



# EL USO DE LA PALABRA DERECHO: UN ATAQUE A LA PRÁCTICA DEL SILOGISMO JUDICIAL

CARLOS ALBERTO AGUDELO\*

UNIVERSIDAD DE CALDAS

Recibido el 9 de mayo y aprobado el 23 de junio de 2008

## RESUMEN

Intentaremos en este texto explicar a qué nos referimos cuando utilizamos las palabras derecho o norma. Diremos que el derecho no es un hecho empírico y que las normas no son proposiciones que hablan del mundo, lo que constituye una de las razones que hacen difícil definir el concepto de derecho. Este problema permite acercarnos a algunas teorías que tratan de resolver este debate y muestran que en la práctica judicial el fundamento teórico de las decisiones judiciales es la tesis formalista del derecho, originando una respuesta poco razonable de lo que es el derecho, a través del silogismo judicial.

## PALABRAS CLAVE

Derecho, hecho, proposición, norma, silogismo judicial.

---

\* Licenciado en Filosofía y Letras. Abogado. Magister en Filosofía con énfasis en filosofía del lenguaje y teoría de la argumentación de la Universidad de Caldas. Director del Departamento de Jurídicas. Profesor de Introducción al derecho y Director del grupo de investigación en teoría jurídica de la Universidad de Caldas. Este trabajo es el producto de un proyecto de investigación sobre la discrecionalidad motivada de los jueces que vengo desarrollando en la Universidad de Caldas desde hace varios años. Advertencia: la primera parte tiene que ver con la discusión sobre lo que es el derecho a partir de lo que significa el mundo de los hechos, es una exposición escrita en un lenguaje asequible a quienes se inician en los temas sobre filosofía del lenguaje. Reconozco que para un experto en el tema habría que hacer otro tipo de matizaciones; sin embargo, mi interés es hacer inteligible a los académicos del derecho la distinción entre lo que es un hecho y lo que es una norma, de manera general, para abordar los debates acerca de lo que se entiende por derecho, tratando de no ir en contra, en esencia, de los argumentos más importantes que presenta la filosofía del lenguaje en ataque a la metafísica.

## THE USE OF THE WORD “LAW”: AN ATTACK TO THE PRACTICE OF THE JUDICIAL SYLLOGISM

### ABSTRACT

This article will try to explain what is meant when using the words “law” or “norm”. It will be said that the law is not an empirical fact, and that norms are not propositions that refer to the world; this being one of the reasons why defining the concept of law is difficult. This issue leads to studying some theories that have the intention of solving this disagreement, and show that within the legal practice the theoretical base of legal decisions is the formalist theory of law, which originates a unreasonable answer concerning the definition of law, by means of the judicial syllogism.

### KEY WORDS

Law, fact, proposition, norm, judicial syllogism.

## DIFICULTADES SOBRE LO QUE ES UNA DEFINICIÓN

El derecho no es un hecho empírico y las normas jurídicas o leyes no son proposiciones que hablan del mundo. Entonces, ¿qué son? El mundo es la totalidad de los hechos (WITTGENSTEIN, 2005: 49), las cosas que observamos a través de los sentidos hacen parte de este mundo; por ejemplo, las montañas, los ríos, el bosque, etc, hacen parte del mundo empírico. Ahora bien, este mundo en sí mismo no nos dice nada acerca de lo que significa, sólo el lenguaje que habla de este mundo nos puede decir algo de su significado. Al ver la montaña, ella misma no se representa y se nos presenta como una persona a la cual acabamos de conocer, es decir, la montaña como hecho no posee un lenguaje, el lenguaje lo colocamos nosotros para poder representarnos la montaña ante nosotros y ante los demás.

Este lenguaje que representa el mundo de los hechos está escrito en lenguaje proposicional, y una proposición es aquella que habla del mundo, nos puede describir cómo es el mundo, por ejemplo, “*la montaña es de tres metros de altura*”, “*el árbol es de color verde*”. No comprendemos el mundo en sí mismo, solo las proposiciones que hablan de ese mundo son las que comprendemos, porque estas pueden evaluarse en tablas de valores de verdad, el mundo no. Uno no puede sostener que un hecho es verdadero o falso, las afirmaciones o negaciones del mundo a través de las proposiciones son las que pueden ser verdaderas o falsas; para poder saber si una proposición es verdadera o no, solo hay que tener en cuenta

el referente en el mundo. El referente, por ejemplo, de montaña, es la cosa que llamamos montaña; la cosa que llamamos árbol es el referente para la proposición “*el árbol es verde*”, así que estos hechos brutos, en términos de Searle (1997: 21), no son ni verdaderos ni falsos, sólo las proposiciones que hablan del mundo son verdaderas o falsas si corresponden con ese mundo. Por ejemplo, la proposición “*la montaña tiene veinte metros de altura*” es verdadera si y solo si, en el mundo de los hechos, la montaña tiene veinte metros de altura, pero es falsa si al contrastarla con el mundo de los hechos, en el mundo real, solo tiene tres metros de altura. La proposición que señala que “*el árbol es verde*” sería falsa si en el mundo de los hechos vemos que el árbol es de color amarillo; si el mundo de los hechos corresponde al mundo de las proposiciones, las proposiciones serán verdaderas, pero si no corresponden, serán falsas.

Así que el lenguaje que utilizamos a diario si se refiere al mundo de los hechos debe estar escrito en lenguaje proposicional, si queremos tener un lenguaje claro, coherente y bien justificado de este mundo de los hechos; si no se realiza de esta manera, todo será un amasijo de ideas incoherentes, abstractas, sin sentido y, por qué no decir, estaremos en el plano del lenguaje metafísico, que debemos desterrar, en la medida de lo posible, de nuestro lenguaje común u ordinario, en palabras del segundo Wittgenstein, es decir, el de las *Investigaciones filosóficas*. Este es un modo de describir el mundo de los hechos, tal vez, el mejor. Este mundo que acabo de describir es un mundo donde el hombre no ha intervenido para crearlo, la montaña no es creación de los seres humanos; los ríos, el bosque, etc. son un mundo que, si se quiere, ya estaba antes de la creación del hombre. Las proposiciones que hablan del mundo son las únicas que ha creado el hombre a partir del lenguaje.

En el mundo de los hechos también existen hechos que son creados por la voluntad del hombre y que son descritos por el lenguaje proposicional que acabo de exponer, verbigracia, un edificio, un carro, unos zapatos, etc. hacen parte de este mundo y también están definidos con el lenguaje de las proposiciones. La afirmación “*el edificio es de cuatro pisos*” es falsa si en el mundo de los hechos la cosa que llamamos edificio es de tres pisos o de dos, porque no corresponde con el mundo de los hechos.

Estos dos hechos, donde está o no la voluntad del hombre, pueden reducirse a un solo mundo, pero por cuestiones metodológicas los presento de este modo, y por el camino que quiero señalar en seguida. Insisto, el mundo de los hechos para representarlo como conocimiento ante nuestros propios ojos y ante los demás, hay que manifestarlo preferiblemente en el lenguaje de las proposiciones. Uno no puede pensar que la montaña está triste porque es muy alta; tampoco puede pensar que el árbol es moralmente correcto o que tiene las hojas color azul solo porque yo lo quiera pensar así. Sin embargo, este lenguaje está dado por una convención, un acuerdo de los hombres para poder explicar dicho mundo, y por necesidades

físicas, sociales y demás, pero es un lenguaje que, se intenta, encaja dentro de la realidad como lo planteaba el primer Wittgenstein, quien señalaba que el lenguaje es una foto de la realidad, una figura del pensamiento lógico que debe señalar lo que realmente es el mundo de los hechos (WITTGENSTEIN, 2005: 56). Así que no tenemos ningún problema con la explicación del mundo desde este punto de vista, entendemos fácilmente este mundo con el lenguaje proposicional, porque solo la convención y el contraste con la realidad nos indica si lo que nosotros manifestamos tiene sentido o no.

Pero el hombre ha creado otros lenguajes que no se refieren directamente al mundo empírico y, sin embargo, son fáciles de comprender, o de evaluar en tablas de valores de verdad. Las matemáticas, por ejemplo, establecen este tipo de verdades,  $2 + 2 = 4$ , por lo que no es posible aceptar que  $2 + 2 = 5$ , pues en el lenguaje nominal se estableció la primera verdad,  $2 + 2 = 4$ . No requerimos ir por todo el mundo empírico buscando un referente que nos desvirtúe esta verdad, no hay un número 2 que esté en el mundo de los hechos que nos diga que signifique el número 3; se acepta universalmente que  $2 + 2 = 4$  es del tipo de verdades universales y necesarias independientes de la experiencia, según el filósofo Kant (1995: 201-204). Por otro lado, existen otras verdades que son las verdades analíticas donde el predicado no le agrega nada al sujeto, estas verdades son también verdades que se aceptan universalmente sin necesidad de ir por el mundo de la experiencia probando su significado. El ejemplo para significar esta idea es el siguiente: “*todos los hombres solteros son hombres no casados*”. Fijense que el sujeto de la oración es “*todos los hombres solteros*” y este apartado de la frase completa no le agrega nada al predicado “*son hombres no casados*”. Esta frase es fácilmente reemplazable por la primera, esto es, son iguales. Uno no necesita ir por todo el mundo preguntándoles a los hombres no casados que si son hombres solteros, es una verdad que se entiende sin remontarse en la experiencia. Todas las verdades analíticas son de este corte y no requieren ninguna aceptación de nadie, no se discuten, quien las discuta será tenido como un hombre irracional. “*La mujer es la mujer*”, “*el hombre es el hombre*”, “*Carlos es Carlos*”, son otros ejemplos de estas verdades. Sin ir a detalles sobre este asunto, creo que para quienes se inician en la corriente de la filosofía del lenguaje y, en especial, para los abogados, estas distinciones son muy útiles para lo que quiero señalar con la palabra derecho.

Pero el hombre no está satisfecho con estas verdades, además, como diría Kant, el hombre tiende a ir más allá de su propio conocimiento (KANT, 1995: 7). ¿Cómo representarnos el mundo de la ética, de la moral, del amor, de la paz, de la democracia, de la justicia, del derecho? Un filósofo de la mente, J. Searle, en *La construcción de la realidad social* (1997: 48), nos señala que existe otra realidad distinta al mundo de los hechos, a esta realidad la llama *realidad social*. El mundo no es solo el conjunto de los hechos como anteriormente lo señalé, el mundo también es una construcción de la realidad social y ¿cómo la construimos?,

¿cómo entendemos esta realidad social? Miremos esto más despacio porque es el mundo que más nos cuesta entender y donde todavía no nos hemos puesto de acuerdo mediante un lenguaje convencional que nos explique este mundo, para poder identificarlo ante nosotros mismos y ante los demás, como lo hicimos con el primer mundo de los hechos y el de las verdades analíticas. Como dije al principio, el derecho no es un hecho y las normas jurídicas no son proposiciones, entonces, ¿cómo evaluarlas, si la verdad aquí en el mundo de la realidad social se maneja de manera distinta, o no la podemos considerar? ¿Cuál es el hecho que representa el derecho? ¿Cuál es la proposición que representa la norma jurídica? ¿Es una verdad analítica?

Con el lenguaje construimos una realidad social, pero con el lenguaje no construimos el mundo de los hechos, solo lo representamos; el derecho es una construcción lingüística, el mundo de las normas jurídicas, la moral, la política, etc. son un mundo que no está escrito en lenguaje proposicional, uno no puede describir este mundo con las proposiciones anteriormente aducidas, porque el mundo de los hechos es distinto al mundo de la realidad social, el derecho no se percibe como el árbol o la montaña, el mundo del derecho hace parte de otra realidad que creamos con el lenguaje. El derecho hace parte del mundo lingüístico que creamos con otro lenguaje, ¿cómo comprender entonces este mundo del lenguaje jurídico? ¿Cómo establecer si las normas son verdaderas o falsas?

Cuando decimos que “*Colombia es un estado social de derecho*”, ¿es esto una proposición como lo explicaba anteriormente? Si es así, ¿dónde está el referente de toda la proposición? ¿A qué nos referimos con la palabra Colombia, con la palabra Estado, con la palabra social y con la palabra derecho? Si yo pronuncio la palabra vaca, ¿a qué me estoy refiriendo? A un animal que representa la palabra vaca, pero no a cualquier animal, no a un oso hormiguero, sino a un animal que los hablantes aceptan como vaca. Ahora bien, ¿qué quiero decir cuando enuncio el vocablo *norma*? ¿Dónde está el referente de norma? Si yo pronuncio la palabra Estado, ¿a qué me estoy refiriendo con esta palabra? ¿Dónde está en el mundo de los hechos, un hecho que me comprenda Estado? Alguien podría decir que es todo el territorio colombiano, pero eso no es del todo cierto, alguien podría agregar que es aquel país donde yace el poder público, y ¿cuál es el referente de poder?, ¿cuál el referente de público?, etc. A estas inquietantes preguntas está sometida la palabra derecho.

Si no hay un referente en el mundo, ¿cómo establecer un referente de la palabra derecho? Existe una convención que se establece necesariamente por un acuerdo de voluntades como se hizo para representarnos el mundo de los hechos y las verdades analíticas, y existe otra convención para representarnos el lenguaje jurídico y este no solo dependerá de una convención, sino de otros elementos que son necesarios para significar el lenguaje de las normas. Estos otros elementos, como la cultura,

las creencias, la costumbre, el uso que los hablantes ofrezcan de las palabras, van a determinar el significado del lenguaje, en este caso, de los abogados, de los jueces, de los legisladores, de los profesores de derecho. Por tanto, en este nivel del lenguaje se hace necesario hacer la distinción entre el mundo del *es* y el mundo del *deber ser*. En el mundo del *es* está el mundo de los hechos, en el mundo del *deber ser* se encuentran las normas jurídicas. Sobre este punto se ha derramado mucha tinta, pero básicamente el asunto consiste en que no podemos inferir el *deber ser*, del *ser*, porque son dos mundos completamente distintos. Las normas jurídicas se crean por obra humana en el mundo del *deber ser*, son los hombres quienes se prescriben sus propias penas, sus propios castigos y premios, mientras que el mundo del *ser* no nos prescribe ninguna conducta, ningún castigo o premio, a no ser que usted esté dispuesto a aceptarlo, pero sería algo ridículo pensar, por ejemplo, que la naturaleza nos señale cómo debemos comportarnos, o que exista algún dios que nos oriente nuestros comportamientos, eso se sale del campo de la racionalidad. Hasta aquí considero que todo lo expuesto está más o menos claro. ¿Cuál es el problema que debemos abordar?

El problema que debemos tratar es cómo describir el mundo del lenguaje, es decir, cómo comprender el mundo lingüístico que está conformado por palabras que no tienen un referente en el mundo y, sin embargo, tienen algún significado para los hablantes o, al menos, comprendemos cuando alguien se refiere con dichas palabras a algo. Verbigracia, entendemos de alguna manera cuando alguien nos dice que nos ama, o que nos quiere, así este lenguaje todavía no sea claro, como en el lenguaje referido a los hechos. La palabra *dios* tiene algún significado cuando la mencionamos, así no exista un referente; sin embargo, esta palabra para un filósofo analítico no tiene sentido, aunque tenga significado. Tiene sentido hablar del amor, así no conozcamos con precisión qué sea el amor; tiene sentido hablar de la paz, así no conozcamos con claridad qué representa la paz. En estos dilemas lingüísticos se encuentra el derecho, ¿tiene sentido que pensemos en el derecho y que, además, pretendamos conocerlo? Claro que sí, pero aún no sabemos lo que sea el derecho con claridad, porque no hay referente ni algo objetivo que nos diga lo que el derecho signifique. Las teorías serán las únicas que nos podrán ayudar a esclarecer el lenguaje del amor, de la paz, del estado, del derecho; solo las teorías nos podrán ayudar a construir y comprender mejor la realidad social y, en este caso, la realidad jurídica, y para hacerlo, tendremos que acercarnos a una buena definición de derecho y a la teoría que mejor la sustente, la más razonable, y vamos a mostrar cómo la teoría más tradicional que dice lo que es el derecho tiene demasiados problemas. Habrá teorías más defendibles que las que manejan comúnmente nuestros profesores de derecho. El profesor Searle considera, por ejemplo, que los hechos a los cuales no les podemos asignar ningún referente en el mundo y no son ni tautologías ni verdades matemáticas o analíticas, las podemos denominar *hechos institucionales* y que dependerá de una *intencionalidad colectiva* (SEARLE, 1997: 55), pero este es un tema para otro artículo. Por ahora, solo

presentemos teorías más tradicionales, más conocidas, que a partir del sentido común podemos atacar.

El mundo de los hechos se describe con el mundo de las proposiciones, el mundo de las normas jurídicas se describe con el mundo de las proposiciones jurídicas que hablan de este derecho. Llamamos normas jurídicas comúnmente a las normas hechas por el legislativo, y legislativo a un poder u órgano que está validado para hacer las leyes en un país. Las normas o leyes son las que están escritas en los códigos y estos son entonces un conjunto de normas reunidas en un libro-texto. Por ejemplo, una norma jurídica es aquella que dice que “*el que matare debe ser castigado a 40 años de cárcel*”; una proposición jurídica es aquella que habla sobre esa norma, por ejemplo, pensar que es moralmente correcto establecer 40 años de cárcel, o que es injusto pensar dicha sanción, o que no es proporcional la pena con el hecho que prescribe la norma. Todas estas proposiciones jurídicas pueden constituir una teoría del delito que habla de las penas que señalan las normas. Por el contrario, una teoría científica que describe el mundo de los hechos está constituida por proposiciones científicas o empíricas que hablen de ese mundo; una teoría del derecho que describe el mundo de las normas jurídicas está constituida por proposiciones jurídicas (KELSEN, 1998: 9).

El problema lo podemos ir vislumbrando, esto es, ¿qué decimos cuando mencionamos la palabra derecho? ¿Estamos de acuerdo con la tesis tradicional de que el derecho es un conjunto de normas jurídicas que se encuentran en los códigos de derecho? Quien acepta esto se ve sometido a graves problemas, porque el mundo del derecho no es el mismo mundo de los hechos, donde es fácil aceptar el consenso. Pero en el mundo jurídico, ¿quién posee la verdad? ¿Qué es lo verdadero? Estas preguntas son de difícil respuesta porque la solución a ellas no pueden ser verdades matemáticas, verdades analíticas o verdades empíricas, como lo estableció el positivismo lógico. El derecho es una construcción lingüística que los hombres crearon para comunicarse, tratar de comprenderse y vivir en el mundo jurídico, y esta tarea, la de vivir en paz y con reglas moralmente justas, no es tarea para un hombre. Y ¿cómo han tratado de vivir de esa manera?

Necesariamente hay que pensar que los hombres en un momento determinado para comprender el mundo tuvieron el deber de crear un lenguaje para explicarlo, pero ¿qué sucedió con el mundo lingüístico, específicamente, con el lenguaje jurídico? ¿Cómo se explicó este mundo? La necesidad llevó al hombre a crear teorías que explicaran de la mejor manera dicho mundo. Aquí nos adentramos en el uso de la palabra derecho, ¿cómo se entendió el derecho?, ¿cuáles fueron las teorías que hablaron y explicaron el derecho? Las razones por las cuales se introdujeron en este debate ya están claras, pues la palabra derecho no tiene un referente empírico y, por no poseerlo, el consenso o el acuerdo de dicha palabra genera dificultades y contradicciones.

Así que el derecho hace parte de los acuerdos y de las convenciones, pero nunca de acuerdos universales como afirmar que  $2 + 2 = 4$ , como sostener que “*todos los hombres solteros son hombres no casados*”, “*la mujer es la mujer*”, etc.

Dependiendo del uso que se le dé a la palabra derecho, entenderemos el derecho, si el uso es aceptado. Si uno cree que el derecho es la ley, el derecho se reducirá a dicha definición, pero esta teoría que defiende tal afirmación es insostenible, ya que el derecho es mucho más que eso, porque hay otras teorías que dicen que las respuestas pueden ser otras, un poco más aceptables o razonables que aquella del formalismo jurídico que dice que solo es justo lo que es conforme a la ley. Debemos aceptar de entrada que hay por lo menos dos teorías que definen de manera distinta el derecho, la que dice que no es derecho solo lo que es conforme a la ley, sino que solo es ley lo que es conforme a lo justo.

Derecho no puede ser igual a la norma, como, por ejemplo, “derecho = norma”, “ $2 + 2 = 4$ ”. El derecho no puede ser una verdad matemática, entonces, ¿qué tipo de verdad es? Acaso se puede predicar la verdad del derecho o de las normas, o ¿solo se puede hacer de las proposiciones que hablan del mundo? Del derecho no podemos inferir lógicamente nada como sí se hace de las ciencias exactas o naturales; por ejemplo, si el metal se calienta, entonces se dilata (KELSEN, 1998: 10), es decir, si se da A, se tiene que dar B. Pero en el mundo del *deber ser*, donde se encuentran las normas jurídicas, si se da A, entonces se debe dar B: si Pedro mata, debe ser castigado. Sin embargo, no es una consecuencia lógica, necesaria y universal que si se da A, se tenga que dar B, esto es, que si Pedro mata, tiene que ser castigado. Este mundo jurídico no hace parte de la razón teórica que explica el mundo empírico, sino que el mundo de las normas lo explicamos con el mundo de la razón práctica y es razonable que Pedro no sea castigado por muchas razones, es decir, o fue en legítima defensa, o en estado de necesidad, o aún peor, el juez no lo condena por un capricho, por un soborno, etc.

En el plano de la razón práctica entendemos que el derecho no es lógica; sin embargo, hay teorías que argumentan que es posible defender esta tesis, entre ellas tenemos el formalismo jurídico, que pregona que el derecho es autosuficiente, perfecto, sin lagunas, sin vaguedades, sin ambigüedades, etc.; presuponen un legislador racional que realiza leyes perfectas y un juez racional-máquina que subsume cualquier caso a una ley. Esta teoría es la que más ha influenciado en la descripción de cómo debe ser entendido el derecho. Al decir de Carlos Santiago Nino en su *Introducción al análisis del derecho* (2005: 36), esta teoría lo que presenta es que el derecho solo prescribe ciertas conductas a través de las normas, redujo el derecho a norma, derecho = norma jurídica, como una verdad matemática  $2 + 2 = 4$ , pero quien con buenas razones defiende una tesis de estas en un mundo tan cambiante. Hay muchas otras teorías que pueden presentar alternativas muy diferentes a las del formalismo jurídico, para describir el derecho o para explicarlo.



En el lugar de los hechos, las verdades se contrastan con el mundo de los hechos, en el mundo del lenguaje se contrasta con otro lenguaje, en el lenguaje normativo, verbigracia, las normas se contrastan con una teoría que dé mejores razones para establecer la legitimidad, la validez y la eficacia de las normas jurídicas. ¿Cuál es la mejor teoría que hay que defender para justificar moral y jurídicamente la promulgación y la publicación de una norma que dé significado al derecho? Este es un trabajo que en principio lo debe hacer el legislativo, pero ya vimos las dificultades que tiene poder dar una definición correcta y más aún cuando el legislador no está en la capacidad de defender teorías razonables para llegar a acuerdos jurídicos. El trabajo sobre la búsqueda del significado de ciertos términos que no tienen referencia empírica, va a depender de una convención entre los seres humanos razonables en términos de Nino; además, dichas definiciones son asequibles a la mayoría de los seres humanos, y todo esto dependerá del uso que se le dé a los términos en un momento dado, en un lugar dado, de la pragmática del lenguaje que esos hablantes utilicen. Aunque hay palabras de fácil comprensión, la palabra derecho no posibilita una respuesta exacta, sino solo aceptable, ya que su naturaleza propia es la de ser ambigua y vaga en sentido amplio, según palabras de Manuel Atienza en su libro *Introducción al derecho* (2000b: 16-18). Esto nos lleva a un escepticismo sobre la palabra derecho, pero intentemos disminuir la vaguedad del término.

Herbert Hart había planteado en el *Concepto de derecho* (2004: 1) que la pregunta sobre lo que significa el derecho es la pregunta más persistente por los juristas más serios, y todos han dado respuestas de maneras muy diversas, extrañas y paradójicas. En un manual de medicina podemos conocer las bases generales de lo que significa esta ciencia, pero no así sobre el derecho. Carlos Santiago Nino, por otro lado, plantea en la *Introducción al análisis del derecho* (2005: 11) que es la pregunta que mayor escozor y desorientación provoca entre los juristas y esa dificultad se plantea en un intento de identificar el lenguaje con la realidad. Y Atienza inicia su texto sobre *introducción al derecho* diciendo que el filósofo Kant en la *Crítica de la razón pura* ironizaba de los juristas que todavía estaban buscando una definición del concepto de derecho. Hoy, un par de siglos después, no puede decirse que la hayan encontrado (ATIENZA, 2000b: 9). Estas afirmaciones lo que generan es incertidumbre sobre la definición que uno pueda dar del derecho. Las teorías más serias sobre el derecho las han planteado los grandes juristas y ellos, según los autores mencionados, que también están dentro de los representantes más grandes de los juristas, afirman que la respuesta a la pregunta qué es el derecho aún no está en una teoría defendible y razonable para disminuir el escepticismo del significado de la palabra derecho.

Manuel Atienza también plantea que es más grave la situación cuando hay bibliotecas enteras sobre la definición del derecho y ninguna ha cerrado el debate del todo, y aún más, cuando en filosofía del lenguaje se ha vertido tanta tinta sobre

lo que es una definición, es decir, no lo que es el derecho, sino sobre lo que significa la palabra definición (ATIENZA, 2000: 9), para luego conocer una definición del derecho. Estos trabajos, aunque no han sido inútiles, solo han aumentado la dificultad para definir lo que sea el derecho. De modo que si el derecho se puede pensar sobre lo que las teorías dicen que es el derecho, ¿cuál sería entonces la teoría que mejor lo explique? El derecho dependerá de qué entienda cada uno por derecho, del uso que cada cultura maneje por derecho. Sin embargo, esto no es relativismo jurídico, habrá teorías que eliminan tal relativismo al poner la ley por encima de cualquier otra alternativa; no obstante, esto es una falta de discernimiento de lo que es el derecho en los tiempos contemporáneos y en los sistemas jurídicos democráticos, donde los jueces tendrán un papel muy importante a la hora de corregir el derecho en sus decisiones judiciales.

## LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL<sup>1</sup> Y EL USO DE LA PALABRA DERECHO

Las facultades de derecho están permeadas por la tesis de que el derecho es igual a norma, derecho = norma, como si fuera una verdad matemática  $2 + 2 = 4$ . El uso del derecho como principio de identidad se impuso en la tesis formalista

<sup>1</sup> Hay dos clases de discrecionalidad. La discrecionalidad en sentido fuerte y la discrecionalidad en sentido débil. La discrecionalidad en sentido fuerte es la facultad que tienen los jueces de alejarse del sistema jurídico vigente en sus decisiones. Se distancian porque no tienen otra opción desde sus fuentes jurídicas; una respuesta adecuada para respaldar su decisión se logra si busca otra manera de fundamentar la sentencia. El juez no está subordinado a ningún parámetro jurídico. La discrecionalidad en sentido débil es la subordinación que tienen los jueces a través del sistema jurídico. Ya no es completamente libre la decisión; digamos que hay una discrecionalidad formal, esto es, establecida por la ley, aquí funciona solo la justificación interna de la que hablaba más atrás, es decir, desde la subsunción silogística.

Sin embargo, en términos de H. Hart, existe otra forma de discrecionalidad que se da cuando el juez encuentra zonas de penumbra: la vaguedad del lenguaje jurídico. Esto conlleva a la indeterminación del derecho. Estas dos últimas formas de discrecionalidad se reducen a la discrecionalidad en sentido débil, porque las dos se resuelven con base en la misma ley. Ahora bien, no defenderé ninguna de las clases de discrecionalidad mencionadas. Para tratar de dar solución a los casos difíciles donde opera la discrecionalidad, he visto la necesidad de apelar a un nuevo tipo de discrecionalidad que difiere de la discrecionalidad en sentido fuerte y en sentido débil, la cual denominaré *discrecionalidad motivada*.

Cuando la ley le señala al juez cuándo y cómo debe ejercer la discrecionalidad, no está ejerciendo propiamente la discrecionalidad, pues esto justifica la tesis positivista que dice cómo debe fallarse, y lo que interesa aquí es la decisión de los jueces cuando se apartan del precedente, encontrándose con un caso difícil. Este tipo de discrecionalidad depende de la creación de una nueva fuente de derecho, o de la confirmación de que los criterios auxiliares del derecho son también fuente principal y, en esa medida, no abandonamos del todo la discrecionalidad en sentido débil; sin embargo, no es la misma, porque esta fuente de derecho depende de la misma creación jurídica que hace el juez en la medida que fundamenta su decisión en una teoría del discurso jurídico institucionalizado o, lo que es lo mismo, la discrecionalidad motivada. De esta manera, en palabras de Chaim Perelman, la discrecionalidad motivada de los jueces se da en los casos difíciles, porque el juez debe apelar a la fuerza de sus argumentos, no a la violencia, ni a la fuerza de la ley. Se trata de buscar la paz judicial, esto es, llevar todos los conflictos jurídicos a una solución razonable. El juez debe apelar inclusive a los principios no positivos del derecho, a la moral, a las costumbres de los pueblos, etc., puesto que la indeterminación del derecho es tal que su sentido desaparece y el juez debe encontrarlo. Pero, ¿qué es un caso difícil y cómo debe afrontarlo el juez a través de la discrecionalidad? Es una respuesta que intentaré ofrecer en seguida. El caso fácil no amerita ningún desarrollo, porque la ley lo resuelve de forma inmediata a través del silogismo jurídico.

del derecho, de la mano del positivismo ideológico. ¿Esta es la teoría que mejor describe el mundo del derecho? La respuesta debe ser negativa. La discrecionalidad motivada de los jueces no funciona si el uso del derecho se defiende con una tesis monista del derecho que dice que solo es derecho lo que es conforme a la ley, pero si desvirtuamos dicha tesis y sostenemos que solo es norma lo que es conforme al derecho, es decir, lo que es conforme a la justicia, a unos principios morales y de justicia universalmente aceptados como lo piensa Carlos Santiago Nino al plantear la tesis más fuerte del iusnaturalismo y su correspondencia con un tipo de positivismo jurídico moderado (NINO, 2005: 32), la cuestión sobre la definición del derecho tradicional debe cambiar.

Si aceptamos que el derecho puede depender de otras teorías que señalan otros usos de la palabra derecho, la discrecionalidad judicial puede ser defendida. Por consiguiente, si postulamos una teoría de la argumentación jurídica para que los jueces tomen decisiones razonables en aras de la defensa de los intereses generales y particulares cuando el legislador no lo hace de manera clara con la ley, entonces la teoría debe ser aceptada; pero si solo confirmamos la ley como aquello que establece el legislador muchas veces de manera arbitraria, esto implicaría la insostenibilidad de la teoría.

La discrecionalidad del juez es apartarse de la norma cuando esta es considerada opuesta a dichos principios morales y de justicia universalmente aceptados. Las teorías que pueden ayudar a entender el derecho de una forma distinta al formalismo, serán las que fundamenten la discrecionalidad judicial del juez en ciertos casos específicos, dependiendo de las teorías que los jueces defiendan para utilizar la palabra derecho; si defienden teorías sobre el positivismo extremo, la discrecionalidad no va a ser posible, pero si la mirada está atravesada por una teoría de la argumentación jurídica, o por una teoría sociológica o realista del derecho, las decisiones de los jueces no solo consistirán en realizar un silogismo jurídico, donde la norma es la premisa mayor, el caso es la premisa menor y la sentencia es la conclusión, sin ninguna justificación externa (ATIENZA, 2003: 4), sino que deberán ejercer una interpretación razonable del derecho. La fórmula sobre la definición del derecho ya no será  $2 + 2 = 4$ , sino derecho = justicia, derecho = principios del derecho universalmente aceptados.

Carlos Santiago Nino en el primer capítulo de su *Introducción al análisis del derecho* nos describe, por lo menos, en la primera parte sobre los desarrollos del iusnaturalismo, unas 15 definiciones del concepto del derecho desde la teoría iusnaturalista (2005: 16), y lo interesante de sus planteamientos es que en esencia el positivismo jurídico y el derecho natural no se separan como se cree. Expresa que si el iusnaturalismo es la tesis filosófica según la cual hay principios morales universalmente aceptados, no se puede pensar que el positivismo rechace totalmente esta tesis, ya que hay teorías positivistas que aceptan esta posición y argumenta que

muchos juristas al parecer pueden oponerse a tales tesis. Piensa como Hans Kelsen y Alf Ross, que son dos grandes representantes del positivismo jurídico y no son simpatizantes de creer que existan principios universalmente aceptados, porque, además, su formación se dio por la gran influencia que tuvieron del Circulo de Viena, una corriente filosófica, específicamente del lenguaje, que sostiene dos tipos de juicios que nos ofrecen sentido: los juicios analíticos y los juicios empíricos, tal cual como los describimos para representarnos el mundo de los hechos, lo demás no tiene sentido para estos filósofos del lenguaje. Esta teoría fue admitida por Kelsen y su discípulo Alf Ross para llevarla al campo del derecho y eliminar del todo lo que sea metafísico, esto es, todo lenguaje abstracto y oscuro que se encuentre en el lenguaje jurídico habrá que desvanecerlo; de allí que sostengan que no es posible aceptar unos principios universales sin que en ellos no medie un discurso racional. Esos principios así establecidos están sostenidos sobre la nada, estarían sostenidos sobre la falacia naturalista, podríamos decir, en lenguaje de ellos mismos, tienen un vínculo con la metafísica y no es válido ni legítimo reconocerlos como base de un ordenamiento jurídico. Por eso, Kelsen defiende la idea de que la justicia sea un mero ideal irracional, ya que no es posible comprenderla por la razón, porque va más allá de nuestro propio conocimiento empírico.

Sin embargo, Nino sostiene que hay principios morales que son la base de teorías del derecho bastantes razonables, como son las tesis utilitaristas de Bentham y Austin. Maximizar la felicidad para la mayoría está dado sobre el principio moral de que se debe minimizar el dolor y aumentar la felicidad para un gran número de personas. Termina diciendo que Herbert Hart, siendo uno de los grandes representantes del positivismo del siglo XX, también comprendió dentro de su sistema jurídico una norma que depende de un contenido mínimo moral que se desarrolla o se constituye consuetudinariamente por los ciudadanos de una cultura determinada, algo así como una moral colectiva. Este es un uso que se le ha dado a la palabra derecho.

El profesor argentino argumenta que no es razonable pensar que todas las teorías positivistas rechacen la ética, la moral como contenido de sus normas, porque no es posible identificar el escepticismo ético con el positivismo jurídico y, así mismo, es posible identificar un tipo de positivismo con un tipo de iusnaturalismo. Si esto es así, hay teorías del derecho razonables que ayudan a defender un tipo de discrecionalidad judicial, si aceptamos otros usos de la palabra derecho (HART, 2004: 176-183) ¿Cuál es el uso que los jueces han tenido de la palabra derecho?

Si usted acepta como juez que solo el derecho son las normas divinas, tiene una forma errada de ver el derecho; pero también tiene una forma equivocada de ver el derecho si solo cree que el derecho es el poder estatal, un derecho hegeliano que sustenta que es real lo que es válido, y válido lo que estipule un legislador racional, porque esa es una falsa hipótesis.

Para que el derecho se comprenda como venimos exponiendo, tendremos que apoyarnos en una teoría de la argumentación jurídica que nos fundamente con más claridad las teorías que aceptamos o no en nuestras decisiones como jueces y como abogados. Una teoría de la argumentación nos ayuda a comprender mejor el mundo, porque con lenguaje lo entendemos y lo comunicamos a los demás, pero el mundo del lenguaje y, específicamente el lenguaje jurídico, solo es inteligible si asumimos una posición crítica frente a lo que los demás piensan de lo que es el derecho. El derecho como norma se acepta, si la norma pasa un test de justificación dado por una teoría de la argumentación, no será la mera subsunción, sino la justificación de las premisas<sup>2</sup>. Un teórico serio, un juez serio, no asentaría la subsunción del silogismo jurídico por las siguientes razones. Imaginemos un caso hipotético donde el juez enfrenta un caso difícil y solo tiene como base la teoría formalista del derecho que indica que la ley solamente dice el derecho. Un ejemplo esclarece el tema; la ley señala que “*el que mate debe ser premiado con un regalo*”. Si el juez opera con el silogismo judicial, es decir, cree que solo debe aplicar la norma, entonces las personas que se vean imputadas por este “delito” deben ser premiadas con un regalo, lo que sería un absurdo si el juez lo obedece; el juez debe apartarse de la norma, justificando por qué la premisa mayor –la ley– no reúne los requisitos de validez y de legitimidad. Y así encontramos de manera semejante muchas normas que uno considera ridículas y que el juez las obedece porque son la razón de ser del derecho.

<sup>2</sup> Según M. Atienza en *Derecho y argumentación* (1998: 45), la distinción entre la justificación interna y externa la hace Jerzy Wróblewski. Para este autor el juicio sobre la racionalidad de una decisión pertenece a la justificación externa. Este tipo de justificación evitaría las sentencias arbitrarias de los jueces, porque solo la justificación interna, que equivale a la subsunción del caso a la norma, no bastaría para justificar la decisión. Es necesaria la justificación de las premisas que originan la justificación interna para no caer en el derecho estático o mecánico. La justificación externa es la justificación del silogismo jurídico como viene operando tradicionalmente en el derecho, donde el juez busca una norma para resolver el caso y, si no la encuentra, no hay obligación, no hay delito. Por otro lado, desde R. Alexy, por ejemplo, se intenta apelar a la ley, a la dogmática, a los precedentes, a la razón y a las reglas generales de la argumentación, para justificar la decisión, argumento que ya Chaim Perelman había retomado desde la antigüedad, lo que sucede es que R. Alexy trata de proporcionar un discurso jurídico a estas ideas perelmanianas, a través de los argumentos de la interpretación, entre ellos, los semánticos, genéticos, históricos, etc., que al igual que Chaim Perelman, los había recogido en la *Lógica jurídica y la nueva retórica*. Uno de los argumentos que se deberá tener en cuenta será el semántico y el histórico para solucionar la indeterminación del derecho y así poder defender la discrecionalidad. De alguna manera, entonces, tanto Chaim Perelman como R. Alexy, han desarrollado la tesis de la justificación externa.

R. Alexy indica estos argumentos para aumentar el grado de corrección de las sentencias, hasta inclusive procurar respuestas correctas o racionales, al estilo dworquiano. Ahora bien, la fuerza de este argumento de la justificación externa, no se logra con la justificación de las premisas de la justificación interna, ni de la forma como se pretende con la teoría de la corrección de Alexy. La propuesta es que hay respuestas razonables apoyadas en la justificación externa de las decisiones de los jueces, pero no con pretensión de corrección de verdad, sino con pretensión integradora del derecho en un marco constitucional, social y democrático del derecho que requiere que los jueces aprendan a argumentar. Defenderé así la tesis de la justificación externa de Jerzy Wróblewski, que tiene recepción en expositores de las teorías de la argumentación como Chaim Perelman, R. Alexy y M. Atienza, que señalan cómo la justificación externa es el inicio hacia la discrecionalidad; vale decir que no hay discrecionalidad en la justificación interna. Para esto habrá que señalar algunos intentos de definición sobre la discrecionalidad y hacerla coherente con la justificación externa.

Un juez racional-formalista frente a un caso difícil se ve enfrentado al siguiente problema, si y solo si, acepta realizar un silogismo con base en la ley, presumiendo que el legislador es racional y tiene la mejor teoría para defender la validez y la legitimidad de la norma para someter al juez:

Las características de un caso difícil o trágico (ATIENZA, 2003: 219) se dan por las siguientes razones: 1) No hay ley para resolver el caso. 2) La ley es insuficiente. 3) La ley es vaga y ambigua. 4) No hay un caso semejante para resolverlo, es decir, no funciona la analogía. 5) No hay costumbre para resolver el caso. 6) No hay principios constitucionales y generales del derecho para resolver el caso. 7) No hay doctrina que ayude a resolver el caso. 8) La ley permite diferentes respuestas al caso. 9) El caso no es rutinario. 10) La decisión debe ser con base en principios no escritos y no hay un código de principios. 11) La decisión debe ser con base en la moral y qué tipo de moral vamos a defender. 12) La decisión debe ser con base en un discurso jurídico razonable y qué tipo de razonabilidad vamos a defender. 13) El juez debe apelar a la discrecionalidad motivada y cómo lo hacemos con jueces sometidos al imperio de la ley. 14) Son casos considerados difíciles a través de la teoría de la argumentación y el juez los considera fáciles por incapacidad argumentativa. 15) Son casos considerados fáciles a través de la teoría de la argumentación y el sistema jurídico y el juez los considera difíciles. 16) Se viola un interés personal. 17) El juez de forma inmediata no puede vencer su propia ignorancia y sus dudas. 18) Hay colisión de valores, derechos fundamentales y principios del derecho. Entonces, ¿cómo realizar un silogismo con base en estas dificultades? La “subsunción” principalística a través de la teoría de la argumentación jurídica puede ser la salida<sup>3</sup>.

Lo primero que se debe tener en cuenta, en un caso difícil, es que el juez no tiene ninguna fuente del derecho tradicional para fundamentar su fallo y lo inmediato que se debe hacer es iniciar la decisión a partir de los principios del derecho no positivo, porque son estos el origen de la legitimidad de la argumentación que el juez pretende en beneficio de las partes. Pero no hay un conjunto de principios del derecho que el funcionario judicial pueda hallar fácilmente por simple deducción silogística en un código, pues están prescritos implícitamente dentro de los ordenamientos jurídicos, dentro de las culturas, dentro de la doctrina general del derecho, etc.

---

<sup>3</sup> La tipificación de los principios positivos y no positivos del derecho le permiten al juez un derrotero más amplio para su poder de decisión, de tal manera que le permiten resolver de una forma más inmediata los casos que se le presentan, porque con la tesis positivista extrema del derecho, el juez está obligado a conocer un amasijo de normas dispares de muchos ordenamientos que ocasionan un atraso a la administración de la justicia. La inclusión de los principios es la forma más eficaz y económica de la descongestión de la administración de la justicia: porque en la medida que el juez pueda delimitar principios del derecho podrá, al mismo tiempo, tener una respuesta más rápida del caso que examina; son los principios directrices y las justificaciones prácticas de los fallos judiciales. Como dice Hernán Valencia Restrepo, profesor de derecho de la Universidad de Antioquia: “Quién conoce los principios generales del derecho, conoce todo el derecho. Quien los desconoce, nada sabe de él”. Los principios son un lugar para que los jueces tengan un espacio de deliberación sobre las normas sin que la justicia se afecte, los principios son los límites al derecho y el horizonte hacia la justicia.

La pretensión con estos principios que se van descubriendo y estableciendo en los fallos de los jueces no tendrán la pretensión de corrección de verdad de R. Alexy, sino la pretensión de integración de R. Dworkin, acompañada de una teoría de la justificación para defender la discrecionalidad, que es donde R. Alexy no enfatiza, así su teoría insinúa la discrecionalidad. Se pretende, parafraseando a Kelsen, que la norma fundamental sea un conjunto de principios positivos y no positivos, pero esta no puede ser un modelo estándar de justificación, solo será un conjunto de principios que se pesarán para solucionar un caso determinado. Por ejemplo, los derechos humanos, que están aceptados por casi toda la comunidad mundial, servirán de base para una teoría que pretenda incluirlos como principios universales. Esta propuesta fundada en los derechos humanos funcionará como condición de posibilidad del carácter justificatorio del derecho. Justamente los principios por su carácter de vaguedad, como la libertad, la justicia, la igualdad, la vida, etc., requieren de un discurso fuerte en argumentación, donde el juez tendrá que equilibrar una serie de principios y elegir el más idóneo para el caso específico. Aquí se vuelve fuerte la teoría de la argumentación jurídica como fuente de derecho.

El juez es el principal agente de la operatividad de los principios, de su justificación y, en esa medida, permitirá qué principios deban redefinirse en una sociedad específica, por ejemplo, la vida se respeta como principio dependiendo de cómo una sociedad se esté comportando conforme a él. Así, si el Estado es confesional, entonces la vida habrá que respetarla en cualquier circunstancia, no se justificaría ni siquiera la legítima defensa. En cambio, si es un Estado liberalista y tolerante como lo pensaba J. Locke en *La carta sobre la tolerancia*, entonces se podría justificar matar en legítima defensa y en otros tipos de circunstancias como el aborto y la eutanasia. Sin embargo, el principio de la vida sigue permaneciendo a pesar de sus variantes. Aunque los principios como cree Carlos Santiago Nino en *Derecho, moral y política*, son diferentes a los axiomas de la ciencia, porque estos son estables y aquellos cambiantes, los últimos deben pretender dicha estabilidad sin negar los cambios que los principios pueden presentar y su fin universalista que tienen por naturaleza.

Con este material jurídico que posee el juez, se da paso a la teoría de la argumentación dada a través de la discrecionalidad motivada de los jueces, una forma de creación del derecho. De este modo, los principios del derecho deben ser fuente principal del mismo, en colaboración con la teoría de la argumentación jurídica que es su fundamento. En términos de M. Atienza, los principios son el carácter justificativo de las normas jurídicas, pero no como fuente supletoria, sino como fuente principal (ATIENZA & MANERO, 2000: 16-23). Sin embargo, el juez no es un todopoderoso que pueda saber qué principio justifica mejor que otro una decisión, necesitamos un discurso jurídico para jueces mortales.

El juez Hércules de R. Dworkin, por ejemplo, es demasiado sabio, que sabe cuál principio escoger en cada momento, tanto que no necesita de una teoría justificativa

para apoyar su fallo, porque siempre su respuesta será la más correcta, es un genio. No funciona esto para los *jueces mortales* que no tienen tiempo de justificar sus teorías con otras disciplinas, o teorías que pueden fundar mejor sus fallos; son jueces positivistas amarrados a la norma. Tampoco funciona el juez racional de R. Alexy, puesto que es demasiado pretencioso con su carácter fuerte de pensar una comunidad de hablantes racionales donde el juez tampoco tendría necesidad de justificar nada, pues no habría problemas entre los ciudadanos. La teoría de la argumentación jurídica, entonces, pensada para *jueces mortales* como discurso para la motivación de las decisiones, es una exigencia para que los jueces intenten personalizar sus fallos, legitimar el Estado constitucional y evitar sentencias arbitrarias. Este discurso posibilita a los jueces reconocer en los principios la fuente principal del derecho sin perderse en la demagogia jurídica que producen nuestros legisladores todos los días y que obstaculizan la debida administración de justicia. Hoy por hoy, el tema que hay que discutir no es la separación o la vinculación entre el derecho y la moral, sino la vinculación de la razón práctica, como teoría de principios, dentro de una teoría de la argumentación jurídica; esto posibilita la legitimidad de la ley dentro de un Estado social y democrático del derecho.

Los jueces en sus sentencias se ven sometidos a fallos arbitrarios si continúan dentro de sus prácticas judiciales sometidos al viejo esquema del silogismo (ATIENZA, 1993: 123), pero el problema no es del silogismo, sino de la forma como los jueces lo manejan y manipulan. Por lo menos cuando el juicio subjetivo no es razonable, sino arbitrario y caprichoso, cuando es notoriamente injusto o contrario a la equidad, pudiendo añadirse que dicho control es procedente cuando en el referido juicio no se hayan tomado en cuenta las circunstancias de hecho, o sean alteradas injustificadamente, así como en los casos en el que el razonamiento sea ilógico o contrario a los principios generales del derecho, o lo que es lo mismo, cuando el juez no ha hecho uso del discurso jurídico para resolver, ya no solo los casos difíciles, sino también los casos fáciles. Un juez puede pensar que evitar caer en los fallos arbitrarios es demasiado complicado y que el comportamiento que debe asumir para evitar la arbitrariedad, es comportarse como el juez dworkiano. La tesis mía es que no, pero sí se deben comportar como si fueran el juez Hércules, sin desconocer que apenas son jueces mortales.

Básicamente la sentencia en contra de principios morales y de justicia universalmente aceptados, se identifica por no haber seguido el debido proceso, por falta de motivación y de justificación; son decisiones que se consideran descalificadas por oscuras, ambiguas y parciales. Sin embargo, el interés en este trabajo es generar un espacio académico en el nivel de las competencias del poder legislativo y del poder judicial sobre el siguiente interrogante: ¿cómo corregir la insuficiencia en los fallos judiciales que se originan por la insuficiencia planteada en la norma por el legislador?



Una de las más grandes críticas relacionadas con el principio de seguridad jurídica y el carácter retroactivo de las decisiones discrecionales, es la creación judicial de nuevas normas para determinar derechos y obligaciones *ex post facto* con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica. Por tal motivo, *el recurso extraordinario por sentencia arbitraria* exige del juez el control constitucional de principios positivos y no positivos. No es cualquier decisión subjetiva o caprichosa. La acción de inconstitucionalidad, la acción de tutela y demás acciones populares, solo hacen un control desde el derecho positivo y sin ninguna teoría justificativa que respalde las decisiones. Aquí se pretende una vinculación de la razón práctica con un discurso jurídico razonable para motivar las decisiones judiciales.

En este punto específico interesa el control constitucional dado por los jueces, ya no solo constitucionales, sino también municipales, del circuito y demás tribunales, acompañados de una teoría de la argumentación jurídica. Hoy por hoy, con el progreso jurisprudencial que se viene desarrollando, se hace necesario un discurso jurídico que elimine la arbitrariedad y le dé fuerza a la discrecionalidad motivada de los jueces, como una alternativa a las antiguas escuelas del derecho. La teoría del precedente como discurso práctico racional, no ha tomado fuerza en Colombia, y peor aún, las exigencias de la Constitución lo reclaman. Es necesario que dentro de los estrados judiciales se evite seguir cometiendo sentencias arbitrarias que posteriormente son el precedente para nuevos fallos. *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria* no es más que el control constitucional de los fallos judiciales discrecionales (además de los fallos sometidos al imperio de la ley que violen los principios morales y de justicia universalmente aceptados, inclusive de la cosa juzgada). El juez está obligado a motivar su sentencia, pero no solo con el imperio de la ley, sino con otros criterios que no solo son auxiliares, sino también criterios principales como fuente del derecho. Aquí el juez hará uso de la discrecionalidad que voy a defender, ya que ni la acción de tutela, ni la acción de inconstitucionalidad, ni ningún mecanismo hoy establecido en el ordenamiento jurídico colombiano, es suficiente para legitimar el derecho de los jueces, o lo que es lo mismo, *la justificación moral del derecho*; el problema está planteado, la solución debe ser a través del *recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, acompañado de la institucionalización de la discrecionalidad. Se aspira a que este recurso, si no se alcanza como derecho fundamental o principio constitucional, sí lo sea como un valor constitucional que se espera alcanzar o, como diría Manuel Atienza, “El derecho vigente no es más –ni menos– que la senda que el jurista ha de recorrer tras la justicia” (1993: 248).

## BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis; VALDÉZ GARZÓN, Ernesto & UUSITALO, Jyrki. (2005). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- ATIENZA, Manuel. (1993). *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel.
- \_\_\_\_\_. (1998). *Derecho y argumentación*. Colombia: Editorial Universidad Externado.
- \_\_\_\_\_. (2000b). *Introducción al derecho*. México: Distribuciones Fontamara.
- \_\_\_\_\_. (2003). *Las razones del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma.
- \_\_\_\_\_. (2004). *Cuestiones judiciales*. México: Distribuciones Fontamara.
- ATIENZA, Manuel & MANERO R. J. (2000a). *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta.
- HART, H. L. A. (2004). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (2005). *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid: Marcial Pons.
- KANT, Immanuel. (1995). *Crítica de la razón pura*. México: Alfaguara.
- KELSEN, Hans. (1998). *¿Qué es la teoría pura del derecho?* México: Distribuciones Fontamara.
- NARVÁEZ MORA, M. (2004). *Wittgenstein y la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- NIETO, Alejandro. (2004). *El desgobierno judicial*. Madrid: Trotta.
- \_\_\_\_\_. (2007). *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Trotta.
- NINO, Carlos Santiago. (1994). *Derecho, moral y política*. Barcelona: Ariel.
- \_\_\_\_\_. (2005). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- SEARLE, Jhon R. (1997). *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós.
- VÁSQUEZ, Rodolfo. (2003). *Derecho y moral*. Barcelona: Gedisa.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. (2005). *Tractus lógico-philosophicus*. Madrid: Alianza.