

La argumentación jurídica en el contexto colombiano: fundamentos teóricos, crisis de la razón práctica y necesidad de su rehabilitación

Por Cesar Fernando Hutchison Salazar¹

Resumen

La argumentación jurídica se consolidó durante las últimas décadas del siglo XX como una herramienta privilegiada para enfrentar la textura abierta del derecho y resolver casos difíciles². Los modelos de Perelman, Toulmin, MacCormick y, especialmente, la propuesta de Alexy —que concibe el discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico racional— ofrecieron un marco sistemático para justificar decisiones, contener la arbitrariedad y anclar la interpretación en criterios verificables. Sin embargo, proponemos que el optimismo racionalista de estas teorías ha comenzado a resquebrajarse. Este artículo sostiene que, lejos de haber eliminado la subjetividad y neutralizado las ideologías, las prácticas argumentativas contemporáneas están en crisis: la fragmentación de los auditorios, la pérdida de las garantías tradicionales, la ausencia de condiciones dialógicas reales y una creciente desconfianza ciudadana hacia el discurso jurídico son síntomas de este estado de cosas. Con base en una revisión cualitativa documental, se exponen los fundamentos de los principales modelos de argumentación jurídica y se propone una hipótesis crítica: el declive de la argumentación no deviene de sus postulados y estructuras internas, sino de su incapacidad para operar en una sociedad líquida que ha licuado también los supuestos mínimos del diálogo racional³. En este sentido, se sospecha que estos modelos no han logrado sincronizarse con la actual temporalidad. El artículo cierra con orientaciones prácticas destinadas a estudiantes de derecho que enfrentan la tarea de construir tesis, litigar o decidir sin la seguridad de que exista una única respuesta correcta, pero con la motivación de que en sus actos argumentativos se rehabilite la razón práctica y, por esa vía, la razón pura, evitando los peligros de la razón instrumental.

Palabras clave: Argumentación jurídica; crisis de la razón pura y práctica; sociedad líquida; nihilismo jurídico; fatiga argumentativa, rehabilitación de la razón, energía argumentativa.

¹ Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Especialista en Derecho Constitucional Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Innovación y Liderazgo Educativo Universidad Santo Tomás, Especialista en Gestión De Empresas de la Economía Social y Solidaria de la Pontificia Universidad Javeriana, Magister en Filosofía Contemporánea Universidad San Buenaventura. Docente Universitario y Director Ejecutivo de Hutchison Abogados y Asociados. Correo electrónico: hutchisonabogados@gmail.com

² Sobre la textura abierta del derecho y la indeterminación jurídica según Herbert Hart, ver: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia. (2016). *El debate Hart – Fuller* (J. Gonzales Jácome, Trad.; Serie de teoría y filosofía del derecho N.º 81). Universidad Externado de Colombia, pág. 44 – 54.

³ La discusión por la sociedad líquida sigue abierta, por ello, queremos hacer notar que esta constatación no implica una añoranza melancólica de los «sólidos» modernos —auditorio universal, consenso racional, fundamentos últimos— ni una condena conservadora a la sociedad líquida. Por el contrario, creemos que reconocer la liquidez es el primer paso para abandonar la pretensión ingenua de un orden jurídico moderno y abrazar, con lucidez, las potencialidades emancipatorias que ella abre: la pluralidad de voces antes excluidas, la creatividad argumentativa frente a la reproducción acrítica de precedentes, la posibilidad de construir puentes provisionales pero sólidos entre mundos de significado diferentes, y la exigencia ineludible de una *responsabilidad creadora* que, al no poder refugiarse en certezas metafísicas, se ve obligada a justificar cada decisión con honestidad intelectual. Como se defiende en este artículo, la sociedad líquida no es un obstáculo para la argumentación, sino el horizonte mismo en el que la razón práctica puede reaprender su oficio: no como búsqueda de una verdad ya dada, sino como invención de nuevos marcos de sentido allí donde los viejos se han desgastado.

Hipótesis: Nos acercamos a este campo del derecho, tras la experiencia de haber sido docente universitario de clases de argumentación jurídica, con la siguiente sospecha: Las teorías de la argumentación jurídica desarrolladas entre mediados del siglo XX y finales del mismo (especialmente las de Toulmin, Perelman, MacCormick y Alexy) presuponen condiciones de posibilidad que la praxis jurídica contemporánea –y particularmente la colombiana– ha dejado de satisfacer: la existencia de un auditorio universal mínimamente unificado, la estabilidad de las premisas compartidas, la posibilidad de un consenso racional y la vigencia efectiva de reglas dialógicas simétricas. Frente a ello, este artículo sostiene que el declive de la argumentación –señalado por la crítica interna a los modelos– es consecuencia de su incapacidad estructural para operar en una sociedad líquida que ha puesto en cuestión también los supuestos antropológicos y culturales del diálogo racional. La tesis central es que el derecho colombiano, pese a su avanzada constitucionalización y a la sofisticación de su discurso jurisprudencial, exhibe síntomas de agotamiento argumentativo –nihilismo jurídico y fatiga argumentativa– que no pueden atribuirse exclusivamente a deficiencias intrínsecas de los modelos, sino a la disolución de los presupuestos sociológicos que sustentaban el ideal de la argumentación como práctica epistémica.

La propuesta, frente a esta probabilidad de disolución y deshielo jurídico, es que, sin embargo, la rehabilitación de la razón práctica —frente al predominio de la razón instrumental— es aún posible en el ámbito local si se parte de una conciencia lúcida de esos límites y se adoptan estrategias argumentativas disruptivas y creadoras. Por disruptivo se entiende aquí, en sentido nietzscheano, aquel acto argumentativo que, asumiendo el nihilismo como punto de partida (esto es, la ausencia de fundamentos últimos compartidos), no se resigna a la automática reproducción técnica de precedentes o a la búsqueda de la decisión menos riesgosa, o lo que otros han venido sosteniendo por los siglos de los siglos, sino que busca despertar al lector, hacia la urgente necesidad de *crear nuevos marcos de sentido* allí donde los viejos se han diluido⁴.

Introducción

A quien se aproxima por primera vez a la teoría de la argumentación jurídica, el paisaje que se le ofrece suele parecerle ordenado, casi elegante. Perelman y Olbrecht-Tyteca desplegaron un catálogo de técnicas para persuadir sin violencia⁵; Toulmin propuso una arquitectura analítica capaz de descomponer cualquier argumento en sus piezas elementales⁶; MacCormick mostró cómo la justificación deductiva y los argumentos consecuencialistas pueden convivir dentro de los límites de la coherencia normativa⁷; y Alexy ofreció una forma de racionalidad de la razón jurídica que, anclado en la teoría del discurso de Habermas, pretendió convertir la argumentación en un caso especial del discurso práctico racional y, con ello, responder a las necesidades de legitimación de las democracias contemporáneas⁸. Conocer estas teorías es, sin duda, el primer paso para pensar el derecho con rigor.

Sin embargo, quien ha intentado aplicar estos modelos en un caso real –un litigio, una investigación, una sentencia – sabe que la realidad no funciona con esa limpieza. Las reglas del discurso de Alexy resultan demasiado abstractas para dirimir un conflicto de derechos en el mundo de la vida en que hoy se mueven

⁴ Disruptivo es el argumento que, en lugar de blindar una decisión, abre la deliberación a voces y valores excluidos; que no solo aplica un test de ponderación, sino que muestra por qué la jerarquía de principios vigente es insuficiente o injusta. En suma, se trata de pasar de un nihilismo jurídico *pasivo* (resignación, fatiga, reproducción) a un nihilismo jurídico *activo* (afirmación de la responsabilidad creadora del intérprete), en clave de responder a las necesidades urgentes de la sociedad colombiana.

⁵ Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1989). *Tratado de la argumentación: La nueva retórica* (J. Sevilla Muñoz, Trad.). Gredos. Disponible en: <https://iuslatin.pe/wp-content/uploads/2020/07/Tratado-de-argumentacion.pdf>

⁶ Toulmin, S. E. (2007). *Los usos de la argumentación* (M. Morrás & V. Pineda, Trans.). Ediciones Península. Disponible en: <https://cideargumentaciones.wordpress.com/wp-content/uploads/2010/08/100258986-los-usos-de-la-argumentacion-toulmin-1.pdf>

⁷ Para introducirse a su teoría se recomienda la explicación que realiza Atienza, M. (s.f.). Neil MacCormick: una teoría integradora de la argumentación jurídica. En *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (pp. 105-147). Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/710/9.pdf>

⁸ Para acercarse a la teoría del Profesor Robert Alexy, se recomienda ir a la obra original o en su defecto se puede consultar como introducción la siguiente tesis doctoral, Pinto Fontanillo, J. A. (s.f.). *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy* [Tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w24802w/Argumentacion_Juridica/Teoria_de_la_argumentacion.pdf

los sujetos de la sociedad colombiana; su pretensión de corrección, por más que se invoque como una condición necesaria del discurso jurídico, difícilmente sobrevive al primer intercambio adversarial.

El auditorio universal perelmaniano, concebido como ese conjunto imaginario de seres de razón cuyo asentimiento otorga validez objetiva al argumento, se ha fragmentado hasta volverse inaprensible, máxime cuando todas nuestras discusiones (basta ver las políticas) parecen estar dominadas por las furias y pasiones que se describen desde la antigüedad⁹.

Por ello, parece que en el proceso de interpretación y argumentación jurídica hay un espacio que no puede ser controlado por la razón, un límite constitutivo que la teoría de la argumentación tiende a subestimar, con lo que ha venido triunfando una razón instrumental que muestra la ilusión de eficacia y oculta la realidad: la argumentación y la argumentación jurídica está en crisis.

El optimismo racionalista de las grandes teorías de la argumentación jurídica, en su afán por demostrar que el derecho no es arbitrario y que puede ser objeto de crítica racional, ha chocado con un muro de cruda realidad. Como advierte Carrillo De La Rosa (2017, p. 11), “la teoría jurídica se halla en un estado que causa perplejidad, debido a que los límites tradicionales entre puntos de vista rivales se han desdibujado”. El problema, entonces, no es meramente técnico – metodológico, es decir, no es solucionable con más y mejor razón instrumental; nuestra sospecha, es que parece ser existencial y epocal (postmodernismo, sociedad líquida). No se trata, desde nuestra mirada, de que los juristas apliquen mal los modelos, sino de que los presupuestos sobre los que estos modelos se edificaron –unidad del auditorio, estabilidad de los valores, reconocimiento recíproco de los interlocutores como capaces de llegar a un consenso racional– se han disuelto en la sociedad contemporánea.

Como agudamente observa Guibourg (2019, p. 17), la argumentación goza hoy de una suerte de “apoteosis” entre los juristas, pero esa confianza desmesurada oculta su naturaleza frágil: nunca se trata de una demostración concluyente, sino siempre de un razonamiento incompleto que, por definición, parte de premisas insuficientes. El problema no radica en que los modelos teóricos sean incorrectos, sino en que se les exige lo que no pueden dar: la certeza propia de la lógica formal o de las ciencias empíricas. La argumentación, nos recuerda Guibourg, es apenas “la principal tarea que acometemos los abogados, jueces

⁹ Basta recordar para constatar esta intuición cómo inicia la Iliada, canto 1, “...Diosa, canta del peleida Aquiles la *colera desastrosa* que asoló con infinitos males a los griegos y sumió en la mansión de Edes a tantas fuertes almas” (subrayado y cursiva fuera del original) tomado de: Homero. (2012). *Homero, obras incluidas la aliada y la odisea* (J. Alarcón Benito, Introd.). Edimat Libros. Cuando hablamos de *furias*, es importante recordar la forma en que por ejemplo Martha Nussbaum las explica: Para entender el papel de las emociones en la política, Martha Nussbaum recurre al mito fundacional de la democracia ateniense, tal como lo narra Esquilo en su tragedia *La Orestíada*. En esta historia se esconde, según la filósofa, una lección fundamental sobre la naturaleza de la justicia que solemos pasar por alto. Ella identifica dos transformaciones que ocurren en la Atenas gobernada por la diosa Atenea: 1. La creación del tribunal: La más conocida es la fundación del Areópago, un tribunal de justicia que pone fin a la sangrienta lógica del castigo privado y la venganza familiar. Atenea establece un juicio con normas de procedimiento, argumentación y un jurado ciudadano, reemplazando así a las Furias, diosas primitivas de la venganza, como árbitros de los conflictos. 2. La transformación de las Furias: Nussbaum afirma que este segundo cambio suele ser ignorado. Atenea no se limita a neutralizar o contener la ira salvaje de las Furias encerrándolas en un sistema legal (como si fueran “perros salvajes enjaulados”). En lugar de eso, las convence para que cambien su propia naturaleza. Les ofrece un lugar de honor en la ciudad, pero a cambio de que sustituyan su deseo de venganza por sentimientos orientados al futuro, como el respeto y la benevolencia, metamorfoseándose en “Las Benévolas” (Euménides), para profundizar este tema ver, Nussbaum, M. C. (2014). *Emociones políticas: ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* (A. Santos Mosquera, Trad.). Paidós. Sin embargo, no todas las furias se transforman en acción benevolente (pensemos en la indignación), algunas mutan en auténtico odio, tal como lo señala Carolin Emcke: “... El odio acérrimo y encendido es producto de unas prácticas y convicciones fríamente calculadas, largamente cultivadas y transmitidas durante generaciones (...) para analizar el odio y la violencia es necesario observar estos discursos que generan patrones y modelos (...) en el odio, lo primero que llama la atención, es la reducción de la realidad” (pág. 63 -64). Para concluir: “.. El odio solo se combate rechazando su invitación al contagio. Es necesario activar lo que escapa a quienes odian: la observación atenta, la diferenciación constante y el cuestionamiento de uno mismo”. Ver: Emcke, C. (2017). *Contra el odio: no quiero que el nuevo placer de odiar libremente se normalice* (B. Santana, Trad.). Taurus. Todo lo cual, lleva a cuestionar la idea de un sujeto, votante racional, como lo sostiene Bryan Caplan, señalando la paradoja de la democracia: “en una ocasión, uno de sus seguidores le gritó: Gobernador Stevenson, todas las personas razonables estamos con usted. Stevenson replicó: “No es suficiente. Necesito tener mayoría”. (pág. 17). Tomado de Caplan, B. (2016). *El mito del votante racional: ¿Por qué las democracias prefieren las malas políticas?* (M. Vicuña, Trad.). Innisfree.

y juristas” (p. 17), pero de ahí a erigirla como un método infalible para alcanzar la justicia hay un trecho que el optimismo racionalista de las grandes teorías prefirió saltar sin red.

¿Por qué ocurrió esto? Hemos imaginado, tres hipótesis explicativas. En primer lugar, la fragmentación de los auditorios. Perelman diseñó su teoría para un mundo en el que aún era posible imaginar una comunidad de interlocutores racionales unidos por un sistema de creencias. En la actualidad, cada grupo social –cada corriente doctrinal, cada tribunal, cada sector de la opinión pública– tiene su propia constelación de valores y sus propias jerarquías, lo que torna inoperante la noción misma de un "auditorio universal" (Atienza, 2004). La legitimidad de la argumentación se ha fragmentado tanto como la sociedad misma, con el peligro de funcionar bajo grandes bloques ideológicos, que lejos de incentivar a la razón individual, favorecen una razón masificada y homogénea, caldo de cultivo perfecto, para la polarización y la erradicación del diálogo.

En segundo lugar, constatamos en los actos de debate público, la pérdida de condiciones dialógicas reales (si es que alguna vez las hubo). Habermas diseñó su teoría del discurso bajo la idea regulativa de una situación ideal de habla, caracterizada por simetría, ausencia de coacción y participación ilimitada¹⁰. Pero los discursos políticos y jurídicos reales se desarrollan en condiciones de asimetría radical: procesos judiciales con tiempos acotados, tribunales sobrecargados que resuelven por acumulación y audiencias en las que la fatiga cognitiva y emocional de los operadores jurídicos conduce a decisiones que, pudiendo ser reflexivas, no son disruptivas y se suman a una cadena de fallos que no logran transformar realidades. En la esfera de la discusión pública, el panorama no es mejor: - en Colombia se silencia al que piensa diferente - . como consecuencia, se percibe que el dinamismo social va por delante, y atrás, en pasos muy conservadores, gatea el derecho.

En tercer lugar, la crisis de la autoridad racional misma. Bauman describió la modernidad líquida como una época en la que las estructuras se han vuelto frágiles e inciertas, donde las formas de actuar cambian antes de que puedan consolidarse¹¹. Esta falta de referentes “sólidos” no ha sido ajena al derecho. La desconfianza ciudadana hacia el discurso jurídico –alimentada por casos de corrupción, por la politización de las altas cortes y por una cultura de la inmediatez que exige respuestas sin tiempo para la deliberación– ha minado la fuerza persuasiva que la argumentación jurídica suponía. En un tiempo, donde "surfeamos en las olas de una sociedad líquida siempre cambiante –incierta– y cada vez más impredecible" (Bauman, 2003), la pretensión de alcanzar la mejor respuesta correcta aparece como una quimera.

Como el propio Bauman advierte en el prólogo de *Modernidad líquida*, “la interrupción, la incoherencia, la sorpresa son las condiciones habituales de nuestra vida” (2003, p. 7). Lo novedoso no es que existan desacuerdos o zonas de penumbra –eso es consustancial al derecho–, sino que “ya no toleramos nada que dure” y hemos perdido la capacidad de “lograr que el aburrimiento dé fruto” (Bauman, 2003, p. 7).

Estas tres justificaciones, muestran la tensión del problema que tenemos en mente: la argumentación jurídica clásica, con su exigencia de reglas estables, auditorios duraderos y deliberación pausada, se enfrenta así a un entorno que premia la velocidad, la flexibilidad y la satisfacción inmediata, en detrimento de la reflexión y el consenso.

¹⁰ Jürgen Habermas postula que todo discurso orientado al entendimiento debe presuponer, de manera *contra fáctica*, una situación ideal de habla. Esta situación se caracteriza por reglas pragmáticas que garantizan la simetría y la ausencia de coacción entre los participantes. Entre dichas condiciones se destacan: Acceso universal – Todo sujeto capaz de hablar y actuar puede participar. Libertad de expresión – Cualquier participante puede problematizar afirmaciones, introducir nuevas tesis y expresar sus puntos de vista, deseos y necesidades. Inexistencia de violencia – No se permite coacción interna o externa que impida el ejercicio de los derechos discursivos. Reconocimiento recíproco – Los interlocutores son tratados como libres e iguales, y solo la fuerza del mejor argumento debe determinar el consenso. Para profundizar en la Teoría de la Acción Comunicativa de Habermas, ver: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3088/4.pdf>

¹¹ Para más detalles puede verse: Bauman, Z. (2003). *Modernidad líquida* (M. Rosenberg & J. Arrámbide Squirru, trads.). Fondo de Cultura Económica. (Trabajo original publicado en 2000) Disponible en: <https://catedraepistemologia.wordpress.com/wp-content/uploads/2009/05/modernidad-liquida.pdf>

La crisis de la razón práctica y el fantasma de la razón instrumental

Para comprender la profundidad de esta crisis, es necesario retroceder y preguntarse qué entendemos por "razón práctica". Aristóteles distinguió entre la razón teórica (*episteme*), que contempla lo necesario e inmutable, y la razón práctica (*phronesis*), que delibera sobre lo contingente y orienta la acción hacia el bien. La *phronesis* es una virtud intelectual que permite discernir, caso por caso, qué es lo justo en situaciones irrepetibles¹². No es un procedimiento mecánico que funciona como los actuales algoritmos (que entre otras cosas no disponen de ética), sino una disposición atenta a las circunstancias y a la vida misma. Kant, siglos después, acuñó el concepto de "razón práctica" en un sentido diferente: es la facultad que determina la voluntad mediante principios universales —los imperativos categóricos— con independencia de las consecuencias, vinculándola a la autonomía moral¹³.

Para comprender la naturaleza de la crisis que afecta a la argumentación jurídica no basta con constatar sus síntomas —fragmentación de auditorios, fatiga argumentativa, nihilismo—; es necesario retroceder un paso y preguntarse por la *concepción de razón* que subyace a nuestras prácticas. Max Horkheimer, en su *Crítica de la razón instrumental* (1947); distingue dos sentidos antagónicos de racionalidad cuya tensión recorre toda la historia de la filosofía occidental y que resultan aplicables para entender el destino de la argumentación jurídica contemporánea.

Por un lado, Horkheimer denomina *razón objetiva* a aquella concepción —presente desde Platón y Aristóteles hasta el idealismo alemán— según la cual la razón no es solo una facultad subjetiva, sino una *fuerza contenida en el mundo objetivo*: en las relaciones entre los hombres, en las instituciones sociales, en la naturaleza misma. En estos sistemas, «el grado de racionalidad de la vida de un hombre podía determinarse conforme a su armonía con esa totalidad» (Horkheimer, 1973, p. 67). La razón objetiva no excluye a la razón subjetiva, pero la considera «una expresión limitada y parcial de una racionalidad abarcadora, vasta, de la cual se deducían criterios aplicables a todas las cosas y a todos los seres vivientes» (Horkheimer, 1973, p. 67). El énfasis recaía en los *finés*, no en los medios: la pregunta por el *bien supremo*, por el designio humano, era indisociable de la indagación racional.

Por otro lado, la *razón subjetiva* —que Horkheimer identifica con la tendencia dominante de la modernidad, desde el nominalismo hasta el positivismo y el pragmatismo— reduce la racionalidad a una mera *capacidad de cálculo*, a la adecuación de medios a fines. «Esta especie de razón puede designarse como razón subjetiva. Ella tiene que habérselas esencialmente con medios y fines, con la adecuación de modos de procedimiento a fines que son más o menos aceptados y que presuntamente se sobreentienden» (Horkheimer, 1973, p. 66). Lo decisivo es que, desde esta perspectiva, «no existe ninguna meta racional en sí, y no tiene sentido entonces discutir la superioridad de una meta frente a otras con referencia a la

¹² Sobre la Ética a Nicómaco, consultar: Aristóteles. (s.f.). *Ética a Nicómaco*. Para Aristóteles, la razón práctica (*phronesis*) es la virtud intelectual que permite deliberar correctamente sobre lo contingente y variable —esto es, sobre aquello que puede ser de otra manera— y orientar la acción hacia el bien humano concreto. A diferencia de la razón teórica (*episteme*), que contempla verdades necesarias e inmutables, la *phronesis* no es un saber demostrativo, sino una disposición atenta a las circunstancias singulares, capaz de discernir, caso por caso, qué es lo justo, lo conveniente o lo virtuoso. En la Ética a Nicómaco, Aristóteles sostiene que la *phronesis* es condición indispensable para la acción moral acertada, pues sin ella las virtudes éticas (como la justicia o la templanza) carecen de dirección y caen en la ceguera. Esta noción fundacional de la razón práctica —modesta, situada, irreducible al cálculo técnico— es precisamente la que, consideramos, ha sido desplazada por la razón instrumental en las prácticas jurídicas contemporáneas, dando lugar a la fatiga argumentativa y al nihilismo jurídico. Para ir directamente a Aristóteles, disponible en: <https://bioetica.colmed5.org.ar/wp-content/uploads/2019/11/Ética-a-Nicómaco-Aristóteles.pdf>

¹³ Kant, I. (2019). *Crítica de la razón práctica* (R. R. Aramayo, Trad.). (ePub). (Obra original publicada en 1788). Esta idea, según la cual, la acción es producto de la ley moral, permitiría plantear que, si la razón práctica pura puede determinar la voluntad *a priori* con independencia de condiciones empíricas, entonces la argumentación jurídica —como caso especial del discurso práctico general— debería poder alcanzar la corrección mediante un procedimiento formal (por ejemplo el que propone Alexy o Habermas). Sin embargo, la realidad parece apuntar a otro escenario: La razón práctica pura no puede demostrarse teóricamente; es un postulado, una exigencia. La ley moral no es un hecho empírico, sino un *factum de la razón*: algo que la razón se da a sí misma, pero cuya efectividad en el mundo sensible depende de condiciones que escapan a su control, y tal parece que los síntomas que advertimos como patologías de la razón — argumentación de hoy, escapan al orden kantiano, pues la razón pura, no está inspirando la razón práctica. Para consultar la obra de Kant, está disponible en: <https://dn721602.ca.archive.org/0/items/critica-de-la-razon-practica-immanuel-kant-traduccion-de-roberto-aramayo/Critica%20de%20la%20razon%20practica%2C%20Immanuel-Kant%2C%20Traduccion%20de%20Roberto%20R%20Aramayo.pdf>

razón» (Horkheimer, 1973, p. 68). Los fines últimos —la justicia, la igualdad, la dignidad— quedan relegados al ámbito de la elección subjetiva, de la preferencia irracional o, en el mejor de los casos, de la tradición.

El diagnóstico central de Horkheimer es que la modernidad ha asistido a un *triumfo arrollador de la razón subjetiva* sobre la objetiva, pero ese triunfo es, paradójicamente, el de una razón que se ha vaciado de todo contenido sustantivo. Al formalizarse, la razón se ha convertido en un instrumento puro, preocupado únicamente por la eficacia, y ha perdido «toda capacidad para interrogarse sobre la bondad de sus propósitos» (Horkheimer, 1973, p. 108).

Lo que hoy llamamos "racionalidad" en la praxis jurídica —la búsqueda de la decisión más eficiente, la que menos riesgos procesales comporta, la que se ajusta a los estándares de control de las altas cortes— es, a la luz de este diagnóstico, un síntoma de la reducción de la razón a su dimensión instrumental. El juez sobrecargado, el litigante que reproduce plantillas argumentativas, el investigador que acumula citas de autoridad sin someterlas a crítica: todos ellos operan, sin saberlo, bajo el imperio de una razón que ha renunciado a preguntarse por el fin último de su actividad.

Ahora bien, Horkheimer no se detiene en una constatación nostálgica de la pérdida de la razón objetiva. Su crítica es más radical: la razón subjetiva, dejada a sí misma, conduce a la barbarie y en clave de Nietzsche, al *nihilismo*.

Cuando no existen criterios racionales para dirimir entre fines contrapuestos, la razón instrumental, al negarse a juzgar los fines, termina por legitimar cualquier fin que sea eficazmente perseguido. Esta es la raíz profunda de la crisis civilizatoria que vive occidente (según la escuela de Frankfurt).

Este agotamiento impide pensar los fines, otros fines posibles, y se relaja en la seguridad de los medios. En el campo, que estamos revisando, esto se traduce, en la evidente *fatiga argumentativa*, que es muestra de una fatiga aún más grave, la del pensar, por fuera de los márgenes e incluso dentro de los márgenes; que describimos en páginas anteriores: si ninguna decisión puede ser verdaderamente justificada más allá de su eficacia procesal o de su conformidad con el orden jurídico establecido, el operador jurídico abandona la pretensión de corrección y se refugia en la reproducción técnica monótona (como la que representa Bartleby el escribiente en el cuento de Herman Melville)¹⁴.

¿Cómo revertir este proceso? Horkheimer no propone una vuelta ingenua a la razón objetiva —sabe que ese camino conduce al romanticismo o a la ideología—, sino una *autocrítica de la razón* que, asumiendo su inevitable dimensión instrumental, la trasciende desde dentro. «La tarea de la filosofía —escribe— no consiste en tomar partido burdamente a favor de uno de los conceptos y en contra del otro, sino en fomentar una crítica recíproca para preparar así, en lo posible, en el terreno espiritual, la reconciliación de ambos en la realidad» (Horkheimer, 1973, p. 205).

Lo anterior, aplicado a la argumentación jurídica, significa que la rehabilitación de la razón práctica no pasa por ignorar los límites de los modelos de Alexy, Perelman o MacCormick, sino por *usarlos con conciencia lúcida de su insuficiencia*: como herramientas para ordenar el debate, hacer explícitas las premisas implícitas y someter a crítica los "colchones mentales" del intérprete, pero sin atribuirles la capacidad de clausurar definitivamente la deliberación. La razón práctica rehabilitada es, en este sentido, una razón modesta, situada y, sobre todo, *responsable*: consciente de que nunca alcanza la certeza propia de la lógica formal, pero también de que esa incertidumbre es el precio de la libertad y el único antídoto contra el nihilismo¹⁵.

¹⁴ Disponible en: <https://www.capegox.org/uploads/1/3/1/9/131934518/bartleby-el-escribiente-herman-melville-Ámbar-cooperativa-editorial.pdf>

¹⁵ Rehabilitar la razón práctica, en el contexto de este artículo, no significa restaurar los viejos ídolos de la modernidad —ni el auditorio universal perelmaniano, ni la situación ideal de habla habermasiana, ni la única respuesta correcta dworkiniana— como si el derecho pudiera recuperar una pureza epistemológica que nunca tuvo del todo. Tampoco se trata de rendirse ante el vértigo de la liquidez y convertir la argumentación en un gesto cínico o en un efectivo ejercicio de retórica persuasiva sin anclaje en la justicia. Rehabilitar la razón práctica

Como consecuencia de lo anterior, la Escuela de Frankfurt, diagnóstico un proceso de involución: la razón ilustrada, que prometía emancipación, se habría convertido en razón instrumental, una razón preocupada únicamente por la eficacia y el cálculo de medios para fines preestablecidos, despojada de toda capacidad para interrogarse sobre la bondad de sus propósitos y ciega frente al aparente éxito de los progresos. La razón instrumental convierte a los seres humanos en objetos y a los propios sujetos en cosas administrables. La racionalidad formal del cálculo desplaza a la racionalidad material del sentido y, como clarívidentemente advirtió Walter Benjamín, el progreso de la razón oculta sus propias barbaries, con el resultado de producir una “ciencia que no piensa”.

Este diagnóstico, poco conocido por ciertos sectores de la abogacía, los deja ciegos frente a una realidad que algunos percibimos en el derecho. Cuando la argumentación jurídica se reduce a la invocación ritual de fórmulas, al reemplazo de la deliberación por la cita automática de precedentes, o a la aplicación mecánica de test de ponderación que pretende ocultar la decisión valorativa bajo un ropaje técnico, la razón práctica se ha convertido en su fantasma: la razón instrumental. El jurista ya no se pregunta “¿qué es lo justo en este caso singular?”, sino “¿cuál es la decisión que resistirá la revisión en apelación?” o “¿cómo justifico esta decisión para que no me la tumben?”, o “¿cómo puedo persuadir porque lo importante es ganar, no la verdad?”. Cuando esto ocurre, la argumentación se instrumentaliza al servicio de la seguridad profesional, no de la justicia. De allí que la fatiga argumentativa nos condene a un *statu quo* en el que el sistema jurídico no logra ser disruptivo y novedoso frente a los problemas sociales de la Sociedad Colombiana.

El nihilismo jurídico como diagnóstico

Este proceso de vaciamiento de la racionalidad práctica ha conducido, en el extremo, a lo que podríamos describir como un nihilismo jurídico. De raigambre nietzscheana, el nihilismo es, en esencia, el proceso histórico de desvalorización de los valores considerados como supremos y, por esa vía, la caída en la nada. Aplicado al derecho, el nihilismo jurídico no significa necesariamente que los juristas hayan dejado de creer en las normas, sino que la pretensión de corrección que animaba la argumentación —aquella que Alexy consideraba constitutiva del discurso jurídico— se ha vuelto puramente formal, desprovista de todo anclaje en valores compartidos. Castellano (2018) examina el nihilismo jurídico como una manifestación de la “cultura de la nada”, en la que lo específicamente jurídico se reduce, se simplifica y, en algunos casos, se anula.

Para comprender cabalmente este diagnóstico que entendemos es controversial, es preciso emitir algunas palabras sobre esta categoría, para ello, es necesario rastrear el concepto de nihilismo en su fuente filosófica más influyente: Friedrich Nietzsche. Como explica Frey (2009, p. 725), el nihilismo no es para Nietzsche una doctrina pesimista entre otras, sino el proceso histórico de desvalorización de los valores considerados supremos —aquellos que durante milenios dieron sentido a la existencia humana y al mundo—. En el célebre aforismo del “hombre loco” (La gaya ciencia, §125), Nietzsche anuncia que “Dios ha muerto”, y con Él se derrumba todo el edificio metafísico de Occidente: la verdad objetiva, el fin último

es, por el contrario, asumir que quizá *no hay fundamentos últimos*, que los valores son históricos y contingentes, que los auditorios están fracturados y que el consenso racional es siempre parcial, precario y revisable. Pero precisamente porque no hay un suelo metafísico que nos sostenga, la responsabilidad de argumentar se vuelve *inaplazable y creadora*: el jurista ya no puede delegar su decisión en la autoridad ciega de la norma, en la inercia del precedente o en la técnica de la ponderación mecánica. Rehabilitar la razón práctica, es *recuperar la pregunta por el fin* en medio del imperio de los medios: ¿qué es lo justo en este caso singular, con estas personas concretas, en esta coyuntura histórica? No para encontrar una respuesta inmutable, sino para construir una respuesta que, aunque frágil y discutible, sea capaz de *ganar adhesión* en el auditorio fragmentado que tenemos, no en el que nos gustaría tener. Esto implicaría tres movimientos o actitudes: **primero**, desenmascarar la razón instrumental allí donde se disfraza de racionalidad jurídica, **segundo**, hacer explícitas las premisas implícitas, las jerarquías de valor no confesadas, los «colchones mentales» que Guibourg identifica como el verdadero soporte de toda argumentación; **tercero**, atreverse a *crear nuevos marcos de sentido* allí donde los antiguos caen en el deshielo. En este sentido, rehabilitar la razón práctica es practicar un *nihilismo jurídico activo*: repetimos, no la resignación ante el vacío, sino la afirmación dionisiaca de la responsabilidad creadora del intérprete. Es saber que nunca estaremos completamente seguros de haber acertado, y que precisamente por eso cada argumento es un acto de valentía intelectual, una apuesta por la justicia en un mundo que ya no cree en certezas pero que sigue necesitando decidir. Es, en fin, pasar de la *fatiga argumentativa* —que repite lo mismo porque ya no tiene energía para pensar— a la *energía argumentativa* —que inventa, distingue, disocia, crea, porque sabe que en esa invención va la única posibilidad de un derecho más cercano a lo humano.

de la vida, la jerarquía moral trascendente. El resultado es una experiencia de vértigo: “¿No vagamos como a través de una nada infinita? ¿No nos engulle el espacio vacío?” (Nietzsche, citado por Frey, 2009, p. 722). Ese vacío, esa falta de respuesta al “¿para qué?” es, en esencia, el nihilismo.

Ahora bien, Nietzsche distingue dos formas de nihilismo: el *pasivo*, que se resigna ante la pérdida de sentido y termina en la parálisis o en el refugio en ilusiones; y el *activo*, que asume la destrucción de los ídolos como un paso necesario para crear nuevos valores. Frey (2009, p. 727) subraya que el propio Nietzsche se define como “el primer nihilista acabado de Europa que, empero, ya ha vivido en sí mismo el nihilismo hasta el fin — que lo tiene tras de sí, debajo de sí, fuera de sí”. Es decir, Nietzsche es un *nihilista antinihilista*: destruye los valores cristianos no por odio a la vida, sino para liberar la fuerza creadora del hombre y reinstaurar una relación afirmativa con el mundo, como la que existía en la Antigüedad grecorromana antes del monoteísmo.

Trasladado al derecho, este diagnóstico permite comprender el nihilismo jurídico con mayor hondura. No se trata solamente de que los operadores jurídicos hayan dejado de creer en las normas o en la justicia; se trata de que los *valores superiores* que daban sentido a la práctica argumentativa —la pretensión de corrección, la posibilidad de un consenso racional, la confianza en que existe una respuesta mejor justificable— han perdido su carácter incuestionable. El jurista contemporáneo, como el hombre moderno descrito por Nietzsche, se enfrenta a un horizonte borrado: ya no hay un “auditorio universal” que comparta principios trascendentes, ni una “situación ideal de habla” que garantice la simetría dialógica. En ese vacío, la argumentación se ha vuelto formalismo o puro cálculo de eficacia y la fatiga argumentativa acepta la pérdida de sentido sin intentar superarla.

Sin embargo, la lección nietzscheana no conduce al cinismo ni al abandono. Como muestra Frey (2009, p. 733), el antinihilismo de Nietzsche propone una *afirmación dionisiaca* del mundo —el *amor fati*— que, en lugar de huir de la falta de fundamentos últimos, asume la responsabilidad de crear nuevos valores, nuevos sentidos, nuevas morales, nuevas coordenadas de la acción, incluso si para ello, hay que demoler (en el sentido filosófico del término) lo que se ha creado, siempre que ello, no resulte: útil para la vida.

Trasladar lo anterior, al campo retórico - jurídico, es un camino que percibimos como útil para rehabilitar el pensar, no para rendir más (pensemos en la sociedad del cansancio descrita por Byung -Chul Han) sino para activar una de las dimensiones más humanas que existen y que hoy están en riesgo por su aparente competencia (IA). Es decir, si nuestro diagnóstico es aceptado, por al menos una parte del auditorio, lo que requerimos es un nihilismo jurídico *activo* que, en lugar de paralizarse, movilice a jueces, litigantes e investigadores a justificar sus decisiones con energía intelectual y a proponer novedosas argumentaciones, sabiendo que nunca habrá una garantía última, pero que precisamente por eso cada argumento es definitivo en la construcción de nuevas cadenas de sentido.

El nihilismo jurídico pasivo (lo contrario de lo que buscamos); se manifiesta entonces como puntas de un iceberg: la sensación de que cualquier decisión puede justificarse retórico - sofisticadamente —y, por tanto, de que ninguna está verdaderamente justificada—; la banalización de la ponderación, instrumentalizada como un recurso que encubre la preferencia del intérprete; la fatiga de los operadores jurídicos que, enfrentados a una sobrecarga de casos, abandonan la aspiración de construir nuevos argumentos y se refugian en plantillas predefinidas. La situación de quienes estudian derecho y se enfrentan a la necesidad de pensar y construir tesis de investigación tan sólo revela una rapidez por el resultado, en donde las formas importan más que el contenido, y el pensar que debería rehabilitar nuestra profesión se haya agotado y fatigado.

Así mismo, la crisis se agudiza cuando en las Universidades en general y en las Facultades de Derecho en particular se reemplaza la solidez del argumento basado en el pensar por la rapidez de la respuesta; cuando se privilegia la reproducción y repetición de saberes sobre los que no hay auténtica reflexión; cuando se vive, además, el declive del pensar por vía de las IA y la automatización del mundo de la vida; síntomas todos, que conducen a la paradoja del “título sin saber”, mejor descrito por la imagen del “vaso vacío”.

Justificación y estructura del artículo

Este artículo se ha escrito para un público amplio, pero tiene en mente a estudiantes y profesionales que están en el trance de escribir su tesis de grado o de enfrentar decisiones difíciles en su práctica jurídica. También tengo en mente la forma clásica en que se ejerce el derecho en Colombia, donde hay académicos, jueces y abogados litigantes. Todos, seguramente, en algún momento, han llegado a compartir una pregunta incómoda que pocas veces se formulan en voz alta: ¿de qué sirve conocer la teoría de la argumentación si, en la práctica, lo que decide un caso es otra cosa –la intuición del juez, la calidad de la prueba, el poder de una de las partes, el agotamiento de un tribunal sobrecargado o, simplemente, el azar?

Este escrito no pretende negar la utilidad de las teorías que expone; sería injusto y empíricamente falso. Pero sí intenta mostrar sus límites estructurales, aquellos que no dependen de una mala aplicación o de un conocimiento insuficiente, sino de la naturaleza de la racionalidad práctica, en una sociedad que ha dejado de creer en fundamentos sólidos y que, sin embargo, sigue necesitando decidir. La pregunta de fondo, entonces, no es ya si la argumentación puede eliminar la subjetividad o la ideología, sino qué tipo de argumentación resulta posible –y deseable– en una época de fragmentación radical de los auditorios, de desconfianza ciudadana hacia el discurso jurídico y judicial y de predominio de la razón instrumental sobre la razón práctica.

El artículo se estructura de la siguiente manera:

En el primer apartado, se reconstruyen los fundamentos de las concepciones del derecho que subyacen a la argumentación (iusnaturalismo, positivismo, pospositivismo y neopositivismo), porque toda práctica argumentativa se sostiene en una respuesta –aunque sea implícita– a la pregunta "¿qué es el derecho?".

En el segundo apartado, se exponen los modelos de Toulmin, Perelman y MacCormick con un énfasis que los manuales habituales omiten: sus presupuestos sobre la comunidad de diálogo y la posibilidad de un consenso racional.

El tercer apartado se dedica a la teoría de Alexy, con especial atención a su tesis del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general y a la ponderación como método para resolver conflictos entre principios.

En el cuarto apartado, se confrontan esos presupuestos con los diagnósticos contemporáneos sobre la crisis de la razón práctica: el nihilismo jurídico, la fatiga argumentativa y la sociedad líquida.

Finalmente, se ofrecen orientaciones prácticas, no para resolver la crisis –sería un gesto de arrogancia imperdonable–, sino para que los lectores puedan tener una conciencia lúcida sobre los límites de la razón práctica y la responsabilidad ineludible que recae sobre quien argumenta en un mundo sin garantías trascendentales, desde el ejercicio de ciertos roles jurídicos.

Objetivo general: Analizar la argumentación jurídica como una práctica constitutiva del derecho, integrando los principales modelos teóricos (Toulmin, Perelman, MacCormick y Alexy), identificando sus presupuestos sobre la posibilidad de la razón práctica y proponiendo una lectura crítica que reconozca los límites estructurales de dichos modelos frente a los fenómenos contemporáneos de fragmentación de los auditorios, nihilismo jurídico y crisis de los supuestos dialógicos, con especial atención al contexto colombiano y a la posibilidad de rehabilitación de la razón práctica frente al predominio de la razón instrumental.

Objetivos específicos:

1. Reconstruir las tesis centrales del iusnaturalismo, positivismo, pospositivismo y neopositivismo, mostrando sus implicaciones para la práctica argumentativa.
2. Exponer el modelo analítico de Toulmin, la nueva retórica de Perelman, la teoría integradora de MacCormick y la propuesta del discurso jurídico como caso especial de Alexy, identificando en cada uno los supuestos sobre la existencia de un auditorio universal, la estabilidad de las premisas compartidas y la posibilidad de un consenso racional.
3. Problematizar los supuestos comunes a estas teorías a la luz de los diagnósticos contemporáneos sobre nihilismo jurídico, sociedad líquida (Bauman) y fatiga argumentativa, mostrando cómo la fragmentación de los auditorios y la pérdida de las condiciones dialógicas tornan problemática la propia noción de "buena / correcta / deseable argumentación".

Metodología

El presente artículo se inscribe en el paradigma de la investigación cualitativa, específicamente como un estudio de revisión teórica combinado con un análisis crítico de la praxis colombiana. El orden metodológico seguido ha sido el siguiente:

1. **Revisión analítica de fuentes primarias y secundarias:** se examinaron las obras fundamentales de Perelman & Olbrecht-Tyteca, Toulmin, MacCormick y Alexy, junto con la de su principal comentarista iberoamericano, Manuel Atienza.
2. **Identificación de núcleos problemáticos:** a partir del contraste entre los modelos teóricos y la literatura crítica contemporánea (Bauman, Horkheimer), se delimitaron tres ejes de análisis: (i) la erosión del auditorio universal como ideal regulativo; (ii) la fatiga argumentativa en contextos de pluralismo radical y sobrecarga judicial; y (iii) la brecha entre las exigencias normativas del discurso jurídico y las condiciones reales de su ejercicio en Colombia.

Las teorías jurídicas como marco de la argumentación

Toda práctica argumentativa —lo sepamos o no— presupone una respuesta, aunque sea implícita, a la pregunta “¿qué es el derecho?” (Carrillo De La Rosa, 2017, p. 49). El problema, como veremos a lo largo de este artículo, es que en la sociedad líquida esa creencia previa se ha vuelto frágil, fragmentada y, a menudo, inconsciente. Por eso, reconstruir las grandes concepciones del derecho, más que un ejercicio historiográfico, es una condición para entender por qué argumentamos como lo hacemos —y por qué, muchas veces, fracasamos en el intento de convencer.

En esta sección se reconstruyen las tesis centrales del iusnaturalismo, positivismo, pospositivismo y neopositivismo, prestando especial atención a sus implicaciones para la práctica argumentativa. Adelanto una tesis incómoda: todas estas teorías, pese a sus profundas diferencias, comparten un presupuesto común que la realidad contemporánea se ha encargado de erosionar: la posibilidad de un auditorio racional mínimamente unificado.

1.1 Iusnaturalismo: el derecho justo como horizonte (y sus problemas en una sociedad que ya no cree en horizontes)

El iusnaturalismo reivindica la existencia de un derecho natural, ideal y justo, permanente e invariable, que no depende de la voluntad humana. A los ojos de un iusnaturalista, la argumentación jurídica no puede limitarse a interpretar la norma positiva; debe remitirse a criterios materiales de justicia que la trascienden. Pero, ¿qué significa exactamente esa reivindicación? Para el iusnaturalismo, el derecho no se agota en las normas escritas por los legisladores. Existe un *derecho natural* que actúa como su fundamento y su límite. Como explica Carrillo De La Rosa (2017, p. 15), esta corriente sostiene que el derecho tiene una manifestación dual: por un lado, el derecho natural —ideal, permanente e invariable— que no depende de la voluntad humana ni de las contingencias históricas; por otro, el derecho positivo o convencional, que es producto de esa voluntad y, por tanto, mudable y contingente.

El derecho natural no es solo una doctrina moral, sino —en palabras de uno de sus más importantes representantes contemporáneos, Javier Hervada— «es un hecho de la experiencia» (2014, p. 112). Dentro de esta gran familia encontramos, además, diversas ramas. Está el *iusnaturalismo teológico* (santo Tomás de Aquino, san Agustín), para el cual el derecho natural participa de la ley eterna, la razón ordenadora del cosmos creada por Dios. Y está el *iusnaturalismo racionalista* (Grocio, Hobbes, Locke), que, prescindiendo de la revelación, sostiene que es la razón humana —a menudo siguiendo el modelo de la geometría— la que descubre los principios de lo justo a partir de la propia naturaleza humana.

En cualquiera de sus versiones, el iusnaturalismo presupone algo que, como veremos, la sociedad líquida ha erosionado: que existen criterios materiales de justicia compartidos por todos, o al menos cognoscibles por la razón. Hasta ahí, todo bien. El problema empieza cuando preguntamos: ¿qué pasa cuando los destinatarios del argumento no comparten esos criterios trascendentes?

Hervada, distingue además entre derechos naturales originarios (absolutos, como la dignidad) y subsiguientes (que dependen de situaciones creadas por el hombre). Esta distinción es útil para la argumentación: los primeros serían límites infranqueables; los segundos admitirían ponderación en concreto.

Sin embargo, la experiencia de las últimas décadas muestra que incluso la dignidad —ese supuesto límite infranqueable— se ha convertido en un significativo vacío, invocado por todas las posiciones ideológicas para justificar exactamente lo contrario. ¿Hasta qué punto un argumento basado en el derecho natural puede convencer a un auditorio que niega de raíz cualquier fundamento metafísico? Esta es la pregunta incómoda que el iusnaturalismo suele eludir. Como precisa Carrillo De La Rosa (2017, pp. 15-16), la diversidad interna del iusnaturalismo —desde el voluntarismo medieval hasta el racionalismo moderno—

muestra que no hay un solo modo de concebir la conexión necesaria entre derecho y justicia. No obstante, esta escuela presupone un auditorio universal que comparte —o debería compartir— ciertas evidencias morales. Sin embargo, en una sociedad líquida, donde los valores se negocian minuto a minuto, esa presuposición se vuelve problemática.

1.2 Positivismo jurídico: separación y sus paradojas en tiempos de desconfianza

El positivismo jurídico constituyó el paradigma dominante desde el siglo XIX hasta mediados del XX. Pero, ¿en qué consiste ese paradigma? El positivismo jurídico, tal como lo reconstruye Carrillo De La Rosa (2017, p. 25), representa un giro radical frente al iusnaturalismo. Su tesis ontológica fundamental es que el único objeto de estudio posible para una teoría del derecho es el *derecho positivo*: aquel que ha sido creado o autorizado por la voluntad humana (la ley, la costumbre, el precedente judicial). Nada de realidades metafísicas ni de derechos naturales previos¹⁶.

De este postulado se derivan dos consecuencias centrales: la *tesis de la separación*, según la cual no existe una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral (una cosa es el derecho que *es* y otra muy distinta el derecho que *debería ser*); y la *tesis de las fuentes sociales*, que afirma que la existencia y el contenido del derecho dependen de hechos sociales verificables —como la promulgación por un órgano competente o la aceptación por parte de una comunidad—, no de su mayor o menor justicia. Ahora bien, como bien advierte el propio Hart (2004, p. 21), bajo el rótulo de “positivismo jurídico” se han agrupado teorías muy diversas. Por un lado, encontramos versiones *formalistas* (como la Escuela de la Exégesis francesa o la Jurisprudencia de Conceptos alemana), para las cuales el derecho es, esencialmente, ley estatal, y su aplicación se reduce a un silogismo deductivo. Por otro lado, están las versiones *analíticas* (Austin, Hart) y *normativistas* (Kelsen), que, sin renunciar a la separación entre derecho y moral, desarrollan aparatos conceptuales mucho más sofisticados para explicar la estructura del sistema jurídico (la norma fundamental kelseniana, la regla de reconocimiento hartiana). Lo que todas estas variantes comparten es una confianza en que el derecho puede ser descrito y aplicado con criterios formales, sin necesidad de apelar a valoraciones morales subjetivas.

Hart formuló tres tesis compartidas por los más importantes filósofos positivistas: la separación conceptual entre derecho y moral, la tesis de las fuentes sociales del derecho y la tesis de la discrecionalidad judicial. Ahora bien, ¿qué pasa con la argumentación jurídica desde esta perspectiva? En teoría, el juez positivista se limita a aplicar la ley; en los casos difíciles, ejerce discrecionalidad pero no arbitrariedad. Sin embargo, la crítica que lanzamos en este artículo es que la discrecionalidad —bien regulada en los libros— se

¹⁶ Para comprender el núcleo duro del positivismo recurrimos a Herbert Hart, en su famoso ensayo: “El positivismo y la separación del derecho y la moral” de 1956, en el que cita a Austin para explicar su doctrina imperativista: “Austin formuló su doctrina: ... la existencia del derecho es una cosa, su mérito o demérito otra. Si existe o no, es una cuestión, si se acomoda o no a un presunto modelo, es una cuestión diferente. Una ley que realmente exista es una ley, aunque nos disguste, o aunque sea disconforme respecto del criterio con el que gobernamos nuestra aprobación o desaprobación. Esta verdad, cuando se afirma en abstracto, es tan simple y evidente que parece ocioso insistir en ella” pág. 25 y luego dice: “... puede ser de ayuda identificar cinco significados – aunque pueda haber más – del positivismo jurídico: 1) la tesis de que las leyes son mandatos de los seres humanos, 2) la contención de que no hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral o el derecho como es y como debe ser, 3) la contención de que el análisis (o el estudio del significado) de conceptos jurídicos en primer lugar vale la pena y en segundo lugar debe diferenciarse de los cuestionamientos históricos sobre sus causas u orígenes del derecho, de los cuestionamientos sociológicos en relación con el derecho y otros fenómenos sociales, y de las críticas o valoraciones del derecho, bien en términos de moral, fines sociales, funciones u otros. 4) la contención de que un sistema jurídico es un sistema lógicamente cerrado en el que las decisiones jurídicas correctas pueden deducirse por medios lógicos a partir de reglas jurídicas predeterminadas sin referirse a los fines sociales, consideraciones de conveniencia y utilidad social o estándares morales y 5) la contención de que los juicios morales no pueden establecerse o defenderse como puede hacerse respecto a las declaraciones o los hechos, es decir, mediante argumentación racional, evidencia o pruebas” pág. 35. Tomado de: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia. (2016). *El debate Hart – Fuller* (J. Gonzales Jácome, Trad.; Serie de teoría y filosofía del derecho N.º 81). Ahora bien, para entender el asunto problemático de los derechos, habría que ir a Kelsen, quien advirtió explícitamente contra los “peligros” de las disposiciones de rango constitucional a las que equiparó con el derecho natural. Kelsen escribió en la “Garantía jurisdiccional de la Constitución” (1928) “a veces las mismas constituciones pueden referirse a principios (ley natural) que invocan los ideales de equidad, justicia, libertad, igualdad, moralidad, etc., sin definir al menos (precisamente) lo que significan estos términos. (...) con respecto a la justicia constitucional, estos términos pueden cumplir un papel sumamente peligroso - una corte podría interpretar estas disposiciones constitucionales, que invitan al legislador a honrar estos principios, como exigencias positivas para el contenido sustantivo de las leyes”. (pág. 46) Tomado de: Alec Stone Sweet. *Jud Mathews: “Proporcionalidad y constitucionalismo un enfoque comparativo global”*. Universidad Externado de Colombia. Serie teoría jurídica y filosofía del derecho No. 64. Bogotá, 2013.

convierte en la práctica en un espacio ideal de creación, pero en la realidad, de fatiga argumentativa: el juez sobrecargado no delibera; elige la solución menos problemática y la justifica con un repertorio limitado de fórmulas jurisprudenciales. El positivismo, paradójicamente, termina alimentando el nihilismo que pretendía evitar, porque al renunciar a fundamentos morales fuertes deja al intérprete solo ante la textura abierta de la ley y frente a la inmensidad de la misma. Muchos optan, por reproducir cadenas de significado existentes dentro del marco de la norma y la tradición, revelando así, la cara más conservadora del derecho.

Cuando otros ya hablaron, ¿para qué decir algo diferente?, ¿vale la pena el riesgo – verbigracia la imposición de sanciones por desconocer el precedente, por interpretar de manera diferente las fuentes (prevaricato)? Etc. En este escenario, incluso la metáfora de Dworkin del derecho como una novela, no siempre resulta en creación, pues paradójicamente es más seguro repetir.

1.3 Pospositivismo: la conexión necesaria y la ilusión de la única respuesta correcta

A partir de la segunda mitad del siglo XX, surge una corriente que sostiene, de diversas maneras, que el derecho y la moral están necesariamente conectados. Este viraje no fue caprichoso. Como documenta Carrillo De La Rosa (2017, p. 93), el pospositivismo —o no positivismo— surge de una doble crisis: la crisis del derecho estatalista, incapaz de dar cuenta de la nueva constitucionalización de los derechos humanos, y la crisis del paradigma epistemológico positivista, que se había mostrado ciego frente a la necesidad de la argumentación moral en los casos difíciles.

Autores como Lon Fuller, Ronald Dworkin y Robert Alexy emprendieron, cada uno a su manera, la tarea de volver a conectar el derecho con la moral, pero sin regresar ingenuamente al iusnaturalismo clásico. Fuller (1964), por ejemplo, propuso la idea de una *moralidad interna del derecho*: para que un sistema jurídico merezca tal nombre, sus leyes deben ser generales, públicas, prospectivas, claras, no contradictorias, posibles de cumplir y estables. Se trata, ciertamente, de una moral formal, pero sin la cual —arguye Fuller— el derecho se degrada en un riesgoso ejercicio de poder arbitrario¹⁷.

Dworkin, por su parte, fue más lejos: no se trata solo de la forma, sino del contenido. Su tesis central, es que los *principios* morales y políticos forman parte integrante del derecho, y que el juez, en los casos difíciles, no crea derecho discrecionalmente, sino que lo *descubre* interpretando la práctica jurídica a la luz de la integridad¹⁸. Alexy, desde la tradición germana, propuso una *teoría del discurso* según la cual el

¹⁷ Para profundizar en este tema puede leerse, “El positivismo y la lealtad frente al derecho, una respuesta al profesor Hart” por Lon. L. Fuller (1926”. Dice el autor: “... debo confesar que cuando me enfrenté la primera vez a las ideas del profesor Hart, su argumento, me parecía, adolecía de una profunda contradicción interna. De un lado, rechaza enfáticamente cualquier confusión entre el “ser” y el “deber ser” del derecho, solamente acepta una intersección antiséptica. (...) en algunos momentos parece estar afirmando que la distinción entre el derecho y la moral es algo que existe y sigue existiendo, y en otros, parece estar advirtiéndonos que la realidad de la distinción es en sí misma un peligro”. Pág. 89 – 90. Una de las réplicas que formula el Profesor Fuller a Hart es que el derecho tiene tanto una moralidad interna como una moralidad externa y acusa a la concepción positivista de paralizar la reflexión teórica del derecho. Veamos el siguiente ejemplo: “... supongamos el caso de un juez de instancia que ha tenido una amplia experiencia en asuntos comerciales y frente al cual se presenta una gran cantidad de disputas comerciales. En cuanto subordinado en la jerarquía judicial, nuestro juez, por su puesto, tiene la obligación de seguir el precedente de la suprema corte. Nuestro reputado juez imaginario, tiene la mala fortuna, de vivir bajo una suprema corte que él considera deplorablemente ignorante de las formas y las necesidades del comercio. En su concepto muchas de las decisiones de la corte no tienen sentido. Si un juez, concienzudo atrapado en este dilema fuese a acudir a la filosofía positivista ¿qué ayuda podría esperar? Ciertamente no será de gran ayuda recordarle que tiene una obligación de obedecer el derecho (...) ¿acaso no es claro que es precisamente la insistencia del positivismo en una estricta separación del derecho como es y del derecho como debería ser, la que incapacita a la filosofía positivista para ayudar a nuestro juez? , ¿ no es claro igualmente que nuestro juez nunca podrá alcanzar una solución satisfactoria a su dilema a menos que vea su obligación de lealtad al derecho en un *contexto que también acepta su responsabilidad en construir lo que debe ser el derecho*” (subrayado y cursiva fuera del original) tomado de Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia. (2016). *El debate Hart – Fuller* (J. Gonzales Jácome, Trad.; Serie de teoría y filosofía del derecho N.º 81), pág. 118 – 122

¹⁸ Es preciso recordar que Dworkin rechaza la teoría de Hart, según la cual el derecho se identifica mediante una «regla de reconocimiento» basada en el origen de las normas. En su lugar, sostiene que en la práctica judicial, especialmente en los casos difíciles, los jueces apelan a principios (exigencias de justicia o equidad) y directrices políticas (objetivos sociales), que no son identificables por su origen sino por su contenido y peso argumentativo. Ejemplos como *Riggs v. Palmer* (heredero asesino) muestran que los principios morales («nadie puede beneficiarse de su propio delito») son parte del derecho. Dworkin propone que, incluso cuando no hay una norma clara, una de las partes tiene derecho a ganar. El juez no debe ejercer discreción legislativa, sino descubrir ese derecho mediante la construcción de una teoría

derecho, a través de su pretensión de corrección, se encuentra necesariamente vinculado a la razón práctica. En todos estos autores, subyace una apuesta común: la argumentación jurídica no puede reducirse a ejercicio retórico, es ante todo, un procedimiento racional capaz de producir respuestas correctas, o al menos justificables. Lo que este optimismo racionalista no anticipó, fue la fragilidad de los presupuestos dialógicos en una sociedad líquida, pero antes de insistir sobre nuestra hipótesis, veamos algo más sobre estos autores:

Ronald Dworkin propone que los principios morales y políticos implícitos en el derecho explícito son también derecho. A diferencia de las reglas —que se aplican “a manera de todo o nada”—, los principios tienen una “dimensión de peso” (Carrillo De La Rosa, 2017, pp. 101-102). Dworkin rechaza la discrecionalidad judicial fuerte: el juez Hércules debe reconstruir la historia institucional para descubrir la única respuesta correcta. La crítica desde nuestra perspectiva es conocida: el juez Hércules hoy no existe, pero además, aunque existiera, ¿frente a qué auditorio justificaría su interpretación?

Robert Alexy, por su parte, defiende la tesis de la corrección: el sistema jurídico incorpora necesariamente una pretensión de corrección que vincula derecho y moral. Distingue entre reglas (mandatos definitivos) y principios (mandatos de optimización), y propone la ponderación orientada por el principio de proporcionalidad¹⁹. Su teoría de la argumentación jurídica como caso especial del discurso práctico general es, sin duda, la más elaborada. Ahora bien, Alexy mismo reconoce que el discurso real nunca alcanza la situación ideal de habla. Pero su teoría sigue presuponiendo que los participantes actúan *como si* fuera posible llegar a un consenso racional. Sin embargo, en tiempos de fatiga argumentativa, ¿quién tiene tiempo para ese “como si”? La racionalidad procedimental de Alexy, en la praxis colombiana, se degrada con frecuencia a retórica o a proceso mecánico cuando se pondera. Este pospositivismo en clave iberoamericana ha tenido una recepción masiva en las altas cortes colombianas, pero esa recepción ha sido, paradójicamente, instrumental: se usan las categorías (ponderación, principios, proporcionalidad), pero se vacían de su fuerza discursiva. El resultado es un discurso jurídico sofisticado en apariencia, pero fatigado en su núcleo y conservador en sus fines.

1.4 Neopositivismo

Los defensores del positivismo respondieron a las objeciones pospositivistas desarrollando nuevas versiones. Lejos de rendirse ante las críticas de Dworkin, Alexy y Fuller, los positivistas de finales del siglo XX reaccionaron con una creatividad teórica interesante. No se trataba de abandonar la tesis de la separación, sino de refinarla. Carrillo De La Rosa (2017, p. 137) identifica al menos cuatro respuestas neopositivistas.

La primera es el *positivismo excluyente* o duro, cuyo máximo exponente es Joseph Raz (1939–2022)²⁰. Para Raz, es conceptualmente imposible que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico incluya

coherente que justifique el derecho histórico y vigente. Para ello introduce la figura del juez Hércules, omnisciente y paciente, que integra principios morales y políticos en su decisión. El juez no crea derecho retroactivamente, sino que garantiza derechos preexistentes. En el ámbito constitucional, Dworkin argumenta que cláusulas como «igual protección» o «debido proceso» remiten a conceptos morales (igualdad, justicia) que los jueces deben interpretar. No son concesiones a la moral popular, sino exigencias de coherencia con los derechos fundamentales. Por último conviene enfatizar que los jueces no tienen discreción porque están vinculados por principios. En los casos difíciles, su tarea es interpretar la práctica jurídica a la luz de la integridad: deben ofrecer una justificación coherente de todo el derecho (precedentes, leyes, principios) que respete los derechos individuales. Esto es lo que se resume como «descubrir en lugar de inventar». Para profundizar en el pensamiento de Dworkin puede revisarse, Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (2.ª ed.). Editorial Ariel. Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Descargue-en-PDF-Los-derechos-en-serio-de-Ronald-Dworkin-LP.pdf>

¹⁹ Para profundizar en la proporcionalidad ver: Stone Sweet, A., & Mathews, J. (2013). *Proporcionalidad y constitucionalismo: Un enfoque comparativo global* (Serie teoría jurídica y filosofía del derecho, N.º 64). Universidad Externado de Colombia.

²⁰ Nacido en 1939 en el Mandato Británico de Palestina (actual Israel) y fallecido en 2022, Joseph Raz fue uno de los principales exponentes del positivismo jurídico contemporáneo. Estudió en la Universidad Hebrea de Jerusalén, donde se graduó *summa cum laude*, y posteriormente obtuvo su doctorado en la Universidad de Oxford bajo la tutela de H. L. A. Hart. Fue profesor en la Universidad Hebrea, en Oxford (donde ocupó una cátedra de filosofía del derecho creada especialmente para él) y en la Columbia Law School, además de investigador en el King's College de Londres. Sus obras más influyentes incluyen *The Authority of Law* (1979), *The Morality of*

cráterios morales. El derecho se identifica exclusivamente por sus fuentes sociales, sin que los juicios de valor tengan nada que decir en ese proceso de identificaci3n. La segunda es el *positivismo incluyente* o incorporacionismo (defendido por autores como Jules Coleman o Wil Waluchow)²¹. Esta versi3n admite que, *contingentemente*, la regla de reconocimiento de un sistema jurídicu puede incorporar principios morales —como ocurre en las constituciones que remiten a la dignidad humana o a los derechos fundamentales—. Lo hace, sin embargo, por una decisi3n convencional, no porque exista una conexi3n necesaria entre derecho y moral.

La tercera es el *positivismo éticu* (Tom Campbell),²² que ya no es una tesis conceptual, sino normativa: prescribe que, para garantizar la seguridad jurídicu y la legitimidad democrática, los jueces deberían decidir con base en reglas claras, previsibles y formalmente válidas, prescindiendo en la medida de lo posible de sus convicciones morales personales. La cuarta y última es el *naturalismo jurídicu* (Brian Leiter), que, inspirado en el realismo norteamericano, sostiene que la teoríu del derecho debe ser una empresa empírica, continuadora de las ciencias sociales, cuyo objetivo no es interpretar conceptos, sino predecir el comportamiento de los jueces. El lector atento notará algo paradójicu: cuanto más se fragmenta el positivismo en respuestas, más se aleja de su promesa original de proporcionar certeza y seguridad. Y esa paradoja es, precisamente, el sítoma de una crisis más profunda.

¿Qué implicaciones tiene esto para la argumentaci3n? En principio, una actitud más modesta: el jurista no tiene que resolver todos los conflictos apelando a la moral sustantiva. Pero esa modestia tiene un costo: en casos difíciles, el positivismo incluyente termina reconociendo que la respuesta correcta no está en el solo en el derecho positivo, sino en una combinaci3n de hechos sociales y argumentos morales. Y entonces reaparece el problema de la fragmentaci3n del auditorio: si ni siquiera los juristas creen que sus argumentos pueden alcanzar algo parecido a la verdad práctica, ¿por qué íbamos a esforzarnos en argumentar bien?

Hemos visto, entonces, que cada concepci3n del derecho comporta una teoríu implícita —o explícita— sobre la argumentaci3n. El iusnaturalismo exige remontarse a principios materiales de justicia que trascienden la norma positiva, pero choca con la fragmentaci3n de los auditorios que ya no comparten esos principios. El positivismo, al separar radicalmente el derecho de la moral, libera al intérprete de valoraciones subjetivas, pero lo abandona a su suerte ante la textura abierta de la ley, fomentando una discrecionalidad que en la práctica se resuelve en reproducci3n mecánica y fatiga argumentativa. El pospositivismo reintroduce la moral —ya sea bajo la forma de principios (Dworkin) o de pretensi3n de correcci3n (Alexy)—, pero presupone condiciones dialógicas ideales que la sociedad líquida se ha encargado de erosionar. El neopositivismo, por su parte, refina la tesis de la separaci3n con matices incluyentes o excluyentes, pero termina reconociendo, a regañadientes, que en los casos difíciles la

Freedom (1986) —galardonada como el mejor libro de política del año por la Asociaci3n Británica de Ciencia Política— y *Between Authority and Interpretation* (2009). Raz sostuvo que la existencia y el contenido del derecho deben determinarse por hechos sociales, no por argumentos morales, y realizó aportes fundamentales sobre la autoridad, la raz3n práctica y la relaci3n entre derecho, moral y libertad. En 2018 recibió el Premio Tang de Estado de Derecho. Miembro de la Academia Británica y honorario extranjero de la Academia Estadounidense de las Artes y las Ciencias. Tomado de: <https://www-law-columbia-edu.translate.goog/faculty/joseph-raz? x tr sl=en& x tr tl=es& x tr hl=es& x tr pto=tc>

²¹ Jules L. Coleman (n. 1947) es un jurista y filósofo del derecho estadounidense, reconocido por su defensa del positivismo jurídicu. Obtuvo su Ph.D. en filosofía en la Universidad Rockefeller (1972) y su J.D. en la Facultad de Derecho de Yale (1976). Fue profesor Wesley Newcomb Hohfeld de Jurisprudencia y profesor de filosofía en Yale hasta 2012, y vicerrector sénior de planificaci3n académica en la Universidad de Nueva York. Es autor de obras como *Risks and Wrongs* (1992), *Markets, Morals, and the Law* (1998), *The Practice of Principle* (2000) y coeditor de *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (2002). Ha recibido una beca Guggenheim y fue seleccionado para dictar las Clarendon Lectures en la Universidad de Oxford. Wilfrid J. Waluchow (n. 1953) es un filósofo del derecho canadiense, titular de la Cátedra Senador William McMaster de Estudios Constitucionales en la Universidad McMaster, donde enseña desde 1984. Realizó sus estudios de posgrado en la Universidad de Oxford bajo la supervisi3n de H. L. A. Hart. Es conocido por su defensa del positivismo jurídicu inclusivo, según el cual los sistemas jurídicos pueden incorporar criterios morales para determinar la validez del derecho. Entre sus obras destacan *Inclusive Legal Positivism* (1994) y *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree* (2007).

²² Tom D. Campbell (n. 1938) es un filósofo del derecho escocés-australiano, formado en la Universidad de Glasgow (honores en Filosofía Mental, 1962) y en el Balliol College de Oxford (Teología, 1964), donde obtuvo posteriormente su doctorado con una tesis sobre Adam Smith. Fue profesor de Jurisprudencia en la Universidad de Glasgow y en la Universidad de Stirling, y luego decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Australiana (ANU). Tras jubilarse en 2001, se desempeñó como profesor asociado en el Centro de Filosofía Aplicada y Ética Pública (CAPPE). Es conocido por su defensa del positivismo éticu, una teoríu que reivindica la separaci3n entre derecho y moral como un ideal éticu y democrático, no como un mero hecho descriptivo. Su obra principal es *The Legal Theory of Ethical Positivism* (1996).

respuesta correcta no puede extraerse solo de las fuentes sociales. De todo este recorrido se desprende una primera conclusión: *la argumentación jurídica no es un ejercicio neutral; depende enteramente de la respuesta —confesada o no— que se dé a la pregunta “¿qué es el derecho?”*.

Quien cree que el derecho es solo ley estatal argumentará de una manera; quien cree que incorpora principios morales lo hará de otra; y quien sospecha que todo fundamento se ha disuelto en el nihilismo pasivo terminará refugiándose en el silencio. Por eso, antes de adentrarnos en los modelos de argumentación propiamente dichos, era necesario poner sobre la mesa esta premisa fundamental: toda técnica argumentativa es hija de una teoría del derecho, y toda teoría del derecho está llamada a justificarse en el terreno movedizo de la razón práctica, por ello, se hace necesario, pensar una nueva teoría de la argumentación, para una sociedad líquida, movida además por la posverdad. Asunto que tenemos en mente, pero cuyo resultado por ahora es incierto en nuestra mente.

II. Los modelos de la argumentación: entre la lógica, la retórica y la integración práctica

2.1 La nueva retórica de Chaim Perelman: el arte de argumentar ante un auditorio²³

2.1.1 El proyecto de fondo: rehabilitar la razón práctica

Si algo le debemos a Chaim Perelman es haber rescatado del olvido la tradición retórica clásica —desde Aristóteles hasta los humanistas del Renacimiento— y haberla puesto al servicio del razonamiento jurídico, moral y político. Su proyecto, gestado en la coyuntura histórica de la Segunda Guerra Mundial y el ascenso de los totalitarismos, tenía una motivación: demostrar que la discusión sobre valores, sobre lo justo y lo injusto, no está condenada a la irracionalidad. Frente al positivismo lógico, que relegaba los juicios de valor al ámbito de lo emotivo y lo irracional, Perelman emprendió la tarea de mostrar que *se puede razonar sobre valores*, y que ese razonamiento tiene una estructura, unas reglas y una legitimidad propias.

2.1.2 La distinción entre lógica formal y lógica retórica

Perelman parte de una distinción de origen aristotélico que es necesario comprender a fondo para apreciar su aportación. La *lógica formal* (analítica, demostrativa) se mueve en el terreno de la necesidad. Un razonamiento lógico-deductivo implica que, si las premisas son verdaderas, la conclusión lo será también *necesariamente*. No hay espacio para la deliberación ni para la elección: la conclusión se impone con la fuerza de la evidencia. El ejemplo típico es el silogismo matemático.

La *retórica* (o argumentación en sentido estricto), en cambio, se mueve en el terreno de lo *plausible*, de lo *razonable*, de lo que *puede* ser aceptado por un auditorio, pero no se impone con necesidad lógica. Los argumentos retóricos no pretenden establecer verdades evidentes o demostraciones concluyentes; pretenden *ganar la adhesión* de un auditorio a una tesis que podría ser controvertida, y respecto de la cual cabría legítimamente adoptar otra posición. Como escribe Atienza (2004, p. 49), "el papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas".

Esta distinción tiene una consecuencia de primer orden para el derecho. La decisión judicial, a diferencia de la conclusión de un silogismo matemático, nunca es *necesaria*. Si lo fuera, no sería propiamente una decisión, sino el único desenlace posible. La decisión supone siempre *la posibilidad de decidir de otra manera* (Perelman, 1979b, p. 11). La argumentación jurídica, por tanto, no busca demostrar la verdad de una conclusión, sino mostrar que la decisión adoptada es *razonable, aceptable, justificada* a la luz de las premisas del sistema y de los valores que la comunidad comparte.

²³ En lo fundamental en esta sección seguimos el estudio de Atienza, M. (1991). Perelman y la nueva retórica. En *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (Cap. 3, pp. 45-80). Centro de Estudios Constitucionales.

2.1.3 El concepto central: el auditorio y sus tres niveles

Si la argumentación se define como el conjunto de técnicas discursivas destinadas a obtener la adhesión de los oyentes, entonces la noción de *auditorio* se convierte en el concepto central de toda la teoría. El auditorio es, según la definición de Perelman y Olbrechts-Tyteca (1989, p. 55), "el conjunto de todos aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación". Todo argumentador tiene en mente, al menos implícitamente, un destinatario cuyas creencias, valores y jerarquías conoce o supone y si lo que se busca es convencer, hay que pensar en las características del auditorio. Perelman distingue tres tipos de auditorio, que definen tres formas de argumentación:

a) El auditorio universal. Es la construcción más importante y, también, la más problemática de la teoría perelmaniana. El auditorio universal es aquel que está formado por "todos los seres de razón", es decir, por una comunidad ideal de interlocutores racionales. Argumentar ante el auditorio universal es lo que caracteriza a la *argumentación filosófica* (y, podría añadirse, a la argumentación jurídica cuando aspira a la corrección material). La pretensión de validez objetiva se mide por la capacidad del argumento para resistir la crítica de este auditorio ideal. Perelman distingue así entre *persuadir* (argumentación que sólo vale para un auditorio particular) y *convencer* (argumentación que se pretende válida para todo ser de razón). En términos ideales, el derecho debería aspirar a convencer, no solo a persuadir.

b) El auditorio particular (o diálogo). Es aquel formado por un único oyente o un grupo concreto con el que se interactúa directamente. En el derecho, el ejemplo más claro es el juez (o el tribunal) al que se dirige el abogado litigante. El abogado no argumenta ante "la humanidad entera", sino ante un juez concreto, que tiene su propia formación, sus propias inclinaciones jurisprudenciales, sus propias valoraciones. Adaptar el argumento a ese auditorio particular es una condición de eficacia persuasiva.

c) La deliberación con uno mismo. Perelman también considera como un tipo de argumentación aquella que el sujeto sostiene consigo mismo cuando debe tomar una decisión y se plantea razones a favor y en contra. En el derecho, esta dimensión es relevante para el juez que delibera antes de fallar, o para el abogado que construye su estrategia.

Ahora bien, es importante señalar que el *auditorio universal* no es un concepto empírico. Como advierte Atienza (2004, p. 51), "el acuerdo de un auditorio universal no es una cuestión de hecho, sino de derecho". Es una *idea regulativa*: un punto de referencia normativo que permite distinguir los buenos argumentos de los meramente persuasivos. Sin embargo, como veremos más adelante, esta noción es también la más frágil de toda la teoría perelmaniana, especialmente en una sociedad líquida donde las "comunidades de razón" se han fragmentado hasta volverse inaprensibles.

2.1.4 Los presupuestos de la argumentación: el punto de partida

Para que la argumentación sea posible, Perelman sostiene que deben existir ciertos *acuerdos previos* entre el orador y el auditorio. Nadie argumenta desde la nada; todo argumento parte de lo que el auditorio ya acepta, aunque sea implícitamente. Estos acuerdos previos se clasifican en dos grandes categorías.

a) Acuerdos relativos a lo real: incluyen *hechos* (observaciones o supuestos convencionales que suscitan una adhesión tal que sería inútil reforzarlos), *verdades* (sistemas más complejos, como teorías científicas o concepciones filosóficas), y *presunciones* (aquello que se admite como probable hasta prueba en contrario, como la presunción de inocencia en derecho penal).

b) Acuerdos relativos a lo preferible: incluyen *valores* (objetos de acuerdo que presuponen una actitud valorativa), *jerarquías* (la manera en que se ordenan los valores —por ejemplo, si la libertad prevalece sobre la seguridad, o viceversa), y *lugares* (tópicos o premisas de orden muy general que justifican jerarquías, como el lugar de la cantidad: "vale más lo que sirve para más personas").

Mientras que los acuerdos sobre lo real pretenden valer para el *auditorio universal* (una vez que se establece un hecho científico, es vinculante para todos), los acuerdos sobre lo preferible sólo valen para *auditorios particulares*. Los valores más generales —justicia, bien, verdad— sólo valen para el auditorio universal *a condición de no especificar su contenido*. En cuanto se precisa qué significa "justicia" en un caso concreto (¿justicia distributiva? ¿justicia retributiva? ¿justicia correctiva?), aparecen las divergencias propias de auditorios particulares.

Perelman introduce aquí un *principio de inercia* que tiene particular importancia para el derecho: lo normal, lo habitual, lo actual, lo real, se presume preferible. El cambio debe justificarse. Una decisión una vez tomada —un precedente judicial, por ejemplo— sólo puede modificarse por razones suficientes. Este principio, que desde una perspectiva crítica puede parecer conservador, tiene una función práctica evidente: evita que la argumentación se pierda en una discusión infinita sobre todos los presupuestos y permite que el debate se centre en los puntos controvertidos.

2.1.5 Las técnicas argumentativas: cómo se construye un argumento persuasivo

El catálogo de técnicas argumentativas que Perelman y Olbrechts-Tyteca despliegan en el *Tratado* es extenso. Pero para el jurista práctico, tres grandes grupos de argumentos merecen especial atención:

A. Los argumentos cuasilógicos

Son aquellos que, sin ser estrictamente lógicos, toman prestada su fuerza de estructuras lógicas como la contradicción, la identidad o la transitividad. Entre ellos destacan:

- *Argumentos basados en la contradicción y la incompatibilidad*: mostrar que la tesis del oponente conduce a una contradicción (en el sentido fuerte) o a una incompatibilidad con una opinión admitida (en sentido débil, lo que produce el *ridículo*). La ironía es una forma de argumentación indirecta basada en este principio.
- *Argumentos basados en la identidad*: la *definición* puede ser un arma retórica poderosa. Definir un término de cierta manera equivale a imponer una determinada visión del problema. Por eso, en derecho, las definiciones legales son a menudo el resultado de intensas disputas políticas.
- *Argumentos basados en la regla de justicia*: el principio de que "debe tratarse igual a los seres pertenecientes a la misma categoría" es el fundamento del *precedente judicial* y del argumento *a pari* (lo que vale para una especie vale para otra del mismo género). También fundamenta el argumento *a contrario* (lo que vale para una especie no vale para otra, porque se entiende que esta última es una excepción).
- *Argumentos basados en la transitividad*: si A es mejor que B, y B es mejor que C, entonces A es mejor que C. Este esquema permite ordenar valores y jerarquías sin necesidad de comparación directa entre los extremos.

B. Los argumentos basados en la estructura de lo real

Estos argumentos se sirven de enlaces de *sucesión* (causa-efecto, medio-fin) o de *coexistencia* (acto-persona, individuo-grupo, esencia-manifestación) para establecer solidaridades entre juicios admitidos y otros que se trata de promover.

- *El argumento pragmático (o consecuencialista)*: permite apreciar un acto o una decisión por sus consecuencias favorables o desfavorables. Es el argumento central del utilitarismo y, en derecho, del análisis económico del derecho, pero también de la prudencia judicial ordinaria: "¿qué consecuencias tendría para el sistema si adoptamos esta interpretación?".
- *El argumento de autoridad*: se basa en la relación acto-persona. El prestigio de una persona o institución se transfiere a la tesis que defiende. En derecho, el precedente judicial y la cita de

autores son formas de argumento de autoridad. Perelman insiste en que este argumento no es en sí mismo falaz; su legitimidad depende del campo y de las condiciones en que se usa.

- *El argumento del despilfarro*: sostiene que, puesto que ya se han realizado inversiones o sacrificios en una dirección, no conviene abandonar el camino emprendido. En derecho, puede aparecer en la justificación de inversiones estatales o en la protección de la confianza legítima.
- *El argumento de la dirección (pendiente resbaladiza)*: advierte que ceder en un punto puede conducir, paso a paso, a consecuencias indeseables. Es frecuente en los debates constitucionales sobre derechos fundamentales.

C. Los argumentos que fundan la estructura de lo real (a partir de casos particulares)

- *El ejemplo*: un caso particular sirve para fundamentar una regla general. En el derecho, la invocación de un precedente como fundamento de una nueva regla (la *ratio decidendi*) es el ejemplo por excelencia. No se trata de ilustrar una regla ya conocida, sino de *crearla* a partir del caso.
- *La ilustración*: a diferencia del ejemplo, la ilustración *afianza* (pero no fundamenta) una regularidad ya establecida. Una disposición legal concreta puede verse como una ilustración de un principio general preexistente.
- *El modelo*: un comportamiento particular sirve para incitar a una acción que se inspira en él. En derecho, puede aparecer en la construcción de "estándares de conducta" a partir de la actuación de un sujeto ejemplar (por ejemplo, el "buen padre de familia").

D. Los argumentos de disociación de nociones

Esta es quizás la contribución más original de Perelman, aunque también la más compleja de aplicar. Mientras que los argumentos de asociación *unen* elementos que estaban separados, la disociación *separa* elementos que aparecían confundidos bajo una misma noción. El prototipo es la pareja *apariencia-realidad*. Cuando el mundo nos presenta apariencias contradictorias (un palo parcialmente hundido en el agua parece doblado y al tacto se siente recto), introducimos la distinción para salvar la compatibilidad de lo real. Del mismo modo, el jurista introduce distinciones para conciliar normas que, de otro modo, resultarían incompatibles.

En derecho, la disociación se manifiesta en parejas como *letra-espíritu* (de la ley), *orden público-libertad individual*, *derecho formal-justicia material*. Cada una de estas parejas es una herramienta argumentativa que permite reestructurar la percepción del problema. El abogado que invoca el "espíritu de la ley" frente a su "letra fría" está haciendo una operación de disociación.

2.1.6 Los límites del modelo de Perelman frente a la sociedad líquida

Hasta aquí, la teoría de Perelman se presenta como un arsenal conceptual de enorme riqueza para comprender la argumentación jurídica. Pero no podemos cerrar esta sección sin señalar el desafío central que el diagnóstico de este artículo —la crisis de la razón práctica en la sociedad líquida— plantea a la propuesta perelmaniana. Este desafío se concentra en tres puntos.

a) La fragmentación del auditorio universal

Perelman diseñó su teoría para un mundo en el que aún era posible imaginar una comunidad de interlocutores racionales unidos por un sistema de creencias compartido, o al menos por la capacidad de llegar a un consenso mediante la deliberación. Su "auditorio universal" es una construcción ideal del orador, pero presupone que existe *un horizonte común de racionalidad* al que los argumentos pueden apelar.

En la sociedad líquida, este presupuesto se ha volatilizado. Como advierte Bauman (2003), los "sólidos" se han derretido, y entre esos sólidos se encuentran las premisas compartidas que hacían posible la argumentación. Hoy, cada grupo social —cada corriente doctrinal, cada sector de la opinión pública, cada plataforma digital— tiene su propia constelación de valores y sus propias jerarquías. Lo que para un auditorio es un "hecho" incuestionable, para otro es una mera "opinión" o incluso una "mentira deliberada". Lo que para unos es un valor supremo (por ejemplo, la seguridad), para otros es una concesión inaceptable a la autoridad.

En estas condiciones, la noción misma de *auditorio universal* se vuelve problemática: por ello nos preguntamos: ¿existe todavía un "conjunto de todos los seres de razón" capaz de distinguir entre argumentos persuasivos (para un particular) y argumentos convincentes (para todos)? Perelman confiaba en que la argumentación filosófica y jurídica podía aspirar a convencer al auditorio universal. En la sociedad líquida, esa aspiración está en crisis.

b) El conservadurismo estructural de la teoría perelmaniana

Las críticas ideológicas al conservadurismo de Perelman, que Atienza recoge en su valoración crítica (2004, pp. 70-73), adquieren una nueva dimensión en el contexto de la sociedad líquida. Perelman identifica "lo razonable" con "lo que aceptarían los miembros esclarecidos de la sociedad" y, en el derecho, con "las opiniones y tradiciones dominantes en el medio profesional". Este criterio, ya discutible en una sociedad estable, se convierte en un problema en una sociedad que exige transformaciones estructurales. El principio de inercia perelmaniano —"lo establecido se presume preferible; el cambio debe justificarse"— funciona bien en países con estabilidad social, donde los problemas son marginales y el orden básico no se cuestiona. Pero ¿qué ocurre cuando lo que está en juego es precisamente la *injusticia estructural* del orden establecido? ¿Qué ocurre cuando los "acuerdos previos" del auditorio profesional incorporan sesgos sistémicos? Un abogado litigante que defiende los derechos de comunidades indígenas o afrocolombianas desplazadas, o una jueza que aplica una perspectiva de género en una tradición judicial patriarcal, no pueden contentarse con apelar a "las opiniones dominantes del medio profesional". Esas opiniones dominantes son, precisamente, parte del problema.

Perelman, advierte Atienza, "solo puede ratificar el cambio a posteriori" (Gianformaggio, 1973, p. 226, citado en Atienza, 2004, p. 73). La teoría proporciona criterios para justificar el cambio *cuando ya ha ocurrido*, pero no para impulsarlo. En un contexto de nihilismo jurídico pasivo —donde la fatiga argumentativa lleva a la reproducción mecánica de lo existente— la retórica perelmaniana corre el riesgo de convertirse en una *ideología de legitimación* del statu quo, precisamente porque sus criterios de "razonabilidad" se definen por referencia a las opiniones ya consolidadas.

c) La imposibilidad del consenso racional en el pluralismo radical

El supuesto más profundo de la teoría de Perelman es que, mediante la argumentación, los seres humanos pueden *llegar a un acuerdo* sobre cuestiones prácticas, o al menos reducir sus divergencias. Su noción de "lo razonable" es esencialmente *consensual*: es razonable aquello que puede ser aceptado por un auditorio competente después de una deliberación adecuada.

Sin embargo, la experiencia de las últimas décadas muestra que existen conflictos que no pueden resolverse mediante el consenso racional, no porque las partes sean irracionales o de mala fe, sino porque sus *intereses son objetivamente contradictorios* y porque los *valores en juego son incommensurables*. Pensemos en el conflicto entre la propiedad privada y la función social de la tierra en el campo colombiano, o entre la seguridad nacional y la libertad de expresión en contextos de violencia. No se trata de que las partes no puedan entenderse; se trata de que cualquier solución que favorezca a una parte perjudicará necesariamente a la otra. En estos casos, el consenso es imposible. Lo único que cabe es una decisión *autoritativa* (el juez decide, el legislador legisla, el ejecutivo ejecuta), que puede ser más o menos justificada, pero que no es ni será el resultado de un consenso alcanzado mediante la argumentación.

2.1.7 Conclusión provisional

Si los auditorios se han fragmentado, el argumentador debe *construir* su auditorio, no darlo por supuesto. Si los acuerdos previos se han disuelto, el argumentador debe *crear* nuevos acuerdos, empezando desde los lugares más básicos. Si el consenso racional es imposible, el argumentador debe *mostrar* por qué su decisión es la más justa, no solo la más compartida.

En este sentido, la nueva retórica no debe ser abandonada, sino *puesta en movimiento*. De una retórica que presume la comunidad, debemos pasar a una retórica que *construye comunidad* en medio de la liquidez. De una retórica que justifica el cambio a posteriori, debemos pasar a una retórica que *abre espacios para la transformación*. Ese es el desafío que Perelman nos lega, y que debemos asumir desde la lucidez que no muestra el examen de la crisis.

2.2 La contribución de Stephen Toulmin: una lógica para la práctica

2.2.1 El modelo formalista²⁴

Stephen Toulmin propuso un cambio radical en la manera de entender la lógica, una transformación que repercute directamente en la teoría de la argumentación jurídica. En sus propias palabras: "La lógica (podemos decir) es jurisprudencia generalizada. Los argumentos pueden ser comparados con litigios jurídicos, y las pretensiones que hacemos y a favor de las que argumentamos en contextos extrajurídicos, con pretensiones hechas ante los tribunales" (Toulmin, 1958, p. 7, citado por Atienza, 2004, p. 83).

¿Qué implica este paralelismo? Así como en un proceso judicial las partes presentan pruebas, el juez evalúa su relevancia y finalmente emite un fallo que puede ser apelado, del mismo modo en cualquier argumentación racional, lo que importa no es la corrección formal del silogismo, sino la *capacidad del argumento para resistir la crítica* y obtener un veredicto favorable ante el "tribunal de la razón".

2.2.2 El modelo simple: cuatro elementos para diseccionar cualquier argumento

Toulmin nos ofrece un esquema analítico que, a diferencia de la lógica formal (que solo distingue entre premisas y conclusión), descompone el argumento en cuatro piezas fundamentales.

a) La pretensión (claim, C)

Es aquello que se quiere probar, el punto de llegada del esfuerzo argumentativo. En el ámbito jurídico, las pretensiones adoptan formas muy diversas: "El acusado es culpable de homicidio", "El demandante tiene derecho a ser indemnizado", "La cláusula del contrato es abusiva", "El precedente invocado no es aplicable a este caso". La pretensión es siempre una afirmación sobre la que existe (o puede existir) controversia; de lo contrario, no habría necesidad de argumentar.

b) Las razones (grounds, G) o datos

Son los hechos, pruebas o informaciones concretas que se aportan para apoyar la pretensión. En el derecho, las razones pueden ser: el testimonio de un testigo, un documento, una pericia, un hecho admitido por las partes, o incluso una máxima de la experiencia. Lo característico de las razones es que se refieren a *lo que ha ocurrido o lo que es el caso*. Por ejemplo: "El testigo vio al acusado salir de la escena del crimen a las 10 p.m."; "La cláusula del contrato está redactada en caracteres ilegibles"; "La Corte Constitucional, en la sentencia T-123 de 2015, estableció que...".

²⁴ Atienza, M. (1991). La teoría de la argumentación de Toulmin. En *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (Cap. 4, pp. 81-104). Centro de Estudios Constitucionales.

c) La garantía (warrant, W)

La garantía es la regla, principio o máxima de inferencia que autoriza el paso de las razones a la pretensión. Mientras que las razones responden a la pregunta "¿qué hechos tenemos?", la garantía responde a "¿por qué esos hechos nos permiten concluir lo que afirmamos?". Las garantías pueden ser legales ("El artículo 2356 del Código Civil establece que quien causa un daño por culpa debe indemnizarlo"), lógicas ("Si A es hijo único de B, y B falleció sin testamento, entonces A es heredero"), empíricas ("Quien huye de la escena del crimen suele ser el culpable") o valorativas ("La dignidad humana prevalece sobre la libertad económica").

Una propiedad de las garantías es que se formulan como *enunciados hipotéticos* ("Si alguien causa un daño por culpa, entonces debe indemnizar"), a diferencia de las razones que son categóricas ("El acusado causó un daño por culpa"). la garantía no describe un hecho, sino que establece una *conexión* entre hechos y consecuencias normativas.

d) El respaldo (backing, B)

El respaldo es la justificación última de la garantía, el fundamento que muestra por qué la garantía es válida, relevante o aceptable. Mientras que la garantía responde a "¿qué regla aplicamos?", el respaldo responde a "¿por qué esa regla es correcta o está vigente?". En el derecho, los respaldos pueden ser: la remisión a una norma superior (por ejemplo, la Constitución respalda la validez de una ley), la cita de la jurisprudencia que ha consolidado un precedente, la referencia a los principios generales del derecho.

Atienza (2004, p. 87) ilustra esta estructura con un ejemplo judicial sencillo:

Razones (G): "X es el único hijo de Y, quien falleció sin dejar testamento".

Garantía (W): "Si alguien muere sin dejar testamento, su hijo tiene derecho a recibir la herencia".

Respaldo (B): "El artículo 930 del Código Civil (o la costumbre jurídica, o el principio de sucesión intestada) establece esa regla".

Pretensión (C): "Por tanto, X tiene derecho a recibir la herencia de Y".

2.2.3 El modelo general: la fuerza de los argumentos y sus límites

El modelo simple permite identificar los componentes de cualquier argumento, pero aún no da cuenta de dos fenómenos centrales de la argumentación práctica: por un lado, la *intensidad* con la que las razones apoyan la pretensión; por otro, las *excepciones* que pueden derrumbar el argumento. Toulmin añade dos elementos más para captar estas dimensiones.

a) Los cualificadores modales (qualifiers)

En la matemática, el paso de las premisas a la conclusión es necesario: "Si todos los hombres son mortales y Sócrates es hombre, entonces Sócrates es mortal (y no cabe otra posibilidad)". En la argumentación jurídica, en cambio, rara vez tenemos esa certeza. La fuerza de un argumento suele ser gradual: la conclusión no se impone con necesidad lógica, sino con un grado variable de probabilidad o plausibilidad. Para reflejar esta diferencia, Toulmin introduce los *cualificadores modales*: expresiones como "presumiblemente", "con toda probabilidad", "salvo prueba en contrario", "prima facie", "en principio".

Así, un abogado podría argumentar: "El testigo vio al acusado salir del edificio a las 10 p.m. (G); quien huye de la escena del crimen suele ser el culpable (W); por tanto, *presumiblemente* (cualificador), el acusado es culpable (C)". El cualificador señala que el argumento, aunque sólido, no es concluyente; queda un margen de incertidumbre que deberá ser resuelto por otras pruebas o por la valoración del juez.

b) Las condiciones de refutación (rebuttals)

Todo argumento jurídico, por bien construido que esté, admite excepciones. El derecho está lleno de reglas que operan "salvo que...". Las condiciones de refutación son precisamente esas circunstancias excepcionales que, de concurrir, invalidarían la conclusión aunque las razones y la garantía sean correctas. Siguiendo con el ejemplo anterior, el abogado defensor podría señalar una condición de refutación: "El acusado salió del edificio porque recibió una llamada de emergencia de su hijo, no porque fuera el culpable". En tal caso, el argumento de la fiscalía se derrumba, no porque sus razones fueran falsas o su garantía inválida, sino porque ha aparecido una circunstancia que activa la excepción prevista implícitamente en la garantía.

2.2.4 Argumentos analíticos - argumentos sustanciales

Toulmin introduce una distinción: Un argumento es *analítico* cuando el respaldo de la garantía contiene ya, explícita o implícitamente, la información expresada en la conclusión. En ese caso, el argumento es tautológico: no añade conocimiento nuevo, solo explicita lo que ya estaba contenido en las premisas.

Un argumento es *sustancial*, en cambio, cuando el respaldo no contiene la información de la conclusión, de modo que la inferencia añade algo nuevo, pero también introduce un margen de incertidumbre. La inmensa mayoría de los argumentos jurídicos son sustanciales. Cuando un juez decide si una cláusula contractual es abusiva aplicando el principio de buena fe, o cuando un tribunal pondera un derecho fundamental frente a otro, ninguna tautología está en juego: la conclusión no estaba contenida en las premisas, sino que ha sido construida mediante una deliberación valorativa.

¿Y qué hay de los argumentos puramente deductivos en derecho? Existen, ciertamente, los llamados "casos fáciles": si la norma dice "quien mate a otro será condenado a prisión", y está probado que el acusado mató a otro, la conclusión parece deductiva. Pero Toulmin nos invita a sospechar de esta aparente necesidad lógica. En realidad —diría él— incluso en ese caso hay presupuestos sustanciales no explicitados: que la norma es válida, que no rige ninguna causa de justificación, que el acusado era imputable, etc. El carácter sustancial de la argumentación jurídica no es una excepción, sino la regla.

2.2.4 Los límites del modelo frente a la sociedad líquida

Toulmin presupone, para que su esquema funcione como criterio de corrección argumentativa, la existencia de una *comunidad racional* que comparta, al menos en términos generales, los respaldos de las garantías. Como él mismo escribe, "todos los seres humanos tienen similares necesidades y viven vidas similares, de manera que comparten los fundamentos que necesitan para usar y comprender métodos similares de razonamiento" (Toulmin-Rieke-Janik, 1984, p. 119, citado por Atienza, 2004, p. 89). En esa comunidad, el "sentido común" funciona como respaldo último.

Pero ¿qué ocurre cuando esa comunidad se fragmenta? ¿Cuándo los respaldos que un juez considera obvios son precisamente lo que la otra parte cuestiona radicalmente? ¿Cuándo el "sentido común" ha dejado de ser común, porque cada grupo social tiene su propia constelación de valores, sus propias jerarquías, sus propios hechos alternativos? La sociedad líquida, como hemos visto con Bauman, licúa también los presupuestos mínimos del diálogo racional. El esquema de Toulmin puede mostrar la estructura de un argumento, pero no puede restaurar la comunidad que le daría fuerza persuasiva.

El esquema de Toulmin resulta valioso para descomponer un argumento en sus piezas elementales —pretensión, razones, garantía, respaldo—, pero conviene no perder de vista que su utilidad es principalmente descriptiva y analítica, no demostrativa. Como advierte Guibourg (2019, p. 20), incluso la argumentación más cuidada sigue siendo "insuficiente": sus premisas nunca agotan todas las razones necesarias para garantizar la conclusión. En el derecho, donde la mayoría de los argumentos son sustanciales (no meramente analíticos), esa insuficiencia estructural se agrava porque las garantías y respaldos dependen

de valoraciones contingentes. El esquema de Toulmin ayuda a ordenar la discusión, pero no a clausurarla; su virtud es hacer explícitos los puntos de apoyo que, según Guibourg, constituyen el “colchón mental” (p. 22) sobre el que descansa toda persuasión.

2.3 Neil MacCormick: una teoría integradora de la argumentación jurídica

2.3.1 una vía intermedia entre el racionalismo y el irracionalismo²⁵

Neil MacCormick, profesor escocés de la Universidad de Edimburgo, publicó en 1978 su obra fundamental *Legal Reasoning and Legal Theory*, que se convertiría en un hito de la teoría de la argumentación jurídica contemporánea. Su proyecto teórico puede describirse como una *vía intermedia* entre dos extremos igualmente insatisfactorios: de un lado, el ultrarracionalismo de Ronald Dworkin, con su tesis de que existe una "única respuesta correcta" para cada caso difícil; del otro, el irracionalismo de Alf Ross, para quien las decisiones judiciales son esencialmente arbitrarias, producto de la voluntad y no de la razón.

MacCormick se propone mostrar que la argumentación jurídica es *racional* (es decir, puede ser objeto de justificación y crítica), pero que esa racionalidad tiene *límites* insuperables (gente honesta y razonable puede discrepar). Como escribe Atienza (2004, p. 107), su teoría se destaca "por su afán integrador": armoniza razón práctica y escepticismo, aspectos deductivos y no deductivos, elementos formales y materiales.

2.3.2 La justificación deductiva: el silogismo judicial como punto de partida

MacCormick parte de una constatación que, aunque parezca elemental, es básica para la teoría: *en muchos casos, la justificación judicial es de carácter estrictamente deductivo*. Para demostrarlo, analiza el fallo del juez Lewis J. en el caso *Daniels contra R. White and Sons and Tarbard* (1938). Los hechos son simples: Daniels compra en una taberna una limonada que resultó contaminada con ácido carbólico, causándole daños a él y a su esposa. La venta había sido una "venta por descripción" (pidió una botella de una marca específica). El *common law* establece que, en este tipo de ventas, existe una condición implícita de que la mercancía debe ser de "calidad comercializable" (*merchantable quality*). Quien incumple esa condición debe indemnizar los daños. MacCormick reconstruye el razonamiento del juez como una cadena de *modus ponens*, cuyo núcleo puede sintetizarse así:

Premisa normativa (garantía): "Si una persona transfiere la propiedad de una mercancía a otra por un precio, y esa mercancía no es de calidad comercializable, entonces el vendedor debe indemnizar al comprador por los daños sufridos".

Premisa fáctica (razones): "La señora Tarbard transfirió la propiedad de la limonada a Daniels, y la limonada no era de calidad comercializable (contenía ácido carbólico)".

Conclusión (pretensión): "Por tanto, la señora Tarbard debe indemnizar a Daniels".

¿Qué gana MacCormick con esta reconstrucción? En primer lugar, muestra que la lógica deductiva no es ajena al derecho; al contrario, es el *esqueleto* de la justificación jurídica incluso en los casos más simples. En segundo lugar, le permite delimitar con precisión el campo de los *casos difíciles*: allí donde la aplicación de la lógica deductiva es insuficiente porque alguna de las premisas (normativa o fáctica) no está dada de manera incuestionable, allí comienza el verdadero trabajo de la argumentación jurídica.

²⁵ Atienza, M. (1991). Neil MacCormick: Una teoría integradora de la argumentación jurídica. En *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (Cap. 5, pp. 105-147). Centro de Estudios Constitucionales.

Ahora bien, es importante no malinterpretar el alcance de esta tesis. Como advierte el propio MacCormick, la *decisión* del juez (el acto de condenar o absolver) no es una conclusión lógica; la lógica determina la *obligación* de fallar de cierta manera, pero el salto a la decisión práctica implica siempre un elemento volitivo. La justificación deductiva opera en el nivel de las *proposiciones* (normas y enunciados fácticos), no en el nivel de las acciones.

2.3.3 Casos fáciles y casos difíciles: la clasificación cuatripartita

La diferencia entre casos fáciles y casos difíciles no es una cuestión binaria, sino un *continuum*. Sin embargo, MacCormick ofrece una tipología de las dificultades que pueden surgir, clasificándolas según afecten a la premisa normativa o a la premisa fáctica. Esta clasificación es de enorme utilidad práctica porque permite al operador jurídico *diagnosticar* dónde está el verdadero problema de su caso.

a) Problemas de interpretación (afectan a la premisa normativa): existe una norma aplicable, pero su redacción admite más de una lectura. Por ejemplo, la *Race Relations Act* de 1968 prohíbe la discriminación por "origen nacional". ¿Incluye eso la *nacionalidad actual* (ser ciudadano británico o no) o solo el origen étnico-histórico? La Cámara de los Lores optó por la segunda interpretación en el caso *Ealing Borough Council contra Race Relations Board* (1972).²⁶

b) Problemas de relevancia (afectan a la premisa normativa): no está claro si existe una norma aplicable al caso. El ejemplo paradigmático es el caso *Donoghue contra Stevenson* (1932)²⁷, donde no existía un precedente directo sobre la responsabilidad de un fabricante de bebidas por daños causados a un consumidor. La Cámara de los Lores estableció una nueva regla: el fabricante debe indemnizar cuando no ha tenido un "cuidado razonable" (*reasonable care*) en el proceso de fabricación.

c) Problemas de prueba (afectan a la premisa fáctica): se refieren al establecimiento de los hechos del caso. ¿Cómo sabemos que el acusado mató a la víctima? No hay una observación directa, sino una serie de indicios: manchas de sangre, un paquete con restos, la llave de la habitación, etc. La inferencia se basa en un test de *coherencia narrativa*: la historia que reconstruye los hechos debe ser consistente con todas las pruebas disponibles.

d) Problemas de calificación (o de hechos secundarios) : los hechos primarios están probados, pero se discute si *subsumen* en el supuesto de hecho de la norma. El ejemplo clásico es el caso *MacLennan contra MacLennan* (1958)²⁸: el señor MacLennan pide el divorcio por adulterio, pues su esposa dio a luz un hijo once meses después de la última relación sexual con él. La esposa admite que no tuvo relaciones con su marido, pero niega el adulterio: el hijo fue concebido mediante inseminación artificial. ¿Es eso "adulterio"? El juez dijo que no.

2.3.4 El requisito de universalidad: el primer filtro de la racionalidad

¿Cómo se resuelven los casos difíciles? MacCormick propone un modelo de *justificación de segundo nivel* (o justificación externa), que complementa a la justificación deductiva de primer nivel. El primer requisito es el de *universalidad*: para justificar una decisión, no basta con dar razones particulares del caso; es necesario formular una *premisa normativa general* que conecte esas razones con la conclusión. Este requisito, como vimos, está implícito incluso en la justificación deductiva (la premisa mayor del silogismo).

²⁶ Disponible para consulta en: <https://www.lawcases.net/cases/ealing-london-borough-council-v-race-relations-board-1971-ukhl-3/>

²⁷ Disponible para consulta en: <https://www.scottishlawreports-org-uk.translate.goog/resources/donoghue-v-stevenson/case-report/? x tr sl=en& x tr tl=es& x tr hl=es& x tr pto=tc>

²⁸ Disponible para consulta en: <https://www.casemine.com.translate.goog/judgment/uk/5a8ff8d560d03e7f57ece024? x tr sl=en& x tr tl=es& x tr hl=es& x tr pto=tc>

La universalidad, siguiendo a R.M. Hare, no debe confundirse con la *generalidad*. Una norma puede ser muy específica (por ejemplo: "los contratos de compraventa de limonada contaminada con ácido carbólico celebrados en domingo en la taberna de la señora Tarbard son nulos") y, sin embargo, ser universal, porque se aplica a *todos los casos* que caen bajo su descripción. La universalidad es un requisito *lógico* (toda norma se formula como un enunciado universal), no una cuestión de amplitud. Esto tiene una consecuencia importante: la *equidad* (la decisión que introduce una excepción a una regla general para evitar un resultado injusto) no vulnera el principio de universalidad, siempre que la excepción misma se formule como una norma universal ("en los casos en que concurra la circunstancia X, no se aplica la regla general"). Para el juez, el requisito de universalidad significa que su decisión tendrá *valor de precedente*: lo que decide hoy para este caso deberá aplicarlo también en el futuro para casos similares. Para el litigante, significa que no basta con conmovier al juez con los hechos particulares de su cliente; debe mostrar que existe una *regla* que, aplicada universalmente, justifica su pretensión.

2.3.5 La justificación de segundo nivel: consistencia y coherencia

Una vez formulada la norma universal que justifica la decisión, MacCormick exige que esa norma tenga *sentido* en relación con dos dimensiones: el sistema jurídico y el mundo social. De la primera dimensión derivan los requisitos de *consistencia* y *coherencia normativa*; de la segunda, el requisito de *aceptabilidad de las consecuencias* (argumentos consecuencialistas).

a) Consistencia. La decisión no debe entrar en contradicción con normas válidamente establecidas. Si una norma del sistema dice "los contratos son obligatorios", el juez no puede decidir que un contrato válido no es obligatorio sin más. Este requisito es el más débil: es una condición *negativa* (la decisión no puede violar normas vigentes), pero deja un amplio margen de elección.

b) Coherencia normativa. Aquí MacCormick introduce una noción más exigente. Una decisión es *coherente* cuando la norma que la justifica puede subsumirse bajo *principios generales* o *valores* que, tomados en conjunto, configuran una "forma de vida satisfactoria". Por ejemplo, una norma que prohibiera circular a más de 80 km/h solo a los coches amarillos sería *consistente* (no contradice ninguna norma), pero sería *incoherente*, porque el color no tiene relación con los valores que justifican los límites de velocidad (seguridad, ahorro de combustible, etc.). En cambio, si existe otra norma que establece que los coches viejos deben pintarse de amarillo, entonces la restricción de velocidad para coches amarillos ya tiene sentido: es coherente con el principio de que los vehículos en peor estado deben circular más lento.

La coherencia normativa es la base de dos argumentos muy utilizados en la práctica jurídica:

- *Argumentos a partir de principios*: un principio es una norma relativamente general que *explica y justifica* un conjunto de reglas. Por ejemplo, el principio de "cuidado razonable" en la responsabilidad civil explica por qué el fabricante de limonada debe indemnizar, y justifica la regla como valiosa. A diferencia de las reglas, los principios no se aplican "todo o nada", sino que tienen una "dimensión de peso": en caso de conflicto, el principio que cede no queda invalidado, sino que sigue siendo aplicable a otros casos.
- *Argumentos por analogía*: consisten en extender una solución prevista para un supuesto a otro supuesto que, sin ser idéntico, es relevante-mente semejante. La analogía presupone la coherencia del derecho: si dos casos son semejantes en los aspectos relevantes, deben recibir la misma solución. La semejanza no está "dada" en la naturaleza, sino que se *construye* a partir de principios. Por eso, argumentar por analogía es, en el fondo, argumentar a partir de principios no explicitados.

c) Coherencia narrativa. Se aplica a los problemas de prueba. Una proposición sobre el pasado ("Luis mató a Gerard") se considera probada si *encaja* coherentemente con el conjunto de hechos probados y con las máximas de experiencia. El test de coherencia narrativa es el mismo que aplicamos en la vida cotidiana cuando reconstruimos una historia a partir de indicios. No es una prueba concluyente (siempre cabe una

historia alternativa igualmente coherente), pero es la única herramienta racional que tenemos en ausencia de observación directa.

2.3.6 Los argumentos consecuencialistas: el criterio decisivo

Dentro de los límites marcados por la universalidad, la consistencia y la coherencia, MacCormick sostiene que el criterio *decisivo* para optar entre soluciones alternativas son los *argumentos consecuencialistas*. No se trata de un utilitarismo ingenuo (calcular las consecuencias de cada decisión particular), sino de un *utilitarismo de la regla*: lo que hay que evaluar son las *consecuencias jurídicas* de adoptar una norma universal como precedente.

¿Qué significa "consecuencias" aquí? MacCormick distingue:

- *Resultado*: la producción de una norma válida (por ejemplo, "el señor Daniels tiene derecho a ser indemnizado").
- *Consecuencias*: los estados de cosas posteriores al resultado. Pero no interesan tanto las consecuencias empíricas (que el demandado se arruine, que se vuelva alcohólico, etc.) como las *consecuencias jurídicas* en sentido estricto: ¿qué tipo de conducta autorizaría o prohibiría la norma que establecemos? ¿En qué otros casos se aplicaría? ¿Generaría conflictos con otros principios? Estas preguntas se responden mediante un razonamiento *hipotético*, no probabilístico.

Los ejemplos abundan en la obra de MacCormick. En el caso *Donoghue contra Stevenson*, Lord Atkin justificó la regla de responsabilidad del fabricante argumentando que, *si no existiera* tal regla, las consecuencias serían inaceptables: se frustrarían las necesidades de una sociedad civilizada (minimizar el daño), se violaría el principio de justicia correctiva (quien sufre un daño debe ser compensado) y se iría en contra del sentido común. Los jueces disidentes, por su parte, usaron un argumento consecuencialista de sentido contrario: *si se aceptara* la regla, habría que extenderla a la fabricación de *cualquier* artículo (incluso casas), lo que sería absurdo.

En el caso *MacLennan*, Lord Wheatley argumentó que, si se considerara adulterio la inseminación artificial, entonces se estaría diciendo que se puede cometer adulterio *con un muerto* (el donante de esperma, anónimo y quizás fallecido), lo cual es irrazonable.

¿Qué valores se utilizan para evaluar las consecuencias? MacCormick sostiene que varían según la rama del derecho: en derecho penal, el valor básico es la paz o el orden público; en derecho de contratos, la libertad personal; en derecho civil, la justicia correctiva. No existe un *summum bonum* único, sino una *pluralidad de valores* que pueden entrar en conflicto. Esto nos conduce al último aspecto de su teoría.

2.3.7 El rechazo de la única respuesta correcta y los límites de la razón práctica

MacCormick se separa explícitamente de Dworkin. Para Dworkin, el juez Hércules puede descubrir, mediante la interpretación de la práctica jurídica a la luz de la integridad, la *única respuesta correcta* para cada caso (aunque nosotros, los mortales, no siempre la conozcamos). Para MacCormick, esta pretensión es insostenible.

¿Por qué? Porque en el derecho existen *desacuerdos prácticos*, no solo desacuerdos teóricos. Un desacuerdo teórico es aquel que puede resolverse mediante más información o mejor lógica (por ejemplo, la distancia entre dos ciudades). Un desacuerdo práctico, en cambio, se da cuando dos personas asignan prioridades diferentes a valores igualmente razonables. Por ejemplo, ¿debe prevalecer la libertad de expresión sobre el derecho al honor? No hay una respuesta que derive lógicamente de principios más básicos; hay *opciones* entre valores, lo que nos lleva a las preferencias.

MacCormick reconoce que la razón práctica tiene límites. Se puede dar razones a favor de una u otra jerarquía de valores, pero esas razones no son *concluyentes*. En algún momento, la argumentación se topa con una *elección última* que ya no puede justificarse mediante la razón sola. Aquí entran en juego otras virtudes: el *buen juicio*, la *humanidad*, la *compasión*, el *sentido de la justicia*. El juez razonable no es solo un calculador racional; es también una persona con sensibilidad moral.

¿Cómo se resuelven entonces los casos difíciles, si la razón no da una única respuesta? Por la *autoridad*. Dentro del abanico de soluciones para las que existen "buenas razones", la decisión de la autoridad (el juez, el tribunal superior, el legislador) es aceptable, siempre que no sea arbitraria. Como escribe MacCormick: "Lo que la autoridad o la mayoría dice es *ipso* la respuesta correcta con la única condición de que caiga dentro del ámbito de las respuestas posibles a favor de las cuales pueden darse buenas razones independientemente de las preferencias de la autoridad" (MacCormick, 1981, p. 507).

2.3.8 Los límites del modelo de MacCormick frente a la sociedad líquida

Hasta aquí, la teoría de MacCormick se presenta como un modelo robusto, lleno de criterios operativos y de un realismo saludable sobre los límites de la razón. Pero no podemos cerrar esta sección sin señalar el desafío que la sociedad líquida y el nihilismo jurídico plantean a sus presupuestos.

a) El conflicto entre consistencia y coherencia

MacCormick presupone que la *consistencia* (no violar normas vigentes) es un límite infranqueable para el juez. Pero ¿qué ocurre cuando las normas vigentes son *injustas*? Pensemos en un juez colombiano durante la vigencia de la Constitución de 1886, antes de la reforma de 1991. ¿Podía apartarse de una norma que violaba los derechos humanos con el argumento de que era *incoherente* con los principios del Estado social de derecho? No, porque esos principios aún no estaban positivados. La teoría de MacCormick, con su respeto por la consistencia, tiene un sesgo *conservador*: el cambio jurídico solo puede venir del legislador o de la reinterpretación dentro del margen semántico de la norma, pero no de una decisión *contra legem* fundada en la justicia material.

b) La fragmentación de los principios y valores compartidos

MacCormick confía en que los principios y valores que dan coherencia al sistema son *compartidos* por la comunidad jurídica. La coherencia normativa, recuerda Atienza (2004, p. 119), "puede ser satisfecha por un derecho nazi que parta de la pureza de la raza como valor supremo". En otras palabras, la coherencia es *formal*: cualquier sistema puede ser coherente consigo mismo. Lo que MacCormick no resuelve es la cuestión de *qué principios deben considerarse materialmente justos*.

En la sociedad líquida, el problema se hace evidente. No hay un conjunto estable de principios compartidos. Los valores se fragmentan: para un sector de la sociedad, la seguridad es el valor supremo; para otro, la libertad; para otro, la igualdad. La jurisprudencia de las altas cortes colombianas, lejos de ser unívoca, es un campo de batalla entre líneas jurisprudenciales contradictorias. Cuando los propios principios se disputan, la *coherencia* pierde su fuerza como criterio de justificación. ¿Cuál de las dos líneas jurisprudenciales es más coherente? Depende de qué principio se tome como punto de partida.

c) La imposibilidad de evaluar consecuencias en sistemas complejos

Los argumentos consecuencialistas presuponen que es posible *prever* las consecuencias jurídicas de adoptar una norma universal. Pero en sistemas jurídicos complejos, con interacciones no lineales y efectos de segundo orden, esta previsión es a menudo imposible. Una decisión de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud puede tener efectos en el sistema de salud, en el presupuesto nacional, en la industria farmacéutica, en las EPS, en los pacientes, etc. ¿Quién puede calcular todas esas consecuencias? El juez, en la práctica, se queda con las consecuencias *más evidentes* o *más cercanas*, lo que introduce un sesgo cognitivo difícil de controlar.

Además, en la sociedad líquida, las consecuencias son *imprevisibles* porque el entorno social cambia demasiado rápido. Lo que hoy parece una consecuencia razonable (por ejemplo, que una sentencia sobre libertad de expresión fortalecerá el debate democrático) puede resultar falso mañana, cuando el entorno político haya cambiado. El consecuencialismo de MacCormick, si se toma en serio, exigiría al juez una información que simplemente no tiene.

d) La paradoja de la autoridad en el nihilismo jurídico

Finalmente, la solución de MacCormick para el pluralismo de valores —"lo que la autoridad decide es correcto si hay buenas razones a favor"— choca con el nihilismo jurídico. En una sociedad polarizada y llena de desconfianza hacia las instituciones, la mera *autoridad* del juez o del tribunal superior no basta para cerrar la discusión. La sentencia no es aceptada como "correcta" solo porque la dictó la Corte Suprema; se la crítica, se la desobedece, se la interpreta creativamente. El recurso a la autoridad, que MacCormick consideraba una solución de sentido común, se convierte en un problema cuando la autoridad misma está en crisis y cuando ha dado razones para que su legitimidad no sea del todo reconocida.

III. La teoría de Robert Alexy: la argumentación jurídica como caso especial del discurso práctico racional

3.1 racionalidad práctica y teoría del discurso²⁹

Robert Alexy, profesor de la Universidad de Kiel, publicó en 1978 su obra fundamental *Theorie der juristischen Argumentation*, que se convertiría, junto con la de MacCormick, en el pilar de lo que Atienza llama la "teoría estándar" de la argumentación jurídica contemporánea. A diferencia de MacCormick, que parte del análisis de decisiones judiciales para inducir una teoría de la argumentación práctica, Alexy sigue el camino inverso: *parte de una teoría general del discurso práctico racional* (fundada en la obra de Jürgen Habermas) y luego la proyecta al campo del derecho. La tesis central es esta: *el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general*, esto es, del discurso moral.

¿Qué implica esta tesis? En primer lugar, que en la argumentación jurídica se discuten *cuestiones prácticas* (qué es debido, qué es justo, qué es correcto). En segundo lugar, que en ella se erige una *pretensión de corrección* (la pretensión de que la decisión o la norma es justa o correcta, al menos en el marco del ordenamiento vigente). En tercer lugar —y de ahí que sea un *caso especial*—, todo ello se hace dentro de *condiciones de limitación*: la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática jurídica. El discurso jurídico no pretende sostener que una proposición es *sin más* racional, sino que puede fundamentarse racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente. Alexy no pretende elaborar simplemente una teoría *normativa* de la argumentación jurídica (que permita distinguir los buenos de los malos argumentos), sino una teoría que sea también *analítica* (que penetre en la estructura de los argumentos) y *descriptiva* (que incorpore elementos empíricos). Esta pretensión tripartita, como veremos, no está exenta de tensiones.

3.2 Los presupuestos filosóficos: la teoría del discurso de Habermas³⁰

Para comprender a Alexy es necesario detenerse, siquiera brevemente, en la teoría del discurso de Jürgen Habermas, de la que Alexy se inspira. Habermas parte de un concepto amplio de razón que permite sostener que las *cuestiones prácticas pueden decidirse racionalmente*. Frente al emotivismo y al relativismo, Habermas afirma que los enunciados normativos (como "debes decir la verdad") son susceptibles de corrección en un sentido análogo a como los enunciados descriptivos son susceptibles de verdad. No se trata, desde luego, de una verdad empírica o lógica, sino de una verdad procedimental: un enunciado normativo es correcto si puede ser el resultado de un procedimiento de argumentación racional. ¿En qué consiste ese procedimiento? Habermas distingue entre *acción* y *discurso*. En la acción

²⁹ Atienza, M. (1991). La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. En *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (Cap. 6, pp. 149-202). Centro de Estudios Constitucionales.

³⁰ Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3088/4.pdf>

comunicativa ordinaria, los hablantes plantean pretensiones de validez (verdad, corrección, sinceridad) que se aceptan de forma más o menos ingenua. Pero cuando esas pretensiones son problematizadas — cuando alguien dice "no estoy de acuerdo", "eso no es cierto", "esa norma no es justa"—, se produce un paso al *discurso*. El discurso es esa forma peculiar de comunicación en la que los participantes se someten "a la coacción no coactiva del mejor argumento" con la finalidad de llegar a un acuerdo sobre la validez o no validez de las pretensiones problematizadas.

La situación en la que este procedimiento se desarrolla de manera ideal es lo que Habermas llama la *situación ideal de habla*: una situación caracterizada por simetría (todos pueden participar en igualdad de condiciones), ausencia de coacción (nadie es forzado a aceptar lo que no le parece justificado), participación ilimitada (cualquier persona competente puede intervenir) y libertad de expresión (todos pueden plantear cualquier cuestión).

Alexy hace suyos estos presupuestos y los sistematiza en un código de la razón práctica: un conjunto de reglas y formas de argumento que definen las condiciones de racionalidad del discurso práctico. La pretensión no es que estas reglas describan cómo argumentan *de hecho* los seres humanos, sino que *prescriben* cómo deberían argumentar si quieren hacerlo racionalmente. Pero, al mismo tiempo, Alexy sostiene que estas reglas son *presupuestos inevitables* de cualquier comunicación lingüística seria.

3.3 Las reglas del discurso práctico general: el código de la razón práctica

Alexy organiza las reglas del discurso práctico racional en seis grupos:

a) Reglas fundamentales (1.1-1.4). Son las condiciones mínimas de cualquier comunicación que pretenda llegar a la verdad o a la corrección. Incluyen el principio de no contradicción (1.1: ningún hablante puede contradecirse), el principio de sinceridad (1.2: todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree), el principio de universalidad (1.3: quien aplica un predicado a un objeto debe estar dispuesto a aplicarlo a cualquier otro objeto igual en todos los aspectos relevantes), y el principio de uso común del lenguaje (1.4: distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados). Son, en buena medida, las condiciones de posibilidad de la comunicación.

b) Reglas de razón (2-2.3). Definen las condiciones de la situación ideal de habla. Incluyen la regla general de fundamentación (2: todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma), la regla de participación igualitaria (2.1: quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso), la regla de libertad de intervención (2.2: todos pueden problematizar cualquier aserción, introducir cualquier aserción, y expresar sus opiniones, deseos y necesidades), y la regla de no coacción (2.3: a ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos mediante coerción interna o externa al discurso).

c) Reglas sobre la carga de la argumentación (3.1-3.4). Tienen un carácter técnico y su función es facilitar la argumentación, evitando que el uso irrestricto de las reglas anteriores bloquee la discusión. Por ejemplo, quien pretende tratar a una persona de manera distinta que a otra está obligado a fundamentarlo (3.1); quien ataca una proposición que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello (3.2); quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos (3.3).

d) Formas de los argumentos (4-4.6). Alexy distingue dos formas básicas de fundamentar un enunciado normativo singular (N): por referencia a una regla (R) que lo justifica, o por referencia a las consecuencias (F) de adoptar N. A partir de ahí, desarrolla un esquema recursivo que permite justificar reglas de segundo nivel, reglas de prioridad, etc. En el fondo, no es otra cosa que la formalización del esquema de Toulmin: un argumento se fundamenta aduciendo una regla (o un principio) y una razón fáctica que activa su aplicación.

e) Reglas de fundamentación (5.1.1-5.3). Son las más específicamente morales. Incluyen tres variantes del *principio de universalidad* (inspiradas respectivamente en Hare, Habermas y Baier): la regla de intercambio de roles (quien afirma una regla debe poder aceptar sus consecuencias si él estuviera en la situación de los afectados), la regla del consenso (las consecuencias de cada regla deben poder ser aceptadas por todos), y la regla de publicidad (toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general). También incluyen reglas sobre la génesis histórico-crítica de las convicciones morales (5.2.1) y sobre su formación individual (5.2.2), así como una regla que exige respetar los límites de lo realizable (5.3).

f) Reglas de transición (6.1-6.3). Reconocen que en el discurso práctico pueden surgir problemas que obligan a recurrir a otros tipos de discurso: problemas sobre hechos (discurso teórico, 6.1), problemas lingüísticos y conceptuales (discurso de análisis del lenguaje, 6.2), o problemas concernientes a la propia discusión práctica (discurso de teoría del discurso, 6.3).

Estas reglas, como el propio Alexy reconoce, no garantizan que para cada cuestión práctica pueda alcanzarse un acuerdo. El discurso práctico general tiene como todo discurso límites: algunas reglas sólo pueden cumplirse de manera aproximada; no todos los pasos de la argumentación están determinados; todo discurso debe empezar a partir de las convicciones normativas de los participantes, que están históricamente determinadas y son variables. Además, saber lo que es correcto (*principium diudicationis*) no significa estar dispuesto a actuar en ese sentido (*principium executionis*). La moral, por sí sola, no puede cerrar estas lagunas de racionalidad. Aquí es donde entra el derecho.

3.4 La argumentación jurídica como caso especial del discurso práctico general

El derecho, según Alexy, está justificado discursivamente para llenar esas lagunas que la moral deja abiertas. Alexy distingue tres procedimientos que, escalonadamente, van estrechando el margen de lo discursivamente posible hasta llegar a una decisión vinculante.

Primer procedimiento: *la creación estatal de normas jurídicas.* Las reglas del discurso práctico establecen que ciertas normas son discursivamente imposibles (prohibidas), otras discursivamente necesarias (obligatorias), y otras muchas discursivamente posibles (admisibles, pero no obligatorias). Entre estas últimas pueden surgir incompatibilidades. El legislador (democráticamente legitimado) selecciona algunas de estas normas discursivamente posibles y las dota de vigencia y coacción. Pero ningún sistema de normas puede prever todos los casos posibles: siempre habrá vaguedad del lenguaje, imprecisión de las reglas de método, y casos imprevisibles.

Segundo procedimiento: *el discurso jurídico* (o argumentación jurídica en sentido estricto). Es un procedimiento no institucionalizado (no regulado por normas jurídicas que aseguren un resultado definitivo) en el que los juristas (dogmáticos, jueces, abogados) discuten sobre la interpretación y aplicación del derecho. El discurso jurídico se define por dos tipos de elementos: por un lado, las reglas y formas del discurso práctico general (las 22 reglas y 6 formas que acabamos de ver); por otro lado, las reglas y formas específicas del discurso jurídico, que expresan la sujeción a la ley, a los precedentes y a la dogmática.

Tercer procedimiento: el proceso judicial. Es un procedimiento *institucionalizado* (regulado por normas jurídicas) que añade al aspecto argumentativo un elemento de decisión. El proceso asegura que, una vez agotados los recursos, se llegue a un resultado definitivo y obligatorio, incluso si entre los juristas persisten discrepancias sobre cuál es la mejor solución.

La argumentación jurídica, pues, no pretende reemplazar al discurso moral, sino complementarlo allí donde la moral no puede dar una respuesta unívoca. Y lo hace bajo condiciones de limitación: el jurista no puede argumentar "como si" todo estuviera por decidirse; debe partir de las normas vigentes, los precedentes y la dogmática establecida.

3.5 Justificación interna y justificación externa: los dos niveles del razonamiento jurídico

Para dar cuenta de la estructura del razonamiento jurídico, Alexy recupera y sistematiza una distinción que ya habíamos visto en el capítulo primero: justificación interna y justificación externa.

a) Justificación interna (o de primer nivel). Se refiere a la *corrección lógica* del silogismo que lleva de las premisas a la conclusión. La regla fundamental es que la decisión jurídica debe seguirse lógicamente de al menos una norma universal junto con otras proposiciones. Para los casos complicados —en los que no cabe efectuar directamente la inferencia deductiva porque los conceptos son vagos o porque se requieren varios pasos de desarrollo. El ejemplo clásico es el silogismo que lleva de "quien comete asesinato debe ser castigado con reclusión mayor" a "X mató a Y mientras dormía, por tanto X debe ser condenado", pasando por subreglas que definen la alevosía, la indefensión, etc. La justificación interna no garantiza que las premisas sean verdaderas o correctas; solo garantiza que, *si* las premisas lo son, la conclusión se sigue con necesidad lógica.

b) Justificación externa (o de segundo nivel). Se ocupa de la justificación de las premisas utilizadas en la justificación interna. Estas premisas pueden ser de tres tipos: reglas de derecho positivo (cuya justificación consiste en mostrar su validez de acuerdo con los criterios del sistema), enunciados empíricos (que se justifican según los métodos de las ciencias empíricas, las máximas de experiencia y las reglas procesales de la carga de la prueba), y un tercer tipo de enunciados (básicamente, reformulaciones de normas, interpretaciones, principios) para cuya fundamentación hay que acudir a la argumentación jurídica propiamente dicha. ("Corel Ventura - 06.CHP - UNAM") Para la justificación externa, Alexy formula *reglas y formas específicas* agrupadas en seis categorías. Las más importantes son:

Reglas de interpretación. Alexy distingue seis grupos de argumentos interpretativos (semánticos, genéticos, teleológicos, históricos, comparativos y sistemáticos). Pero lo más relevante es que establece *reglas de prioridad* entre ellos: los argumentos semánticos (tenor literal) y genéticos (voluntad del legislador histórico) prevalecen sobre otros, a no ser que puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.

Reglas de argumentación dogmática. Alexy tiene una visión muy positiva de la dogmática jurídica, a la que atribuye funciones de estabilización, progreso, descarga y control. Las reglas que formula exigen que los enunciados dogmáticos, si son puestos en duda, deben ser fundamentados mediante argumentos prácticos de tipo general; que deben poder pasar una comprobación sistemática de coherencia; y que, si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

Reglas sobre el uso de los precedentes. Se justifican porque el campo de lo discursivamente posible no podría llenarse con decisiones cambiantes e incompatibles. La obligación de seguir el precedente no es absoluta (ello iría contra las reglas del discurso), pero quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

Formas de argumentos jurídicos especiales. Alexy incluye el argumento *en contrario*, la analogía y la reducción al absurdo, mostrando cómo cada uno puede formalizarse y cómo son, en el fondo, casos especiales del discurso práctico general (el *en contrario* es una inferencia lógica; la analogía es exigida por el principio de universalidad y la reducción al absurdo se basa en la consideración de las consecuencias).

3.6 Reglas y principios: la ponderación como método

Una de las contribuciones más influyentes de Alexy —y también de las más discutidas— es su *distinción cualitativa entre reglas y principios*. No se trata de una diferencia de grado, sino de tipo lógico o estructural.

Las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno. Si una regla es válida y aplicable, entonces es obligatorio hacer exactamente lo que ordena, ni más ni menos. La forma característica de aplicación de las reglas es la *subsunción*: el caso particular cae bajo el supuesto de hecho de la regla, y entonces se sigue la consecuencia jurídica. Si dos reglas entran en conflicto, una de ellas debe ser declarada inválida (o se debe introducir una excepción que opera como una nueva regla). Las reglas son, por así decirlo, *mandatos definitivos*.

Los principios, en cambio, son normas que ordenan que algo sea realizado *en la mayor medida posible*, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios son *mandatos de optimización*. Pueden ser cumplidos en diversos grados. La forma característica de aplicación de los principios no es la subsunción, sino la *ponderación*. Cuando dos principios entran en conflicto (por ejemplo, libertad de expresión vs. derecho al honor), no se declara inválido ninguno de los dos; ambos siguen vigentes. Lo que se determina es, en el caso concreto, cuál de ellos tiene *prioridad* bajo las circunstancias específicas. La ponderación se rige por el *principio de proporcionalidad*, que Alexy descompone en tres subprincipios: *idoneidad* (la medida que afecta a un principio debe ser adecuada para proteger el principio contrario), *necesidad* (no debe existir una medida alternativa que afecte menos al primer principio y proteja igualmente al segundo), y *proporcionalidad en sentido estricto* (la afectación a un principio no debe ser desproporcionada en relación con la importancia de la satisfacción del otro).

Este último subprincipio se expresa en la famosa *ley de ponderación*: "*Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro*" (Alexy, 2007).

Dicho de otra forma: si la intervención en un principio es grave, la razón que la justifica debe ser de un peso proporcionalmente mayor. Alexy ha intentado incluso dotar a esta ley de una *fórmula matemática* (triádica: leve, medio, grave), aunque él mismo reconoce que la ponderación no es un cálculo exacto, sino un *razonamiento valorativo* que debe ser explicitado y controlado. Ahora bien, Alexy no cae en el decisionismo. Para que la ponderación no sea arbitraria, exige que se cumplan tres condiciones: (i) que se establezcan *condiciones de prioridad* que hagan que la resolución de un caso tenga valor para casos futuros (principio de universalidad); (ii) que se respete el principio de proporcionalidad en sus tres subprincipios; y (iii) que existan *prioridades prima facie* (por ejemplo, la vida humana prevalece sobre la propiedad), de modo que quien pretenda apartarse de ellas asume la carga de la argumentación.

3.7 La pretensión de corrección y la tesis de la única respuesta correcta (como idea regulativa)

Alexy sostiene que tanto las normas y decisiones jurídicas individuales como el sistema jurídico en su conjunto plantean una *pretensión de corrección*. Un juez que dictara una sentencia diciendo "condeno al señor N a diez años de prisión, lo cual es una interpretación equivocada del derecho vigente" incurriría en una *contradicción performativa*: el acto de dictar sentencia implica la pretensión de que la decisión es correcta, mientras que el contenido de la sentencia niega esa corrección. Esta pretensión de corrección es lo que conecta conceptualmente el derecho con la moral (no en el sentido de que todo derecho sea justo, sino en el sentido de que el derecho *pretende* ser justo). Ahora bien, ¿existe para cada caso jurídico una *única respuesta correcta*? Alexy se separa aquí de Dworkin. No, no existe en el sentido de que pueda ser demostrada o conocida con certeza. Pero *actuamos como si existiera*: los participantes en un discurso jurídico deben elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta, no porque lo sea en realidad, sino porque vale la pena procurar encontrarla en cada caso. La única respuesta correcta opera como una *idea regulativa* en el sentido kantiano: un horizonte que orienta la búsqueda, aunque nunca lo alcancemos plenamente.

El discurso jurídico, como el discurso práctico general, delimita tres campos: lo *discursivamente necesario* (lo que todo participante racional debe aceptar), lo *discursivamente imposible* (lo que ningún participante racional puede aceptar), y lo *discursivamente posible* (lo que puede ser aceptado por algunos participantes racionales y rechazado por otros). Frente a un mismo caso, varios juristas pueden llegar a

soluciones incompatibles pero *igualmente fundamentadas* dentro de los límites de lo discursivamente posible. Aquí la argumentación jurídica alcanza su límite, y solo la *decisión* (del juez, del tribunal superior) puede cerrar la cuestión. Pero esa decisión no es arbitraria: debe estar dentro del abanico de lo discursivamente posible, y quien la dicta debe haber cumplido, en la medida de lo posible, con las reglas del discurso.

3.8 Los límites del modelo de Alexy frente a la sociedad líquida

a) La pretensión de corrección en un país con desconfianza institucional

La pretensión de corrección que Alexy considera constitutiva del discurso jurídico presupone que los participantes creen en la posibilidad de distinguir argumentos correctos de incorrectos, y que respetan la autoridad que declara lo correcto. En una sociedad donde las altas cortes son percibidas como politizadas, donde la corrupción judicial es un escándalo recurrente, donde los ciudadanos desconfían de que "la ley sea igual para todos", la pretensión de corrección se convierte en una cobertura retórica, en una especie de armadura sin caballero, para decisiones tomadas por otros criterios. El juez puede *decir* que su sentencia es correcta, pero si nadie le cree, la pretensión pierde su fuerza performativa.

b) La ponderación como ritual

La ponderación alexyana ha sido masivamente recepcionada en la jurisprudencia colombiana, especialmente por la Corte Constitucional. Pero esa recepción ha sido, en no pocas ocasiones, formal. Se invoca el principio de proporcionalidad, se enumeran sus subprincipios (idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto), se declara que la medida es desproporcionada o proporcionada, y... ya está. No hay una explicitación genuina del grado de afectación de los principios. No hay un sopeso visible. La ley de ponderación se convierte en una fórmula mágica que legitima cualquier decisión sin necesidad de mostrar el razonamiento valorativo que la sustenta. Además la fórmula parece evitar los problemas estructurales del caso colombiano, por lo que, termina funcionando como un mecanismo intrínseco sin capacidad de transformación extra jurídica.

Como advierte Guibourg (2019, p. 28), "en la práctica, la ponderación no es otra cosa que la decisión consciente que el intérprete adopta sobre bases parcialmente inconscientes". En la sociedad líquida, este problema se agrava porque no hay un sistema de valores compartido que permita calificar un grado de afectación como "leve", "medio" o "grave". Lo que para un juez es una afectación leve (por ejemplo, restringir la libertad de expresión para proteger el honor), para otro es una afectación grave. La ponderación, lejos de ser un método de control de la racionalidad, se convierte en un escenario de proyección de preferencias subjetivas disfrazadas de técnica jurídica.

d) La dogmática jurídica como instancia de conservadurismo

Alexy atribuye a la dogmática jurídica funciones de estabilización, progreso, descarga y control. Pero en la sociedad líquida, la dogmática puede convertirse en un obstáculo para el cambio en lugar de un vehículo para el progreso. La dogmática tiende a consolidar las interpretaciones existentes, a reproducir las jerarquías de valores dominantes, a excluir las voces disidentes bajo el argumento de que "no son consistentes con el sistema". El requisito de usar argumentos dogmáticos siempre que sea posible, puede operar como un mandato de conservadurismo: si la dogmática dice X, el juez debe usar X, y solo puede apartarse con una argumentación adicional. Pero cuando la dogmática misma es parte del problema (por ejemplo, cuando la dogmática civilista tradicional excluye las perspectivas de género o los derechos de las comunidades indígenas), la regla se convierte en una norma de inercia que frena la transformación.

e) El pluralismo de valores y la imposibilidad del consenso

Alexy reconoce que pueden existir diferencias antropológicas entre los participantes que impidan el consenso incluso en una situación ideal de habla. Pero su teoría sigue presuponiendo que, mediante la argumentación, los participantes pueden interpretar sus intereses y modificar sus convicciones hasta alcanzar un equilibrio racional. En la sociedad líquida, este presupuesto es problemático porque los conflictos son estructurales, no solo son epistémicos. No se trata de que las partes no entiendan sus intereses o no tengan información; se trata de que los intereses son objetivamente contradictorios. La reforma agraria que beneficia a los campesinos perjudica a los terratenientes; la regulación ambiental que protege el ecosistema perjudica a la industria extractiva. En estos casos, el consenso es imposible no por falta de racionalidad, sino porque cualquier solución que favorezca a un grupo perjudicará necesariamente al otro. La argumentación no puede resolver estos conflictos; solo puede mostrar las razones de una solución sobre otra. Pero la decisión final, como el propio Alexy reconoce, es una decisión autoritativa.

f) La paradoja de la única respuesta correcta como idea regulativa en el nihilismo jurídico

La tesis de que la única respuesta correcta opera como una idea regulativa —un horizonte que orienta la búsqueda aunque nunca lo alcancemos— presupone que los participantes creen que vale la pena buscarla. Pero en el nihilismo jurídico, esa creencia se erosiona. Si los juristas ya no creen que exista una respuesta correcta, o si creen que cualquier respuesta puede justificarse retóricamente, entonces la idea regulativa pierde su fuerza. ¿Para qué esforzarse en buscar la mejor respuesta si al final el tribunal superior puede cambiarla arbitrariamente? ¿Para qué construir argumentos sólidos si el juez decide por su intuición y luego los justifica con cualquier fórmula? La fatiga argumentativa no es solo cansancio; es el síntoma de un horizonte borrado.

3.10 Conclusión parcial:

Estas críticas no invalidan la teoría de Alexy; la sitúan en su lugar. Sigue siendo, si duda, la teoría más completa de la argumentación jurídica disponible. Sus reglas, su distinción entre justificación interna y externa, su teoría de los principios y la ponderación, son herramientas de uso cotidiano para cualquier jurista que quiera argumentar con rigor. Pero esas herramientas deben usarse con conciencia de sus límites, en la sociedad líquida. El juez no debe fingir que la ponderación es un cálculo exacto cuando es una valoración; debe explicitar los criterios valorativos que usa, para que puedan ser criticados. El litigante no debe confiar en que la "pretensión de corrección" será reconocida por el juez; debe construir esa corrección mostrando, paso a paso, por qué su argumento resiste la crítica. El estudiante no debe creer que aplicando las reglas de Alexy encontrará automáticamente la respuesta correcta; debe saber que en muchos casos solo encontrará lo discursivamente posible, y que la decisión final implica una responsabilidad que ninguna regla puede reemplazar.

En el caso colombiano, la teoría de Alexy es especialmente útil para diagnosticar los déficits de racionalidad de la argumentación jurídica: la falta de justificación interna (sentencias que saltan de los hechos a la conclusión sin mostrar el silogismo), la falta de justificación externa (ponderaciones sin explicitar el grado de afectación, interpretaciones sin cánones hermenéuticos), la ignorancia de los precedentes, la dogmática acrítica. Pero la solución no es simplemente "aplicar mejor Alexy". Es, más bien, usarlo disruptivamente: hacer explícitos los saltos lógicos que la sentencia preferiría ocultar, mostrar que la ponderación invocada no es más que un ropaje técnico para una decisión política, revelar que la "pretensión de corrección" es una cobertura para la razón instrumental. Ese es el desafío que Alexy nos lega, y que debemos asumir desde la dimensión productiva de la crisis que hemos tratado de reconstruir y mostrar a lo largo de este ensayo.

IV. Crisis de la razón práctica en el contexto colombiano: nihilismo, fatiga y sociedad líquida

4.1 La textura abierta del derecho y la legitimidad de la discrepancia

Herbert Hart introdujo la noción de textura abierta para explicar que, si bien hay casos claros, existe una zona de penumbra donde las palabras de la ley no determinan por sí solas la solución. Como señala Moreno Cruz (2012, p. 180), la gran aportación de la teoría de la argumentación contemporánea no es el simple reconocimiento de estos casos difíciles, sino “la legitimidad de las discrepancias en la solución por el reconocimiento explícito de la diferencia”. Argumentamos, precisamente, porque las disposiciones normativas tienen textura abierta y porque buscamos resolver nuestras diferencias de forma legítima, rechazando el autoritarismo y abriendo espacios para la diferencia y la disidencia.

4.2 El nihilismo jurídico y la fatiga argumentativa

El proceso de vaciamiento de la racionalidad práctica ha conducido, en Colombia, a un nihilismo jurídico que se manifiesta de múltiples formas. La más evidente es la sensación, tanto en operadores como en ciudadanos, de que cualquier decisión puede ser justificada y, por tanto, ninguna está verdaderamente justificada. Esta banalización de la argumentación corre pareja a una creciente *fatiga argumentativa*, entendida como el agotamiento emocional y cognitivo de jueces y abogados en sistemas judiciales sobrecargados. Frente a miles de casos, el operador abandona la aspiración de construir un argumento nuevo, sólido y disruptivo, refugiándose en plantillas predefinidas y en la reproducción mecánica de precedentes. El resultado es un discurso jurídico sofisticado en apariencia, pero profundamente conservador y fatigado en su núcleo, incapaz de responder a la teoría del derecho viviente.

4.3 La sociedad líquida y la imposibilidad del diálogo racional

La metáfora de la “modernidad líquida” de Zygmunt Bauman describe con precisión el caso en el que esta crisis se desarrolla. Vivimos en una época en la que las estructuras sociales, los valores y los referentes son frágiles e inciertos, y cambian antes de que puedan consolidarse. Esta liquidez ha erosionado los supuestos mínimos del diálogo racional que las teorías de la argumentación presuponían: la unidad del auditorio, la estabilidad de las premisas y la posibilidad de un consenso. En el caso colombiano, esta liquidez se agrava por una profunda desconfianza ciudadana hacia el discurso jurídico, alimentada por la corrupción, la politización de la justicia y una cultura de la inmediatez que exige respuestas sin tiempo para la deliberación (rapidez que no implica descongestión de la justicia por ejemplo). La argumentación, en este entorno, no puede operar como un diálogo entre iguales en busca de la mejor respuesta, sino como un choque de monólogos en un auditorio roto.

Bauman no se limita a describir la fragilidad de las instituciones; va al fondo antropológico. La sociedad líquida, nos dice, es aquella en la que “los líquidos no conservan fácilmente su forma” y “no se fijan al espacio ni se atan al tiempo” (2003, p. 8). Este rasgo, llevado a las teorías de la argumentación implica pensar que las *premisas compartidas* –los valores, las jerarquías, incluso los hechos socialmente aceptados– se disuelven antes de que podamos usarlas como punto de partida de un diálogo. Perelman suponía que todo argumento se dirige a un auditorio que ya acepta ciertos acuerdos previos; Bauman nos recuerda que esos acuerdos han pasado a ser *tan líquidos como el resto de las referencias*: “la amplia variedad de conductas manifestadas por los sólidos es resultado directo del tipo de enlace que reúne los átomos” (Bauman, 2003, p. 8). En el ámbito jurídico, eso significa que los ‘enlaces’ entre principios, reglas y valores se rompen con una facilidad inaudita, y cada operador jurídico termina construyendo su propio sistema de pesos y medidas, sin un horizonte común de racionalidad.

La liquidez también alcanza a los *vínculos humanos* que hacen posible el diálogo. Bauman es tajante: “darles forma es más fácil que mantenerlas en forma. [...] mantener la forma de los fluidos requiere muchísima atención, vigilancia constante y un esfuerzo perpetuo” (2003, p. 13). Aplicado a la argumentación jurídica, esto significa que las comunidades interpretativas (tribunales, academias, foros de discusión) se desintegran si no se les invierte una energía desproporcionada; y esa energía es justamente

la que falta en un entorno de sobrecarga laboral, plazos perentorios y fatiga argumentativa como síntoma del cansancio en el pensar.

Por último, las teorías de la argumentación, desde Perelman hasta Alexy, comparten un presupuesto que Bauman somete a una crítica indirecta en su obra: la *posibilidad de un diálogo racional basado en reglas estables y un auditorio mínimamente unificado*. En la modernidad líquida, este presupuesto se ha volatilizado. Bauman explica que “el poder de licuefacción se ha desplazado del ‘sistema’ a la ‘sociedad’, de la ‘política’ a las ‘políticas de vida’ [...] o ha descendido del ‘macro nivel’ al ‘micro nivel’ de la cohabitación social” (2003, p. 13). El derecho, como instancia crucial de lo social, no queda inmune a este cambio, esto se evidencia – si Bauman tiene razón - en que *ya no hay instancias supraindividuales que garanticen las condiciones del debate*: la jurisprudencia de las altas cortes se contradice, la doctrina se fragmenta en escuelas incomunicadas, y los abogados litigan más para ‘ganar’ que para ‘expandir los beneficios sociales del derecho’.

Sin embargo, reconocer la liquidez no equivale a rendirse ante ella. Como el propio Bauman sugiere, la vida líquida no debe implicar per se un cataclismo, sino un desafío a la creatividad humana. Si los sólidos se derriten, la tarea no es llorar las viejas formas, sino aprender a nadar. En el terreno de la argumentación jurídica, esto implica aceptar que los auditorios son fragmentarios y movedizos, que las premisas compartidas son temporales y que el consenso racional es siempre parcial y revisable. Pero precisamente por eso, el acto argumentativo adquiere una *potencia disruptiva*: ya no se trata de convencer a un hipotético “auditorio universal” (Perelman) ni de alcanzar la “única respuesta correcta” (Dworkin), sino de *construir puentes provisionales pero sólidos entre mundos de significado diferentes*.

Por ejemplo, un juez que en una sentencia sobre desplazamiento forzado no solo aplica el test de proporcionalidad, sino que narra el caso desde la experiencia de las víctimas y muestra cómo la dogmática tradicional ha excluido sus voces, está haciendo algo disruptivo. No porque haya encontrado una verdad eterna, sino porque ha usado las grietas de la liquidez para abrir una posibilidad de justicia que antes no existía. En este sentido, los modelos de argumentación (Toulmin, Perelman, Alexy) no caducan; se *actualizan* cuando los operadores jurídicos los emplean no como recetarios, sino como *catalizadores de la imaginación práctica*. La sociedad líquida no impide la argumentación disruptiva: la exige.

V. ¿ es posible rehabilitar la razón?

Para el investigador que construye una tesis: Formule un problema claro y una hipótesis que estructure su respuesta siguiendo, por ejemplo, el esquema de Toulmin. Identifique a qué auditorio se dirige y qué acuerdos previos moviliza. Anticipe las condiciones de refutación. No asuma que la teoría proporciona verdades absolutas, pero tampoco renuncie a la pretensión de corrección. Recuerde que, como señalan Gómez Isaza et al. (2020), la investigación jurídica colombiana debe superar el "síndrome de la autoridad como verdad" para proponer lecturas novedosas y disruptivas.

Para el juez que decide un caso difícil: Aplique el esquema de MacCormick. Identifique si el problema es de interpretación, relevancia, prueba o calificación. Asegúrese de que su decisión descansa en una premisa universal, sea consistente con el ordenamiento y coherente con los principios que lo justifican. Evalúe las consecuencias jurídicas de la norma que su decisión crea. Al ponderar, explicita genuinamente la ley de la ponderación de Alexy, mostrando, no solo declarando, por qué el grado de satisfacción de un principio justifica la intervención en el otro. Reconozca que su decisión puede no ser la única correcta, pero esfuércese por hacerla la más justificada dentro de los límites de la racionalidad práctica.

Una última orientación, que recorre transversalmente todas las anteriores: no atribuya a la argumentación virtudes trascendentes que no posee. Como propone Guibourg (2019, p. 29), la argumentación no es un método para alcanzar verdades morales incuestionables, sino “la única herramienta de la que disponemos para hacer nuestro trabajo jurídico”. Su función debe ser más modesta y a la vez más honesta: servir de vehículo para el debate entre opiniones divergentes, hacer explícitas las premisas implícitas, someter a

crítica los “colchones mentales” de cada cual y, cuando el diálogo racional no baste para alcanzar un consenso, permitir que la decisión se tome por medios institucionales (la votación en tribunales colegiados, la jerarquía de precedentes, la deliberación pública). Rehabilitar la razón práctica no significa ignorar sus límites, sino usarla con plena conciencia de que nunca estaremos completamente seguros de haber acertado, y que esa incertidumbre es el precio de la libertad y la responsabilidad, sumado a lo anterior, siempre que pueda y la *phronesis* lo aconseje, no tenga miedo, al pensar, dentro de la caja y por fuera de ello, el derecho requiere disrupción, si deseamos que sea reconocido socialmente no solo como un instrumento de conservación sino de transformación.

Para el abogado litigante que persuade: Identifique la estructura argumentativa de la contraparte con las herramientas de Toulmin. Adapte su estrategia al auditorio (el juez) considerando los valores y jerarquías que comparte. Utilice conscientemente las técnicas de asociación y disociación de Perelman. No se limite a citar precedentes, sino que reconstruya su *ratio decidendi* para mostrar por qué son aplicables o no al caso concreto, como corresponde a un verdadero análisis jurisprudencial (Duarte-Molina, 2024). Ante la textura abierta de la norma, fundamente sus pretensiones en principios, pero hágalo con honestidad intelectual, sin instrumentalizarlos.

Para un uso disruptivo de los modelos en tiempos de nihilismo activo: Las orientaciones anteriores serían insuficientes si no añadiéramos una última, que las atraviesa a todas: *usar los modelos de argumentación no como escudos, sino como lanzas*. La fatiga argumentativa nace de la repetición; la disrupción, de la variación consciente. Un operador jurídico disruptivo no abandona el esquema de Toulmin, pero lo usa para *hacer explícitas las garantías ocultas* que sostienen un precedente injusto, y así mostrar su fragilidad. No descarta la ponderación alexyana, pero la emplea para *revelar conflictos de principios que la jurisprudencia dominante ha naturalizado* (por ejemplo, ponderar la propiedad privada frente a la función social de la tierra no como una fórmula, sino como una invitación a repensar la jerarquía de valores a la luz de la realidad campesina). No ignora la nueva retórica de Perelman, pero la orienta a *construir auditorios alternativos*: no solo el juez del caso, sino la opinión pública, los movimientos sociales, las generaciones futuras.

Esto es posible porque la argumentación jurídica, a diferencia de la lógica formal, no es un algoritmo. Como recuerda Frey (2009, p. 733) al glosar a Nietzsche, el nihilismo activo no es un fin sino un comienzo: “Una filosofía experimental de tal naturaleza... toma en cuenta en su intento inclusive las posibilidades del nihilismo fundamental; sin que esto signifique... que se quede atada a una voluntad del no. Más bien a través de ésta busca llegar a lo contrario – a una afirmación dionisiaca del mundo”.

Trasladado al derecho: la aceptación de que no hay fundamentos últimos (nihilismo) no debe llevar a la parálisis ni al cinismo, sino a una *afirmación más intensa de la responsabilidad argumentativa*. Cada decisión, cada tesis, cada alegato es una apuesta. Y en esa apuesta, los modelos teóricos son aliados, no amos. El derecho disruptivo es aquel que, en lugar de ocultar la incertidumbre bajo fórmulas, la asume y la convierte en fuente de creación. No es un derecho sin reglas, sino un derecho que sabe que las reglas son interpretables, y que esa interpretabilidad es una oportunidad para la justicia, no una patente de corso para el arbitrariedad o al reproducción de lo que otros han dicho. Es decir, pienso en este lugar de la discusión, en la consigna que Marx le dirigió a la filosofía, y que parafraseo, pero aplicada al derecho, “nos hemos dedicado a interpretar – argumentar el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo”.

Finalmente, esta actitud disruptiva tiene un nombre en la tradición filosófica: *phronesis* rehabilitada. No la prudencia conservadora que evita riesgos, sino la prudencia audaz que, conociendo los límites de la razón, se atreve a actuar justamente en la zona de penumbra. Los estudiantes, jueces y abogados que lean este artículo están invitados no a aplicar recetas, sino a inventar cada día su propia manera de argumentar con las herramientas que tienen, sabiendo que nunca estarán del todo seguros, pero que esa inseguridad es el precio de una libertad que se ejerce al pensar y por la que vale la pena pagar.

A modo de desenlace...

La argumentación jurídica, esa herramienta que prometía contener la arbitrariedad y guiar la razón práctica, se encuentra hoy en una encrucijada. Los sólidos modelos de Perelman, Toulmin, MacCormick y Alexy conservan intacto su valor analítico, pero sus presupuestos —un auditorio unificado, condiciones dialógicas simétricas, la posibilidad de un consenso racional— se han licuado en la modernidad tardía. En el caso colombiano, este desfase se manifiesta en lo que hemos llamado disruptivamente un nihilismo jurídico, una fatiga argumentativa y una degradación instrumental de las herramientas de las que dispone el jurista.

La crisis de la argumentación no es, por tanto, una crisis sólo técnica o procedimental, sino existencial. Es la crisis de una razón que ha renunciado a preguntarse por la justicia del caso singular para preguntarse, únicamente, cómo blindar una decisión frente a instancias superiores o frente a la opinión pública. Frente a este diagnóstico, la salida no puede ser el abandono de la razón, sino su rehabilitación. Una razón práctica situada en la realidad histórica del país y por tanto disruptiva, que sea consciente de sus límites pero que no renuncie a la ineludible responsabilidad de buscar, en cada argumento, un atisbo de justicia. Como concluye Sahui Maldonado (2014) en su defensa de un positivismo metodológico realista: “El derecho descarga de nuestros hombros la difícil tarea de evaluar el trato con los demás en sociedades plurales y complejas con criterios morales”. Pero esa descarga no nos exime de la tarea más humana y más urgente: pensar, pensar no sólo dentro de la caja sino fuera de ella.

Esa tarea de pensar no puede cumplirse, sin embargo, si se continúa operando bajo el imperio silencioso de la razón instrumental. La lección que extraemos de Horkheimer es que la eficacia —el cálculo de medios para fines dados, la reproducción técnica de precedentes, la búsqueda de la decisión menos riesgosa— no es sino la forma vacía de una razón que ha renunciado a interrogarse por sus propios fines. La rehabilitación de la razón práctica en el derecho colombiano exige, por ello, algo más que una aplicación más cuidadosa de los modelos de Alexy o Perelman: exige *una autocrítica de la razón jurídica* que, sin ignorar su inevitable dimensión instrumental, la trascienda hacia una pregunta siempre abierta por la justicia y los fines transformadores del derecho. Como escribe Horkheimer, «la tarea de la filosofía no consiste en tomar partido burdamente a favor de uno de los conceptos y en contra del otro, sino en fomentar una crítica recíproca» (Horkheimer, 1973, p. 205). Esa crítica recíproca —que la razón objetiva interroge a la eficacia, y que la razón instrumental recuerde sus límites— es el único camino para que la argumentación jurídica deje de ser una técnica de blindaje de decisiones y se convierta, otra vez, en una práctica de justificación responsable y creíble para quienes hoy no creen en el derecho.

En este empeño, la argumentación jurídica no es un lujo académico ni un requisito procesal. Es el *antídoto contra el nihilismo pasivo* que convierte el derecho en un mecanismo ciego de reproducción. Frente a la fatiga, la disrupción; frente al vacío, la creación responsable. Como Nietzsche enseñó a través de la figura del *amor fati*, no se trata de resignarse a lo que hay, sino de afirmarlo hasta el punto de querer que todo vuelva a ocurrir exactamente igual —con toda su injusticia y su dolor— para tener la oportunidad de transformarlo desde dentro. El derecho colombiano, con todas sus fracturas y su desconfianza, sigue siendo un campo de batalla donde cada argumento puede inclinar la balanza. Que quienes tomen la palabra no lo hagan con la soberbia de quien cree poseer la verdad, pero tampoco con la cobardía de quien se refugia en lo que existe. Que argumenten como si su argumento fuera a ser el último, y como si, en ese gesto, se jugara la posibilidad de un mundo más justo. Esa es la rehabilitación de la razón práctica: no un estado, sino una lucha cotidiana.

Bibliografía:

1. Aristóteles. (s. f.). *Ética a Nicómaco*.
2. Atienza, M. (1991). *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales.
3. Bauman, Z. (2003). *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica.
4. Campbell, T. D. (1996). *The legal theory of ethical positivism*. Dartmouth.
5. Carrillo De La Rosa, Y. (2017). *Reordenando las teorías jurídicas*. Universidad Libre.
6. Castellano, D. (2018). *Nihilismo jurídico*. Marcial Pons.
7. Coleman, J. L. (1992). *Risks and wrongs*. Cambridge University Press.
8. Duarte-Molina, T. M. (2024). Estudio analógico de la jurisprudencia como herramienta para la investigación jurídica. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 11(1), 49-62.
9. Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (2. ed.).
10. Frey, H. (2009). ¿Qué Dios ha muerto? Nietzsche, el nihilista antinihilista. *Signos Filosóficos*, 11(22), 715-736.
11. Fuller, L. L. (1964). *The morality of law*. Yale University Press.
12. Gómez Isaza, M. C., Pabón Mantilla, A. P., & Estupiñán Achury, L. (2020). Los síndromes y retos que debe superar la investigación en derecho en la cultura jurídica colombiana. *Revista Republicana*, 28, 39-58.
13. Guibourg, R. A. (2019). Función y límites de la argumentación jurídica. *Revista de Derecho UCUDAL*, 19, 17-30.
14. Hart, H. L. A. (2004). *El concepto de derecho*.
15. Hervada, J. (2014). *Introducción crítica al derecho natural* (2. ed.). Temis.
16. Horkheimer, M. (1973). *Crítica de la razón instrumental*. Sur.
17. Kant, I. (2019). *Crítica de la razón práctica* (R. R. Aramayo, Trad.).
18. McCormick, N. (1978). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford University Press.
19. Moreno Cruz, R. (2012). Argumentación jurídica, por qué y para qué. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.
20. Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1989). *Tratado de la argumentación: La nueva retórica* (J. Sevilla Muñoz, Trad.). Gredos.
21. Pinto Fontanillo, J. A. (s. f.). *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy* [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid].
22. Raz, J. (1979). *The authority of law: Essays on law and morality*. Oxford University Press.
23. Sahu Maldonado, A. (2014). Positivism and argumentative conception of law: On the possibility of its reconciliation. *Ratio Juris*, 9(18), 99-127.
24. Stone Sweet, A., & Mathews, J. (2013). *Proporcionalidad y constitucionalismo: Un enfoque comparativo global*. Universidad Externado de Colombia.
25. Toulmin, S. E. (2007). *Los usos de la argumentación* (M. Morrés V. Pineda, Trad.). Península.
26. Torregrosa Jiménez, N., Torregrosa Jiménez, R., & Dworaczek Conde, H. O. (2025). Tendencias contemporáneas de la investigación jurídica en Colombia: transformaciones temáticas, geopolíticas y normativas. *Revista Republicana*, 39, 201-218.
27. Waluchow, W. J. (1994). *Inclusive legal positivism*. Oxford University Press.