación como un medio para alcanzarlas u obtenerlas (Toulmin Stephen, et al., 2014).

Por su parte, De Asís Roig (2007) explica como en una sentencia puede estar inmersa la lógica estrictamente formal y la lógica argumentativa. En efecto, el autor establece diferencias entre razonamiento fáctico, razonamiento indiciario y razonamiento normativo. Los dos primeros precisan hechos, mientras el último los califica. Respecto al razonamiento fáctico, es viable realizarlo en la sustentación de los hechos y en la sustentación jurídica, pero el razonamiento indiciario y el razonamiento normativo solo es posible realizarlo en la sustentación jurídica.

Estas diferencias permiten fijar la complejidad de los argumentos. Así, en materia de sentencias, el razonamiento fáctico y el razonamiento jurídico conducen a conclusiones necesarias o exactas. Ello implica que los argumentos empleados en cada uno de tales razonamientos son de carácter deductivo; situación distinta acontece con el razonamiento indiciario, cuyos argumentos se caracterizan por poseer una constitución de tipo probable. La particularidad de este razonamiento consiste en conectar un hecho real debidamente probado con pautas de orden científico o con las llamadas máximas de experiencia, lo cual da lugar a la demostración de otro hecho (Asís Roig, 2007).

Igualmente, Bernal Pulido (2015) en forma contundente especifica las exigencias que demanda una decisión judicial racional:

Se acepta que para ser racional una decisión debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el Derecho. Esto ocurrirá si su fundamentación puede ser enunciada en términos conceptualmente claros y consistentes y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas, de observar las reglas de la lógica y las cargas de la argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia y la coherencia. (p. 425)



Por su parte, Douglas Price (2012) critica el esquema del silogismo jurídico por la exagerada reducción a que conlleva en la construcción de una providencia judicial. En ese sentido, su estructuración se circunscribe a tres fases: i) consideración de la situación fáctica o información sobre el caso materia de discusión, ii) especificación del precepto que ha de aplicarse, el cual debe involucrar los hechos identificados como primordiales en el conflicto y iii) decisión, que podrá consistir en el otorgamiento de una potestad, la asignación de un deber o la imposición de alguna prohibición, opciones que debe contener la premisa mayor de la norma aplicable.

Igualmente, tomando como referente a Mazzarese, plantea los inconvenientes que presenta el silogismo jurídico en las diversas etapas de su ordenación. Así, la fase de “selección o formulación de la premisa mayor o jurídica” no es una tarea simple, dado que el juez está llamado a escoger dentro del complejo jurídico el precepto que incorpore la solución a la controversia llegada a su conocimiento. Además, el autor advierte que el hilo conductor o sucesión de la sentencia puede presentar conmutaciones, aspecto que explica en los siguientes términos:

El carácter circular del razonamiento decisorio jurídico, la secuencia de hechos  $x$ , calificada como  $p$ , por la parte 1 y como  $\text{no } p$ , por la parte 2, es a su vez plausible de ser calificada como una tercera especie por el adjudicador, por ejemplo, por aplicación del principio *iura curia novit*, de donde la secuencia de resolución de la disputa puede variar abiertamente. (p. 79)

Asimismo, Douglas Price afirma que los parámetros para discernir cuál es el precepto que ha de tomar como base el juez a fin de solucionar una controversia no emana de las normas, sino de la doctrina y de la jurisprudencia.

En relación con la fase de “selección o formulación de la premisa menor o factual”, el autor, además de sostener que la especificación de los hechos no constituye una actividad sencilla, identifica varias dificultades del proceso. En ese sentido, sostiene que los lineamientos de orden probatorio varían dependiendo de la naturaleza de los procesos y, por incidencia de este aspecto, su aplicación puede ser amplia y que la prueba sobre el acontecimiento de un hecho presenta las mismas dificultades a que conlleva la restauración de eventos ocurridos en el devenir histórico. Además, la actividad consistente en subsumir los hechos en las normas supone una especie de predeterminación, aunado a los problemas de imprecisión o indeterminación que las caracteriza. Y respecto a “la selección – construcción de la conclusión o solución”, igualmente es pertinente manifestar que trae consigo inconvenientes al juez, los cuales se hacen manifiestos a la hora de optar por una medida que resuelva el conflicto llegado a su conocimiento, pues el ordenamiento jurídico no le brinda orientaciones precisas.

Pero, pese a las críticas y objeciones al silogismo jurídico, continúa siendo el criterio más aceptado de racionalidad de los pronunciamientos judiciales. Así lo sostiene Douglas Price (2012):

Según la concepción dominante, las decisiones judiciales deben tomar la forma del razonamiento de la lógica clásica, esto es, el carácter lógico deductivo. Es recurrente la caracterización de ese razonamiento bajo la forma del silogismo. Lo significativo es, afirma, que pese a la denuncia de los variados aspectos que no satisface la tesis del silogismo judicial, es considerada todavía como la principal garantía de racionalidad de las decisiones judiciales y, consecuentemente, como instrumento necesario para garantizar la obtención del valor jurídico por antonomasia: la certeza. (p.99)

Es de tal arraigo el referido criterio de racionalidad que sus detractores son catalogados como seguidores del irracionalismo; verbigracia, Kelsen en la fase postrimera de su producción fue considerado como promotor de un “irracionalismo normativo” (Douglas Price, 2012).

En ese orden de ideas, el autor, en aras de superar la situación expuesta, plantea, siguiendo a Mazzarese, acudir al “aparato conceptual de la lógica fuzzy”, “aparato conceptual concebido y elaborado a fin de rendir cuenta de formas de razonamiento que, si bien explican las decisiones judiciales, no son apodícticamente ciertas, sino aproximadas” (p. 100). El aporte de la “lógica fuzzy” consiste en plantear un tipo de razonamiento que posibilita solucionar las dificultades causadas por la imprecisión, vaguedad o inexactitud de los términos; se trata de un cambio de paradigma, que presenta un tipo de lógica fundamentada en la analogía. Un alcance más preciso sobre la lógica fuzzy lo expone el referido autor:

La lógica fuzzy nos conduciría a una posibilidad de estandarizar conjuntos de condicionantes difusos o conjuntos de consecuencias difusas, bajo una matematización que nos arroje resultados convergentes transformables en soluciones binarias, al menos debiéramos admitir que el estado actual de los sistemas jurídicos no es compatible con esta visión: ni las normas son redactadas con este criterio, ni los modos de construir datos son compatibles con ello. (p.102)

## **5. RACIONALIDAD DE LAS DECISIONES EMANADAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Los inconvenientes más importantes que hoy presenta el derecho constitucional, caracterizado, de una parte, por la incorporación de los derechos humanos en las constituciones de los Estados y, de otra, por el papel preponderante que respecto de sus ordenamientos jurídicos internos ocupan los tratados y convenciones que hacen parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, están referidos a la interpretación sobre el contenido de los derechos, al esclarecimiento acerca de qué autoridades están llamadas para el desarrollo de esa actividad y a la fijación de los controles cuando sean sometidos a restricciones (Clérico, 2009).

Asimismo, el tránsito de la legalidad a la constitucionalidad ha generado modificaciones importantes a la teoría del derecho, que se traducen en la aplicación directa de la Constitución; en la

adopción de normas abiertas, de contenidos indeterminados, con primacía en el ordenamiento jurídico; en amplias facultades discrecionales para emitir decisiones por parte de los tribunales constitucionales; en la función difusa de creación de normas, dado que dejó de ser exclusiva del legislador y se hizo extensiva a los órganos judiciales de orden constitucional.

Al respecto Prieto Sanchís (2001) asevera:

La exigencia de renovación es más profunda, de manera que el constitucionalismo esté impulsando una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario. (p. 207)

El contexto descrito afecta la estabilidad y seguridad jurídica, pues justamente cuando estos órganos jurisdiccionales interpretan los valores y principios y en ejercicio de la amplia potestad discrecional que detentan construyen las decisiones para solucionar los conflictos que llegan a su conocimiento, el contenido de estas será lo que en sus amplios márgenes de libertad y basados en singulares criterios y convicciones expresen. En este sentido, Cappelletti (como se cita en Tobo, 1994, p.103) afirma:

El juez, a través de sus decisiones pone en relación los principios y normas constitucionales con la ley y con los hechos, y en desarrollo de su actividad ejerce una discrecionalidad interpretativa que limita el sentido político de los textos constitucionales, así la legislación y la decisión judicial se constituyen en procesos de creación del derecho.

Refiriéndose en concreto al contexto colombiano, López (2011) asevera:

En ese sentido, cuando la Corte Constitucional enfrenta este tipo de casos tiene la potestad de plantear varias interpretaciones y escoger la que considere pertinente para justificar su decisión. Si la Carta no da respuestas, la Corte elabora su propia solución en construcciones iusfilosóficas y en ocasiones morales. (p.190)

Lifante Vidal (2006) realiza un análisis de esta realidad, relativo a las normas de fin, y asevera que de estas se predica alcanzar un propósito en el mayor grado posible, por tanto, la conducta por ejecutar queda en abstracto y, en consecuencia, se hace necesario que la autoridad facultada para adoptar la decisión la determine o concrete; situación que demanda superar la subsunción y elegir mecanismos apropiados para optimizar el objetivo previsto en la norma, teniendo en cuenta las específicas condiciones del caso por resolver. Adicionalmente, este ejercicio conlleva a realizar valoraciones no

previstas en los preceptos jurídicos. También establece la distinción entre discrecionalidad técnica y discrecionalidad política. La primera se predica de la aplicación de las reglas de fin y se circunscribe a escoger la mejor manera para alcanzar el fin consagrado en la norma. La segunda deriva de las “directrices”, en cuyo contenido no hay claridad en torno a las situaciones respecto de las cuales debe alcanzarse el fin establecido en ellas, aunado a que existe variedad de estas normas que establecen distintos propósitos y, por lo tanto, la tarea de quien debe adoptar la decisión consiste en determinar el fin a alcanzar en cada situación, acudiendo, para ello, a un ejercicio de priorización. En este tipo de discrecionalidad, la autoridad cuando decide no lo hace de forma independiente, sino que bien podría estar identificado con aspiraciones de determinados sectores sociales. Igualmente, aclara que el ejercicio de la discrecionalidad técnica corresponde a las autoridades administrativas y el ejercicio de la discrecionalidad política corresponde al legislador. No obstante, los jueces no detentan facultades discrecionales, cosa distinta es que esporádicamente las decisiones que adoptan son de carácter discrecional; excepto tratándose de asuntos regulados.

De esta manera, la discrecionalidad que detentan los tribunales constitucionales es realidad inevitable, de la cual se derivan, según Iglesias Vila (1999), críticas y aciertos. Las detracciones se traducen en la afectación a los principios democráticos y de seguridad jurídica, dado que los jueces no son elegidos popularmente, y se vienen generando nuevos derechos y deberes no contemplados en la normatividad jurídica. Mientras en relación con las bondades aduce que se trata de una herramienta útil para diversos fines, verbigracia, la protección de derechos fundamentales implícitos, la resolución en justicia de los conflictos y la flexibilización del excesivo formalismo del derecho frente al carácter cambiante de la sociedad.

Ahora bien, sobre esa ineludible realidad Atienza (2001) se refiere a una de las causas que la determinan: la relación entre el derecho y la moral, enfatizando que este vínculo es aún más estrecho en los Estados constitucionales por la presencia de los principios constitucionales, y aclara, en ese sentido, que no es viable siempre una solución para cada situación o conflicto; por el contrario, frente a un caso es posible fundamentar variedad de respuestas adversas.

En ese orden de ideas, frente a los posibles riesgos de arbitrariedad inherentes a la función creadora del derecho, es necesario limitar bajo criterios de racionalidad la discrecionalidad de los tribunales constitucionales, como sostiene Aarnio (2016):

La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. (p.32)

También para Etcheverry (2015) es claro que tales facultades no son absolutas; por el contrario, su ejercicio está sujeto a una situación particular y debe considerar: “principios, precedentes, propósitos de las normas, diferentes reglas jurídicas de interpretación, criterios de prelación entre normas,

etc.” (p.1414). No obstante, plantea que las enunciadas limitaciones por su propia naturaleza también implican que el juez genere derecho; así, por ejemplo, los principios debe aplicarlos por grados, el precedente lo incita a establecer si tiene elementos similares con el caso materia de decisión; también destaca que el ejercicio de la potestad discrecional es la concreción de la justicia, la cual se traduce en la adopción de una decisión basada en una elección carente de arbitrariedad y debidamente justificada y, en ese sentido, recalca el punto de convergencia de Hart, Raz y Alexy frente a la actividad judicial: “es aceptada como y pretende ser legítima, correcta o justificada” (p.1414). Además, califica como injusta y arbitraria la decisión que afecta el contenido esencial de los derechos humanos.

Igualmente, Ruiz (2010) plantea que, si bien el ejercicio de la potestad discrecional por parte del juez está justificado y determinado por la proliferación de fuentes jurídicas, la vaguedad de considerables preceptos y la aplicación de los principios jurídicos también debe ser controlada en aras de evitar la afectación a los principios de igualdad y seguridad jurídica.

### **Estructura de la ponderación planteada por Robert Alexy**

Dadas las especificidades de la teoría del derecho propia de los Estados constitucionales, se aplica de manera preferente la ponderación frente a la subsunción, metodología diseñada para dar solución a casos difíciles relativos a los derechos fundamentales.

En efecto, Para explicar el citado procedimiento, Alexy (2008) aclara que “existen dos operaciones fundamentales de aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación” (p.13). Igualmente, establece la diferencia entre reglas y principios, presupuesto cardinal para entenderlas: “El fundamento de la teoría de las normas, por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios. Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos” (p.14).

Más adelante sostiene:

Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no solo de posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario. (p.14)

De esta manera, la ponderación está estructurada en tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los dos primeros “expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo a las posibilidades fácticas” (Alexy, 2008, p. 524).

El subprincipio de idoneidad evalúa las medidas que intervienen los derechos fundamentales en términos de efectividad, es decir, esta fase del procedimiento corresponde a la revisión acerca de si las mismas cumplen el fin de salvaguardar otro u otros derechos fundamentales. En tanto, el subprincipio de necesidad implica analizar si la medida o medidas adoptadas son las únicas que cumplen el referido propósito de protección o si existen otras que, cumpliendo el mismo grado de eficacia, afectan en menos grado los derechos mediados.

Respecto del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, Alexy (2008), afirma:

Expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario. Este principio es idéntico a la ley de ponderación, que establece lo siguiente: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. (p. 529)

### **Revisión a las objeciones relacionadas con la racionalidad de la ponderación**

Bernal (2015) evalúa la metodología de la ponderación a fin de establecer si carece o no de racionalidad. Y para el efecto en principio identifica los cuestionamientos formulados por los autores detractores de este procedimiento, que sintetiza, fundamentalmente, en tres inconvenientes: ausencia de claridad, carácter ilimitado y dificultad para prever las consecuencias de esta praxis.

Así, el primer cuestionamiento, según Fritz Ossenbühl, citado por Bernal (2015), está anclado en el argumento en virtud del cual “la ponderación es una estructura formal y vacía” (p. 411), y conforme a Karl A. Batterman, igualmente referenciado por Bernal, está “basada en exclusiva en las apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juez” (p. 411).

El segundo, relativo a la naturaleza desmedida del referido procedimiento, según Bernal, descansa no solo en la idea atinente a que conlleva a confrontar dos dimensiones distintas, sino también a la ausencia de categorización de los principios, aspecto que el citado autor explica tomando como referente a Raz: “La inconmensurabilidad aparece en la ponderación porque no existe una organización jerárquica de los principios, ni una medida común entre ellos que permita determinar el peso que les corresponde en cada caso” (p.412).

Finalmente, el tercero, hace referencia a que las soluciones derivadas de la aplicación de este procedimiento degeneran en excesivo particularismo, dado que, esencialmente, tienen en cuenta las especificidades de cada conflicto y no las reglas generales del derecho, afectando en ese sentido la seguridad jurídica.

El tema de la racionalidad de la ponderación es igualmente examinado por Moco-roa (2017). Al respecto sostiene que “ella debe entenderse como una simple estructura formal para el análisis de decisio-

nes judiciales dictadas en casos de conflictos de derechos. Sin embargo, esto no implica que en este ámbito no existan posibilidades para la discrecionalidad y los juicios subjetivos” (pp. 73-85).

Asimismo, Clérico (2009) realiza un escrutinio exhaustivo del examen de proporcionalidad, que la lleva a defender esta metodología cuando sostiene: “su fuerza argumentativa no puede ser fácilmente atacada debido a la coherencia de la justificación” (p. 26). Pero también encuentra vacíos que califica como insuficiencias de esta técnica; realidad frente a la cual, en aras de garantizar su plenitud, propone armonizarla con la cimentación argumentativa atinente a la fuerza de control desplegada por el juez en relación con las decisiones de intervención de derechos adoptadas por la autoridad legislativa o judicial. En ese sentido, afirma:

El examen de proporcionalidad (y sus tres subexámenes) ofrece una condición de legitimidad iusfundamental necesaria, pero no suficiente (condición de legitimidad incompleta). Solo es posible la construcción de una condición suficiente de legitimidad si se la combina con la fundamentación de la intensidad o grado de control ejercido por el juez sobre las medidas tomadas por el legislador y el ejecutivo, en el caso concreto, en el marco de una concepción coherente de los derechos fundamentales. (p.33)

La referida autora llama la atención sobre el efecto a que esa falencia conlleva, consistente en que el juez al ejercer el juicio sobre la medida podría incurrir aleatoriamente respecto del legislador o el ejecutivo en un extralimitado, deficiente o inadecuado control.

## **6. CRITERIOS DE RACIONALIDAD PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS DIFÍCILES, LOGROS Y LIMITACIONES**

En forma didáctica Atienza (1996) explica los avances alcanzados en la formulación de criterios de racionalidad a fin de dar solución a los casos difíciles para el derecho; pero también identifica y justifica las insuficiencias y retos aún pendientes de superar. El primer aspecto lo desarrolla desde un enfoque procedimental, que estructura en cinco etapas diferenciadas: i) Especificación del conflicto jurídico, que sustenta con las modalidades a que hace referencia MacCormick, relacionadas con inseguridades, ya sea en torno a la norma que debe aplicarse al problema, materia de solución, o sobre su interpretación, o acerca de la realización de los hechos que le sirven de base, o relativa a si estos siendo incontrovertibles encajan en la hipótesis fáctica o en el consecuente del canon previsto. ii) Análisis acerca de si el referido problema tiene su origen en ausencia de previsión de una situación en la norma o en la variedad de interpretaciones sobre su alcance, no obstante contradictorias. iii) Formulación de hipótesis que solventen los problemas normativos; así, tratándose de carencia o falta de previsión, será menester plantear una premisa que transforme la norma incompleta en otra más amplia que incorpore el conflicto objeto de resolución, y con relación a la pluralidad de interpretaciones habrá que optar por una de ellas. iv) Enunciación de la argumentación que imprima solidez o justifique las interpretaciones, planteadas, la cual variará según el tipo de inconveniente; será analógica si este

proviene de un tipo de falencia normativa, y estará sustentada en la reducción al absurdo si conlleva a la escogencia de una interpretación entre las posibles. v) Determinación de la conclusión a partir de las premisas construidas a través del método deductivo.

Respecto al segundo aspecto, atinente a los inconvenientes pendientes de superar, Atienza (1996) enfatiza en que, si bien los planteamientos de Alexy y MacCormick referidos a la racionalidad práctica proporcionan herramientas o criterios para evaluar la argumentación de las decisiones y evitar la irracionalidad, “no ofrecen un método que permita, por un lado, analizar adecuadamente los procesos de argumentación jurídica y, por otro lado, evaluar los resultados de los mismos” (p.235).

Coherente con lo expuesto, más adelante sostiene:

Por ello, se necesitaría una noción de racionalidad práctica más desarrollada – es decir, añadir a lo anterior una teoría de la equidad, de la discrecionalidad o de la razonabilidad – que ofreciera algún tipo de criterio con qué operar en los casos difíciles, por más que tales criterios puedan resultar discutibles y no gocen ya de la solidez de los otros. Una tal teoría, por otro lado, no podría tener un carácter pura o esencialmente formal, sino que tendría necesariamente que incorporar contenidos de naturaleza política y moral. (p.237)

## 7. CONCLUSIÓN

La racionalidad es un presupuesto que demanda el derecho tanto en el contexto de creación como en el ámbito de su aplicación a través de las decisiones judiciales. No concebir la aplicación del derecho desde un enfoque racional, es situarlo en el escenario de los intereses de quien lo emana, de sus predilecciones e inclinaciones; bajo ese entendido, el contenido jurídico revestirá un carácter ilógico y absurdo, sometido incluso a la ambivalencia de las individualidades de aquel que detenta el poder de impartir justicia.

Esta investigación ha permitido identificar las diversas propuestas generadas desde la filosofía del derecho y desde la teoría jurídica en torno a la exigencia de racionalidad en la adopción de las decisiones judiciales, evidenciando diferentes perspectivas: de una parte, la que defiende un tipo de racionalidad logicista y, de otra, la que aboga por un paradigma de racionalidad no logicista o argumentativa, bajo la premisa concerniente a que el derecho es fundamentalmente praxis.

Igualmente, demuestra que en el escenario específico de los Estados constitucionales si bien frente a los casos difíciles, relacionados con los derechos fundamentales, los tribunales constitucionales, han venido aplicando el test de proporcionalidad, propuesto por Robert Alexy, también evidencia que esta metodología ha sido cuestionada, entre otros aspectos, por ausencia de claridad, dificultad para prever los resultados, imposibilidad para superar espacios de discrecionalidad, subjetividad e insuficiencia.



Asimismo, constata que en el ámbito de la argumentación jurídica existen criterios mínimos de racionalidad práctica a efectos de dar solución a los casos difíciles para el derecho, útiles para prevenir incongruencias, pero que ameritan, como sostiene Atienza (1996), un mayor desarrollo, que ha de reflejarse en la formulación de una teoría no circunscrita al carácter formal, sino también cualitativamente provista de elementos de tipo político y moral.

Finalmente, corolario de lo expuesto, este artículo de investigación constituye una contribución a la revisión y sistematización del marco teórico, relativo a los criterios de racionalidad en la aplicación del derecho y en la resolución de los conflictos concernientes a los derechos fundamentales; igualmente, permite constatar la necesidad de optimizarlos. Sin embargo, dado que se trata de un tema de amplia discusión, aún no resuelto, resulta imperativo avanzar en su examen.

## REFERENCIAS

- Aarnio, A. (2016). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Palestra Editores.
- Abbagnano, N. (1998). *Diccionario de filosofía*. Fondo de Cultura Económica.
- Agazzi, E. (2001). Filosofía técnica y filosofía práctica. En *racionalidad científica y racionalidad humana* (pp. 35-51). Edición Universidad de Valladolid y Universidad del Bosque.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducido al español y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. En M. Carbonell Sánchez (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 13-42). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Aristóteles (1982). *Tratados de Lógica I (Órganon). Categorías - Tópicos - sobre las Refutaciones Sofísticas* [Traducido al español por Miguel Candel San Martín]. Gredos.
- Atienza Rodríguez, M. (1996). Argumentación jurídica. En F.J. Laporta San Miguel y E. Garzón Valdés (Coords.), *El derecho y la justicia* (pp. 231-238). Trotta.
- Atienza Rodríguez, M. (2001). *El sentido del derecho*. Ariel.
- Bernal Pulido, C. (2015). La racionalidad de la ponderación. En J.L. Fabra Zamora y L. García Jaramillo (Coords.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (pp. 405-427). Universidad Nacional Autónoma de México. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052>
- Bourdieu, P. y Teubner, G. (2005). *La fuerza del derecho*. Universidad de los Andes. Siglo del Hombre.
- Comte Sponville, A. (2001). *Diccionario filosófico*. Traducido al español por Jordi Terré. Ediciones Paidós Ibérica.

- Clérico, M. L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Eudeba.
- De Asís Roig, R. (2007). *Razonamiento judicial*. Ara Editores.
- Douglas Price, J. E. (2012). *La decisión judicial*. Rubinzal - Culzoni Editores.
- Etcheverry, J. B. (2015). Discrecionalidad judicial. En J.L. Fabra Zamora y V. Rodríguez Blanco (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho* (pp. 1389-1418). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrater Mora, J. (1994). *Diccionario de filosofía* (tomo IV). Editorial Ariel.
- Feteris, E. (2007). Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales. [Traducido al español por Alberto Supelano]. Universidad Externado de Colombia.
- García Amado, J. A. (2013). *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*. Ediciones Eolas.
- García Figueroa, A. (2017). ¿Normas precisas o normas preciosas? Un falso dilema. Algunas consideraciones críticas sobre el "Imperio de la ley. Una visión actual. *Doxa* (Ed. Especial), 109-114. doi: 10.14198/DOXA2017.esp.16
- Gascón Abellán, M. y García Figueroa, A. (2017). *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales* (pp. 60-76). Palestra Editores.
- Hart, H.L.A. (2012). *El Concepto de Derecho*. [Traducido al español por Genaro R. Carrió]. Abeledo Perrot.
- Iglesias Vila, M. (1999). El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico.
- Ihering, R.V. (2004). *La lucha por el Derecho*. Bogotá: Fundación para la Investigación y la Cultura.
- Kant (1797). *La metafísica de las costumbres*. [Traducido al español de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho]. Madrid: Tecnos.
- Lifante Vidal, I. (2006). Poderes discrecionales. En García A. Figueroa (Coord.), *Racionalidad y Derecho* (pp. 107-131). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- López Daza, G. A. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? *Cuestiones Constitucionales*, 24, 169-193.
- Mocoroa, J. M. (2017). La racionalidad de la ponderación en la argumentación constitucional. *Prolegómenos Derechos y Valores*, 39, 73-85. doi: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.2724>
- Montesquieu (1906). *El Espíritu de las Leyes*. [Traducido al español por Siro García del Mazo]. Librería General de Victoriano Suárez.
- Moreso Mateos, J.J., Navarro López, P. E. y Redondo, M. C. (1992). Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial. *Doxa*, 11, 247-262. doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA1992.11.10>
- Navarro López, P. E. (1993). Sistema Jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho. *Doxa*, 14, 243- 268. doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA1993.14.13>

- Orduña Sosa, H. (2010). *Interpretación constitucional. Una aproximación a las tendencias actuales*. Porrúa.
- Perelman, Ch. y Olbrechts, L. (1989). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. [Traducido al español por Julia Sevilla Muñoz]. Gredos.
- Patarro, E. (1985). La razón en el Derecho. Comentario a Norberto Bobbio. [Traducción de Josep Aguiló Regla] *Doxa*, 2 , 147-152.
- Prieto Sanchís, L. (2000). Tribunal Constitucional y positivismo jurídico *Doxa*, 23, 161-195. doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.07>
- Recaséns Siches, L.P. (1956). *La nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. México: Editorial Porrúa.
- Recaséns Siches, L.P. (1978). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Porrúa.
- Roca Pérez, V. (2005). *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rosental, M. M. y Iudin, P.F. (2001). *Diccionario filosófico*.: Ediciones nacionales.
- Ruiz, R. (2010). Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 20, 119-132. doi: <https://doi.org/10.7203/CEFD.20.193>
- Toulmin, S., Rieke, R. y Janik, A. (2018). *Una introducción al razonamiento*. [Traducido al español por José Gascón]. Palestra Editores.