

La argumentación jurídica: un discurso de poder

Rubén Darío Muñoz Valencia*

RESUMEN

Verdad, poder y Derecho son términos inescindibles, presentes en todo proceso de argumentación. Cuando el juez razona, denota el manejo de un preciso discurso que no es ajeno, ni mucho menos, a una determinada forma de saber, entendida ésta en términos de poder. He ahí una de las claras funciones de la Filosofía del Derecho: servir de intermediaria entre los saberes y prácticas jurídicas, de un lado,- de otro, el resto de las prácticas y los saberes sociales, lo que sólo se logra con un proceso interdisciplinario y no exclusivamente jurídico. La práctica del Derecho consiste, de manera fundamental, en argumentar, y en el presente escrito se pretende mostrar, no la razón de ser del Derecho, sino la forma como se asumen las razones jurídicas que sirven de justificación a una determinada decisión. Todo ello, claro está, dentro del contexto de un particular discurso: el discurso jurídico, entendido éste en términos de poder y no de verdad.

ABSTRACT

Truth, power and Law are undividable terms, present in every process of argumentation. When a judge reasons, he denotes the handling of a precise discourse that is not inappropriate, nor far from it, a determined way of knowledge, this latter being understood in terms of power. Behold here one of the clear functions of the Philosophy of Law: to serve as intermediary between the juridical knowledges and practices on one hand; and on the other, between the rest of social practices and knowledges which is only achieved through an interdisciplinary process and not exclusively juridical. The practice of Law consists, fundamentally, in argumenting; and in this document, it is pretended to

* Abogado egresado de la Universidad de Antioquia. Magíster en Derecha Procesal de la Universidad de Medellín. Docente de la Universidad de Medellín.

show not the reason of being of Law, but rather the way the juridical reasons that serve as a justification to a determined decision are assumed. All that, of course, within the context of a particular discourse: the juridical discourse, this latter being understood in terms of power and not the truth.

Michel Foucault, desde una perspectiva triádica, pretende destacar la inescindible relación entre poder, Derecho y verdad, con dos claros puntos de referencia: las reglas del Derecho que delimitan formalmente el poder, de un lado; y, del otro, aquellos efectos de verdad que el poder transmite desde los discursos para reproducir aquél. En el Derecho a través de la argumentación jurídica se procura construir un discurso que, quiérase o no, reproduce relaciones de poder. La argumentación jurídica es un discurso del poder. Y ese discurso lo construye una persona: el juez.

Todo discurso supone la existencia de unas precisas reglas. El problema consiste entonces en determinar qué reglas del Derecho hacen funcionar las relaciones de poder para producir discursos con pretensiones de verdad. En el Derecho, los ritos imponen al juez una predeterminada forma de argumentar que va a la par con las veleidades y demandas del poder. Así se razona. Y, a mi juicio, se construye un discurso, el discurso jurídico.

Quiero asumir en el presente escrito la relación existente entre la argumentación jurídica y el lenguaje; y éste como forma articulada de un particular discurso con el poder. Es la pretensión del presente ensayo, advirtiendo que no se trata de imponer un saber, sino de presentar de una manera simple, otra visión del tema.

El Derecho es muchas cosas. Pero el Derecho fundamentalmente consiste en argumentar. Y eso me gusta. Argumentar es, en términos de Vaz Ferreira, un estudio de la manera como los hombres piensan, discuten, aciertan o se equivocan. Me encanta, sobre todo, lo último, la forma como los hombres se equivocan, porque argumentar es eso: pensamiento, discusión, acierto o equivocación. Otros, con mayor rigor, dirán que la argumentación es la capacidad objetiva de las valoraciones; una valoración que realiza el juez al interpretar y aplicar el Derecho. Es esta última una definición muy profunda, quizás incomprensible. Y al hacerse incomprensible, es por lo que insisto: me encanta lo de equivocarse.

Pensamiento, discusión, acierto o equivocación. Puntos cardinales de la argumentación, que tocan necesariamente con la interpretación y la motivación que hace el juez de las diversas reglas jurídicas y que como propuesta es algo relativamente nuevo. Nuevo, porque surge para los modernos como una reacción frente a la propuesta tradicional ofrecida por la Retórica, en su afán de superar los férreos marcos ofrecidos por la lógica formal para arribar a conclusiones que pretenden ser verdaderas. Y el Derecho no opera así, pues se corre el riesgo de equivocarse.

Al reducir la actividad interpretativa a un mero ejercicio de lógica formal, se asumen criterios que son propios de las ciencias naturales y ajenos al mundo del Derecho. Expliquemos. En el mundo de las ciencias naturales se asumen los principios de la razón deductiva -por ejemplo los axiomas, las definiciones, las hipótesis-, y así no opera el Derecho ya que éste contempla las cosas que varían, lo contingente, lo probable, lo posible; en suma, el objeto del arte, del obrar y del comportarse. Y

en el mundo del obrar, la razón asume el nombre de prudencia, siendo ésta el objeto del Derecho; o, si se quiere, éste tiene por finalidad la regulación del comportamiento humano intersubjetivo.

El párrafo precedente ofrece una discusión de inusitada importancia, necesaria de dilucidar para entender el cometido de mi propuesta; por lo menos así lo creo: la polémica entre la 'racionalidad axiomática' y la "racionalidad problemática". La primera está conformada por los principios de la razón deductiva -propia de las ciencias naturales- que son de tres clases: los *axiomas*, principios generales, indemostrables, comunes a varias ciencias; las *definiciones*, que no son más que proposiciones que delimitan el significado de un término, pero que no afirman la existencia o inexistencia del objeto definido; las *hipótesis*, meras presunciones de existencia. La segunda, racionalidad problemática, contempla las cosas que varían, lo contingente, el hacer, el obrar y el comportarse. A ella se adscribe el Derecho. Y, con tal adscripción, el ejercicio de la argumentación se funda entonces en silogismos dialécticos, que no son necesariamente verdaderos o falsos -contrario a las ciencias exactas- sino controvertibles o confutables. Sucede que en el Derecho las premisas son verosímiles, opinables, contingentes o no necesarias. Creo que se entiende entonces el porque no sirven en el proceso de la argumentación los derroteros trazados por la lógica formal.

Es aquí en la racionalidad problemática donde encontramos el tipo de razonamiento en el que los hombres piensan, discuten, aciertan o se equivocan: sin violar ninguna ley de la lógica sus opiniones, aunque no demostrables establecidas de manera arbitraria, están dotadas de un rigor apenas lógicamente probable. Tal forma de argumentar muestra entonces un proceso de creación reflexiva, por medio del cual el juez procura mostrar una respuesta única y correcta frente a un punto concreto. ¿Cómo lo hace? nos preguntamos, Lo hace mediante la forma de un 'diálogo', susceptible de ser controlado formal y materialmente.

Digo que es un diálogo por que se está procurando ofrecer la respuesta a un razonamiento problemático; un caso que puede tener multiplicidad de soluciones, pero en el que debe estarse a una entre varias opciones. He ahí el dilema. Pero como ya sabemos que el juez se mueve dentro de lo probable, lo conjetural o lo verosímil el ejercicio consiste entonces en descubrir puntos de vista comunes y luego estar a la solución probable. Nótese entonces cómo surgen dos elementos de inusitada importancia en el discurso jurídico: la tónica y la dialéctica, aplicables al mundo de lo problemático. Porque interpretar es eso: procurar el hallazgo de puntos de vista comunes, para construir una solución posible. Destaco, entre muchas otras, esta función, la interpretativa, como una valiosa herramienta que proporciona la argumentación.

Algo debe quedar en claro: nada de malo observo en considerar el razonamiento judicial como un silogismo. Tal postura es correcta. Lo incorrecto sería pensar que las premisas de tal razonamiento -que no son otras que las normas jurídicas y los hechos decisivos- puedan ser obtenidas de un simple proceso mecánico. Asumo que los jueces, al realizar un razonamiento para fundamentar una decisión, adoptan el método deductivo; pero la elección de las premisas y las reglas de inferencia de su razonamiento, exigen una labor más creativa antes que mecánica. Esa labor creativa permite entonces al juez salvar las imperfecciones de los textos legales o de los precedentes judiciales;

precisar el ahal cace de los textos vagos o ambiguos; eliminar lagunas y contradicciones. Por esta vía, la argumentación asume una función creadora. El juez, al argumentar, crea.

Me referí algunas líneas atrás a las premisas del razonamiento como las normas jurídicas y los supuestos fácticos. Quiero ocuparme ahora de las primeras, destacando la importancia de la semiótica. Claro: las normas jurídicas están vinculadas a ciertas formas del lenguaje; éste, entre otras funciones, se utiliza para transmitir información acerca del mundo.

Y en el Derecho, el lenguaje, entre otras, adopta la modalidad de una prescripción: quien habla se propone dirigir el comportamiento de otro, le induce, le indica, le manda, le ordena, le impone que adopte un determinado curso de acción. Éstas son las acciones lingüísticas encubiertas en el uso directivo de las normas, pero de ello no se sigue que la existencia u obligatoriedad de la norma esté condicionada a un acto lingüístico.

Digo lo anterior porque algunas normas no alcanzan a ser verbalizadas, sino que se presuponen implícitamente cuando se reacciona en cierto sentido frente a determinadas circunstancias, aunque en la mayor parte de las normas jurídicas se recurre al lenguaje a fin de promulgarlas. Como ejemplo podríamos citar el caso del gremio de los comerciantes, quienes asumen que una venta a 30 días de plazo se entiende verificada al contado. Nada advierte que así sea, nada lo hace positivo; basta que todos los comerciantes reaccionen de igual manera ante ambas modalidades de pago, criticando a los que no se comportan de esa manera. Quiero decir con lo anterior que cualquier norma es expresable, aunque no haya sido expresada de hecho, mediante oraciones lingüísticas.

Es grande la relación norma-lenguaje. Y se hace más notoria en los sistemas de Derecho deliberado, en los que todo el proceso de creación y promulgación de las normas jurídicas implica el uso del lenguaje. Pero de ahí no se sigue que ciertas normas jurídicas se hagan conocer por medios no jurídicos y, quizás, por el uso inveterado y repetido de ciertos comportamientos. Cuando esto sucede, es decir las normas jurídicas prescindan de las formas del lenguaje, el problema interpretativo se toma mayúsculo cuando se trata de precisar qué aspectos de tales acciones son objeto de regulación normativa, lo que entraña no pocas dificultades. Citemos el ejemplo de H. L. A. Hart Un padre enseña a su hijo la regla de quitarse el sombrero arando se asiste a un acto litúrgico. El niño piensa qué es lo que realmente se regula: sacarse el sombrero, hacerlo con la mano derecha, realizar el ademán de quitárselo.

Lo que quiero destacar es que cuando las normas son comunicadas a través de símbolos, lingüísticos o no, la precisión del contenido de la norma que ha sido sancionada presupone el ejercicio previo de la interpretación de tales símbolos. Se antoja necesario atribuirles un significado. En el ejemplo-propuesto, debemos entonces precisar si lo regulado obliga sólo a los simpatizantes del acto litúrgico católico; si rige para los niños; si obliga a los ancianos. En fin. Pero, en lo que respecta a las normas jurídicas, existe un cuerpo de funcionarios cuya opinión es privilegiada en cuanto a la aplicación de una norma al caso concreto: los jueces. Y su opinión es condición para que se hagan exigibles los efectos que las normas persiguen.

¿En qué punto de la disertación estamos?. Hemos discutido, de manera muy sutil claro está, en qué consisten las normas jurídicas y su relación con el lenguaje; de la argumentación hemos extraído algunos de sus instrumentos. Resta por ver el lenguaje como parte de un discurso y éste como forma articulada del ejercicio del poder. En suma: la argumentación asumida por los jueces en sus decisiones es un discurso; y éste, una forma de ejercicio del poder. Argumentación jurídica, decisión, poder: una tríada inescindible.

Asumo que el lenguaje no es un instrumento de comunicación social neutro. Al contrario: su estudio debe hacerse en el contexto en donde tienen lugar los enunciados y observar el particular uso que allí adquieren. Lenguaje y realidad están interrelacionados. Son una historia. Y la historia, en perspectiva foucaultiana, consiste en el estudio de ciertas prácticas del pasado que tienen que ver con la explicación de una determinada forma discursiva. Tal elección, pienso yo, no es ni arbitraria ni, mucho menos, caprichosa, pues detenerse en esos momentos históricos se hace con la finalidad de captar el sentido estratégico que posee el hecho de un cambio de discurso, para comprender una transformación o para aprehender las regularidades que determinan los sistemas de discursos posibles. La referencia al hecho histórico que puso de presente una determinada forma de hablar y de ver la realidad puede hacerlos legible y visible lo que nuestra cultura quiere decir y ver.

El discurso es, en términos de Foucault *“un conjunto de hechos lingüísticos ligados entre sí por reglas sintácticas de construcción; el discurso es un conjunto regular de hechos lingüísticos en determinados niveles, y polémicos y estratégicos en otros”*². Delimitemos más el alcance del término: el discurso es el conjunto de los enunciados que dependen de un mismo sistema de formación. Pienso que en el autor citado el discurso como mera perspectiva no asume propiedades intrínsecas en cuanto verdad o ‘ciencia’, sino en cuanto rol que está llamado a cumplir la constitución de ciertas prácticas y las formas de poder que ellas envuelven. Es una forma de poder, que se crea y configura en esas prácticas, profundamente ligadas a la crítica de la dominación. El discurso es una forma de poder. Advierto que esta propuesta no es el enfoque tradicional del pensamiento jurídico clásico que ha querido hacerle un quite al tema, sustituyendo un hecho real como lo es el poder, por explicaciones metafísicas de las que pretende extraer la validez del Derecho positivo. En la actualidad, sin duda alguna, es innegable la íntima conexión entre Derecho y poder. Derecho es poder.

Y el juego de poder es revelado a lo largo de los discursos; éstos son verdaderos actos de poder, que configuran activamente la vida de las personas. Esa configuración viene dada por unos procesos de control, selección y redistribución de procedimientos, a lo que no es ajena la argumentación jurídica, pues ésta procura construir un discurso controlado, seleccionado y redistribuido, en el que son perfectamente escindibles unos límites, denominados por Foucault de exclusión, que pueden ser externos o internos. Ya los veremos.

Recapitemos: en el mundo de los discursos hay unos procedimientos de control, selección y redistribución que operan como límites de aquél. He concebido la argumentación jurídica como la elaboración de un discurso, que por lo tanto debe estar controlado, seleccionado y redistribuido. Veremos entonces si la argumentación jurídica depara tales límites.

En los procesos denominados por Foucault de exclusión internos, se tiene lo siguiente: como primero, *'Lo prohibido'* que plantea la imposibilidad de decirlo todo; la prohibición de hablar de todo, en cualquier circunstancia o en cualquier momento. Así opera el discurso jurídico: se precisa de ciertas formas, de ciertos ritos que atienden a particulares circunstancias generadas en las denominadas 'oportunidades procesales'. Hay en todos los procesos un tema de debate definido; hay ciertas formas previstas por los compendios procesales para decir las cosas; alguien está facultado para decirlas. Esas formas son pre-establecidas para decir las cosas que se quieren decir y se deben decir; y, sólo los sujetos procesales pueden discutir o participar del debate ante un tercero imparcial, el juez.

No circula la palabra de todos en el tráfico jurídico. He ahí la segunda forma de exclusión prevista por Foucault: *separación razón-locura*. La palabra del 'loco' no circula como la de los demás, ésta no comporta verdad y carece de importancia. El loco no puede autenticar una partida o un contrato; su 'verdad' no es 'verdad'. Los códigos de procedimiento imponen serias restricciones a determinadas personas. Piénsese, por ejemplo, en el testimonio del sordomudo que no se da a entender por escrito, o de la persona que revela afecciones mentales. Es una forma de controlar el discurso.

Como también lo es la *'oposición razón-locura'*, tercera forma de exclusión. El discurso sólo puede ser pronunciado por quien tiene el derecho -tiene el poder- ciñéndose a un ritual. Es el discurso que decide la justicia, que profetiza el porvenir. Hoy esa forma de discurso, que podríamos llamar de enunciación, la hemos desplazado hacia el enunciado mismo: su sentido, su forma, su objeto, su relación con el referente, dando forma a una voluntad de saber, que no cesa de desplazarse.

A la par que existen procedimientos de exclusión internos, existen también procedimientos de exclusión externos. *'El comentario'*, con lo que se quiere significar que muchas cosas han sido dichas, enunciadas o reveladas, pero es necesario conservarlas, ya que esconden algo: una riqueza o un secreto. Son discursos que están llamados a reanudarse, a transformarse o, simplemente, merecen que se haga alusión a ellos. Nuestra realidad permite observar cómo las decisiones de los altos tribunales son seguidas sin el mayor escrúpulo o controversia por los funcionarios de menor grado jerárquico. Es, y perdóneseme la expresión, una forma de argumentar por vía de autoridad: alguien lo dijo,- y quien lo dijo tiene el poder para decirlo. Y basta.

El segundo elemento de exclusión externa es *"el autor"*. Es un principio de aglutinación o agrupación del discurso, como unidad y origen de sus significaciones. Es el foco de coherencia. Muchos discursos circulan, sin que su sentido o su eficacia merezcan ser avalados por el autor al cual se atribuyen.

En tercer lugar está la *'disciplina'*. Se define por un ámbito de objetos, un conjunto de métodos, un cuerpo de proposiciones consideradas como verdaderas o falsas, pero que rechaza al otro lado de sus márgenes toda forma de perversión del saber. Para poder pertenecer a este conjunto, toda proposición debe cumplir graves y complejas exigencias. En esta forma de discursos, todo está dicho, el saber está dado. Nada se transforma, no hay mutación alguna. A este punto hemos llegado y, con todo, admito que no es la forma de operar en el Derecho.

Resta por referir el *'ritual'* y *'las doctrinas'*. El primero alude a las cualificaciones que deben poseer los individuos que hablan: se definen los gestos, los comportamientos, las circunstancias y todo el conjunto de signos que debe acompañar el discurso. Se fija así la eficacia impuesta a las palabras; su efecto sobre aquellos a los cuales se dirigen los límites de valor coactivo. La *'doctrina'* hace que el discurso tienda a la difusión. Basta el reconocimiento de las mismas como verdades y la aceptación de unas ciertas reglas. Así quedan vinculados los individuos dentro de una particular forma de enunciación y como consecuencia se prohíbe cualquier otra. Quedan absolutamente diferenciados.

Creo que cuando argumentamos en el Derecho, producimos un discurso jurídico que no es más que una construcción sintáctica, enlazada por una serie de actos -momentos procesales, términos, oportunidades, legitimaciones- que han variado con el devenir de la humanidad y que, independiente de tal variación histórica, han sido limitados por hechos que los sobrepasan, los crean o los derogan. Con el discurso jurídico se ha pretendido la obtención de poder: la argumentación jurídica permite la apropiación de un saber que, indefectiblemente, se traduce en la búsqueda de formas de saber. Y ese saber se impone. Es el objetivo último del discurso: la obtención del poder. Y el proceso es eso, poder. Una serie ordenada de actos ritualizados que procuran la obtención de una verdad y, por vía de autoridad, solucionar un conflicto.

Con las reglas -y entiendo por tales las normas jurídicas- se busca un triunfo, el equivalente a una verdad. Y quiérase o no la evolución de las formas jurídicas está ligada a la evolución de las luchas; y el proceso, históricamente, ha sido eso: una lucha. El discurso pasa entonces de ser un medio para convertirse en un fin, por lo que y por medio de lo que se lucha.

En suma, tenemos que con el discurso Jurídico se presagia el surgimiento de una práctica, una nueva forma de dominación. El discurso en general apunta a la búsqueda de una verdad; el proceso procura, a su modo, el hallazgo de una verdad. Entre ambos no existe, a mi modo de ver, una crucial diferencia de fondo. Es el discurso jurídico una forma de micropoder que funciona en las instituciones aparentemente encaminadas a buscar protección y seguridad. Trátase de un sofisma. La tarea del intérprete será entonces la de desenmascarar ese sofisma, develarlo y, como el arqueólogo, interpretarlo desde la óptica histórica para saber que se quiere decir y ver en el contexto actual. Tal labor no es ni mucho menos fácil.

Culmino, aquí, este escrito, advirtiéndole que no se ha cerrado y que, muy al contrario, permanecerá abierto. Abierto al paso del tiempo; a las posibles correcciones que las imperfecciones -tantas- demanden; y por que un escrito es eso: algo que no se cierra. Así nos equivocamos los hombres; así se corre el riesgo de equivocarse por quien argumenta. Pero asumir ese riesgo siempre será una tarea loable.

BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993.
- Foucault, Michel. *Genealogía del mismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Traducción del francés de Alfredo Tzveibely. Las ediciones de la Piqueta, Madrid, 1992.
- Foucault, Michel. *El Orden del Discurso*. Editorial Tusquet, Barcelona, 1992, 1 edición.
- Foucault, Michel. *Arqueología del saber*. Siglo XXI editores, bogotá, 1984, 10 edición.
- García Villegas, Mauricio. *La eficacia simbólica del Derecho. Examen de Situaciones Colombianas*. Ediciones Uniandes, Bogotá, 1993.
- Hart, H.L.A. *El concepto del Derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Niño, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 9 edición, 1992.
- Perelman y Olbrecht-Tyteca. *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*. Traducción castellana de Julio Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1981.
- Valencia Restrepo, Hernán. *Nomoarquica, Principialística o los Principios Generales del Derecho*. Segunda edición, Temis, Bogotá, 1999.

NOTAS

- ¹ Hart H.L.A. el concepto del derecho. Editorial Auel, Buenos Aires, 1990.
- ² Foucault, Michel. Arqueología del saber. Siglo XXI editores, Bogotá, 10 edición, 1984.