

RAZONABILIDAD Y LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS JURÍDICOS

Natalina Stamile

natalinastamile@yahoo.it

Myriam Janneth Silva Pabón

jannethsilva@hotmail.com

1. INTRODUCCIÓN

La teoría de la argumentación jurídica puede ser considerada como uno de los aportes más originales e interesantes para el estudio del Derecho, porque a diferencia de las posiciones u orientaciones tradicionales ha puesto una específica atención sobre algunas características que desde la evolución, en el sentido constitucional del modelo del Estado, determinan los ordenamientos positivos contemporáneos. Entre tales características, que según algunos estudiosos no son tratadas de manera adecuada por parte de la filosofía del derecho tradicional¹, están la normación de los principios, la constitucionalización de los valores con la consecuencia de una vinculación (débil o fuerte) entre Derecho y moral, y sobre todo la centralidad de la argumentación para llegar a determinar no solo el contenido de una norma sino también la estructura, extensión y límites de un ordenamiento jurídico. Así que un papel determinante y fundamental dentro de la teoría de la argumentación jurídica lo juega la concepción de la racionalidad, por el razonamiento práctico y por el mismo concepto de Derecho. El teórico y el filósofo del derecho, entonces, reconoce la importancia, en general, del razonamiento jurídico pero analizando las modalidades, formas y aún los procedimientos a través de los que se realiza.

Sin embargo, a partir de esta breve premisa, parece evidente que la teoría de la argumentación jurídica se presenta compleja y se compone de distintas y varias posiciones que no son ciertamente ajenas a las críticas. A partir de los años setenta algunos estudiosos se dedicaron a un análisis sistemático del razonamiento jurídico tanto en el mundo anglosajón como en el continental. Son considerados como principales Aulis Aarnio, Robert Alexy, Aleksander Peczenik, aunque no se puede considerarlos pertenecientes a la misma escuela filosófica - jurídica. Sin embargo ellos comparten un mismo programa de investigación y llegan a resultados similares y/o próximos². Por ejemplo, Manuel Atienza, después de haber declarado el pensamiento de Viehweg, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy y antes de exponer sus críticas escribe al principio «he tratado de presentar una caracterización general de la argumentación jurídica tomando como guía básicamente

¹ Véase: S. Berteza, *Certeza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002.

² Ibidem, p. 77.

la lógica formal deductiva. Una aproximación de este tipo, sin embargo, no permitía dar cuenta de todos los aspectos de la argumentación jurídica o de la argumentación en general. La conciencia - a veces exagerada - de esta insuficiencia de la lógica es lo que dio origen, a partir de los años cincuenta, a lo que hoy solemos entender como teorías de la argumentación jurídica. Las cinco concepciones seleccionadas, pueden subdividirse, a su vez, en dos grupos. En el primero habría que incluir la obra de los tres autores, Viehweg, Perelman y Toulmin que, como anteriormente se ha dicho, pueden considerarse como los precursores de las actuales teorías de la argumentación jurídica. Las obras de MacCormick y de Alexy representan, precisamente, lo que nos parece puede denominarse la teoría estándar»³. Atienza se ha esforzado por presentar un resumen de las ideas de los autores en cuestión acerca de la argumentación, que resultaría lo más claro y lo menos simplificador posible y luego ha tratado de mostrar las principales objeciones que cabría dirigir a esa concepción. Sucintamente, esas críticas representan, en general, las líneas fundamentales que deberían guiar la construcción de una teoría de la argumentación jurídica plenamente desarrollada⁴.

Se suelen distinguir una concepción formal, material y pragmática o dialéctica de la argumentación y cada una se caracteriza para una precisa necesidad de argumentar⁵. Así como hay varios modelos o tipos de racionalidad bien definidos, es decir la racionalidad lógico-formal, la racionalidad científica, la racionalidad técnica y la racionalidad moral⁶. De hecho, la mayoría de los estudiosos afirman y están de acuerdo, en líneas generales, que la teoría de la argumentación jurídica se conecta con un tipo de racionalidad que cabría llamarse procedimental. Por ejemplo, sería procedimental una teoría de la racionalidad como la de Habermas según la cual el consenso obtenido respetando las reglas de un procedimiento racional es el criterio de la verdad o de la corrección de los enunciados y eso permitiría obtener una vinculación entre Derecho y moral. También otros autores, de una forma de racionalidad de tipo procedimental, definen la teoría de la argumentación como la teoría procedimental de “las reglas del juego” y cuyo modelo estaría dado por las reglas de democracia y especialmente por las reglas del juego parlamentario «es un *procedimiento racional*, más que una *razón procedimental*; y se distingue del procedimiento científico esencialmente porque las reglas de que se compone no se entienden como válidas para fundamentar en el contenido, o sea, en esencia, el resultado del propio procedimiento, solamente para intentar ponerlo preventivamente al resguardo de los ataques de los disidentes. El resultado del

³ M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 203

⁴ Es necesario señalar que Atienza antes escribía que «[...] la “teoría estándar de la argumentación jurídica” (y con este concepto pretendo aludir a la teoría elaborada por autores como Aulis Aarnio, Neil MacCormick, Aleksander Peczenik, para citar a los que cabe considerar como más influyentes en la última década) [...]»: Cfr.: M. ATIENZA, *Para una teoría de la argumentación jurídica*, en *Doxa*, 1990, v. 8, p. 39ss.; también M. ATIENZA, *A propósito de la argumentación jurídica*, en *Doxa*, 1998, v. 21, p. 33ss.

⁵ M. Atienza, *A propósito de la argumentación jurídica*, en *Doxa*, 1998, v. 21, p. 39.

⁶ *Ivi*, p. 41

procedimiento no es visto, por lo tanto, como *la conclusión de un procedimiento*, sino que sigue siendo el fruto de una *decisión* que viene tomada, sí respetando las reglas, pero no siendo en absoluto, en sentido sustancial, el producto de la observancia de esas reglas»⁷. Sin embargo parece claro como en la teoría de la argumentación jurídica son fundamentales los conceptos de razón, racionalidad, lo razonable y razonabilidad⁸.

No obstante, el concepto de razonabilidad tiene contornos vagos y no bien definidos y sobre todo por eso parece puede adaptarse bien a las dinámicas del Derecho. Sin ninguna pretensión de agotar o apuntar por completo el tema, el objeto del presente estudio es subrayar los diferentes usos de la razonabilidad en algunos ámbitos específicos del Derecho, destacando su implementación, donde se presentan, Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) o las Alternatives Dispute Resolution (ADR) en el ámbito anglosajón. En efecto, aunque sólo a nivel puramente lingüístico y textual, el uso de cláusulas elásticas y nociones generales, puede permitir encontrar una solución de compromiso sencilla, donde es más complicado formular un marco jurídico extenso y detallado. Por lo tanto, parece que la razonabilidad está llegando a ser un instrumento irreprimible de unificación y armonización, en general, de las diferentes legislaciones a nivel supranacional y en particular, del Derecho internacional de los negocios. Así que en el presente estudio se exponen algunas breves y críticas reflexiones sobre la razonabilidad en el ámbito del Derecho donde se puede recurrir a los MARC. Uno de los objetivos es descubrir y demostrar que en algunos casos, sería posible cuando se acuda al uso de un MARC.

En la tercera parte de esta ponencia se reconstruye el origen del movimiento de las ADR en Estados Unidos, su relación con la teoría de la argumentación jurídica y el razonamiento que debe tenerse en cuenta en los procedimientos jurídicos de la resolución de conflictos. Para orientarnos en la referencia del debate teórico - jurídico tomaremos uno de los máximos teóricos y filósofos del derecho, Robert Alexy. Propiamente su teoría es tomada como un modelo por soportar la posibilidad de que haya razonabilidad en el uso de las ADR.

Por supuesto hay autores que no están de acuerdo sobre esto y una de las críticas es que la teoría de la argumentación está lejos de los problemas prácticos y de la realidad. Por lo tanto, se pueden individualizar por lo menos tres perspectivas desde las que se puede examinar la teoría de la argumentación jurídica: la primera se refiere a su contenido o campo de aplicación; la segunda se refiere a los métodos o instrumentos utilizados por la teoría estándar; la tercera a los resultados

⁷ L. Gianformaggio, *La nozione di procedura nella teoria dell'argomentazione*, *Analisi e Diritto*, p. 155, 1993, trad. cast. Juan Ruiz Manero, *La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica*, *Doxa*, n. 14, 1993, pp. 157 - 169.

⁸ M. Atienza, cit., p. 47 «[...] el Derecho en cuanto práctica racional, y en particular el estado de Derecho, el estado constitucional, presupone - o implica - no sólo valores de tipo formal (ligados con la idea de previsibilidad), sino también de tipo material (vinculados a las nociones de justicia o de verdad) y de tipo político (conectadas a la noción de aceptación).

obtenidos por la teoría estándar de la argumentación jurídica⁹.

Así, el propósito del presente trabajo es demostrar que para Alexy las decisiones judiciales no son solo operaciones meramente lógicas que subsumen casos concretos bajo normas generales, sino que implican valoraciones. La argumentación jurídica se concibe como un actividad lingüística que tiene lugar en situaciones diferentes; de lo que se trata en esta actividad lingüística es de la corrección de los enunciados normativos. Esta actividad deberá designarse como discurso práctico, considerando que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. En las ADR cuando se discuten derechos entre las partes y se toman decisiones, es fundamental una actividad lingüística donde se da la corrección de enunciados normativos, por lo tanto también están basadas en discursos prácticos.

Debido a que se puede considerar el proceso judicial como uno de los métodos para resolver conflictos entre los ciudadanos, según lo que se expondrá más adelante, revisaremos las ADR a la luz de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy y trataremos de encontrar, si es posible, una razonabilidad en el uso de las mismas.

2. RAZÓN, RAZONABILIDAD, DERECHO

Como decíamos antes, tanto el juez o el árbitro, como los operadores de otras ADR recurren a los argumentos o razones para solucionar el caso o conflicto concreto pero ¿ellos utilizan el mismo concepto de razón?

Aunque la relación entre razón y Derecho se caracteriza por ser compleja y vasta¹⁰, se intentará analizar solamente dos sentidos distintos que la mencionada relación pueda asumir, es decir “ley de la razón” o “razón jurídica”. Desde un punto de vista lingüístico, en el primer significado, con los dos términos “razón” y “Derecho” «podemos componer dos expresiones distintas; en la primera de ellas “ley” es el sustantivo y “razón” sirve como complemento de especificación o se presenta bajo forma de adjetivo calificativo, “racional”, de donde derivan las expresiones “ley de la razón” o “ley racional”; en la segunda, al contrario, el sustantivo es “razón” y el “Derecho” sirve de complemento de especificación bajo la forma del adjetivo calificativo

⁹ M. Atienza, *Para una teoría de la argumentación jurídica*, en Doxa, 1990, v. 8, p. 39ss.

¹⁰ Véase: N. Bobbio, *La razón en el Derecho (Observaciones preliminares)* en Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 2, 1985, pp. 17- 56. El autor afirma que la razón en el Derecho es un tema vasto y complejo y que «por lo que respecta a la vastedad no hay doctrina jurídica, desde la antigüedad hasta nuestros días, que no haya incluido de alguna forma - y desdichadamente de la formas más variadas - en su razonamiento alguna referencia a la relación entre razón y Derecho. Por lo que respecta a la complejidad, no hay significado de «razón», de este término central del lenguaje filosófico (hasta el punto de que la filosofía misma ha sido considerada como el discurso racional por excelencia), usado - al igual que todos los términos filosóficos - en los significados más diversos, que no haya entrado en los razonamientos en torno a la relación entre razón y Derecho. [...] La variedad y la complejidad han aumentado además por el hecho de que el mismo universo jurídico (el otro término de la relación) es cualquier cosa menos que homogéneo; más aún, comprende dentro de sí varios momentos que suelen considerar separadamente hasta el punto de no dejar siempre visible la unidad del todo».

“jurídico”, de donde nace la expresión “razón jurídica”»¹¹. Por lo tanto, con el término “ley de la razón” se indica la capacidad o la facultad de captar la esencia de las cosas, es decir la naturaleza de las cosas, así que se suele hablar de razón en sentido fuerte. Distinto es el caso de la “razón jurídica” que implica una razón débil porque reenvía al razonamiento entendido como inferencia, cálculo o como argumentación. Esta precisión es importante porque nos permite reconocer que pueden existir varias y distintas formas de Derecho entre las cuales se pueden distinguir una ley de la razón y una razón jurídica; y que entre los diferentes usos de la razón, hay una que utiliza o que se sirve de manera especial a los operadores del Derecho¹². Además, gracias a este presupuesto, es posible, también identificar dos niveles de análisis: en el primero, el problema es averiguar si existe un Derecho racional; en el segundo, el problema es determinar en qué constituye razonamiento jurídico y en lo que se distingue desde otras formas de razonamiento. Desde una perspectiva práctica, por ejemplo, podríamos trasladar los términos de la relación a un plano temporal, distinguiendo el momento de la creación del Derecho desde aquello de la aplicación y dicho de otra manera, si se prefiere, el contexto del descubrimiento del Derecho desde aquello de la justificación. Por lo tanto, precisa Bobbio, que en cualquier diccionario filosófico se encuentran las palabras razón sustancial, en el primer caso, y razón formal en el segundo y que corresponden a dos momentos distintos «el momento de la creación del Derecho y el momento de la aplicación. La razón fuerte es la que crea, descubre o revela - según los distintos puntos de vista en la tradición del Derecho racional - el Derecho, es decir, las reglas a las que el hombre racional debe atenerse, y no se limita a indicarlas, sino que las pone, propone, impone [...] y la razón débil es aquella que, una vez establecida las reglas - y no importa que éstas estén puestas por la razón o por una voluntad superior - las aplica al caso concreto y para aplicarlas al caso concreto se vale de los procedimientos descritos o regulados por la lógica, por la tópica, por todas las disciplinas que tienen por objeto las operaciones mentales que se pueden hacer entrar en el concepto de razonamiento [...]»¹³. Así, parece posible realizar otra distinción, es decir, entre razón legisladora y razón juzgadora y además, en la tradición del racionalismo ético, la razón, en general, no sería sólo teórica sino también práctica.

El análisis así propuesto, es tan claro y se percibe, o se distingue bien, solamente a nivel teórico, porque en lo práctico no siempre somos capaces de demarcar, con absoluta certeza, los límites o confines de un modelo de razón o de otro. De hecho, la mayoría de las veces, ambos modelos de razón que hemos hasta ahora distinguido, se encuentran y se sobreponen, así que resulta arduo y difícil establecer donde empieza lo uno y lo otro. Entonces, los dos están conectados aunque «los criterios con los que el Derecho racional ha sido distinguido del Derecho no racional,

¹¹ *Ibidem*, p. 18.

¹² *Ibidem*. Véase también N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 296.

¹³ *Ivi*, p. 19.

[...] no tienen nada que ver con los criterios con los que el razonamiento jurídico se distingue eventualmente del razonamiento no jurídico»¹⁴. Sin duda, el método analítico nos ayuda en la aplicación de las varias clasificaciones del término razón, pero al mismo tiempo parece implicar algunas criticidades. Respecto a la distinción entre razón fuerte y razón débil, por ejemplo, considerando que el contexto del descubrimiento de los principios y aquello de sus aplicaciones, pueden ambos pertenecer tanto a la razón fuerte como a la razón débil¹⁵, la distinción pierde utilidad, disolviéndose en una visión global y unificada, comprensiva y unitaria. Lo que cambia, como ha evidenciado Pattaro, es el tipo de razonamiento utilizado, en el primer caso, se trata de un razonamiento enteramente deductivo, mientras, en el segundo caso tenemos un razonamiento caracterizado por un componente intuitivo¹⁶. Así como, otra reflexión que se refiere en general a la relación entre razón y Derecho afecta “la naturaleza de las cosas”, es decir como momento del descubrimiento de los principios primeros. Este concepto parece ser adaptado tanto por la perspectiva de la razón fuerte como por la perspectiva de la razón débil, porque en el primero se manifestaría en el papel de principio primero o esencia necesaria, inmutable en el tiempo y en el espacio; en el segundo, se expresaría en conexión con el caso concreto, es decir como principio inmanente y contingente¹⁷. Así que, la “naturaleza de las cosas” parece ser objeto al mismo tiempo de la razón fuerte y de razón débil y en consideración de esto, sería mejor distinguir el momento de descubrimiento de los principios primeros desde el momento de sus inferencias o, dicho de otra manera, el descubrimiento de los principios primeros desde sus elaboraciones. A pesar de ello, tal operación parece no llegar a ninguna ventaja evidente. Y también si tomáramos en cuenta la relación entre Derecho y ética, y si asumiéramos la razón fuerte como la capacidad de descubrir la esencia o los principios primeros, desarrollandolos en silogismos y/o teoremas, una de las consecuencias sería que los principios mismos se manifestarían en proposiciones normativas de nivel intermedio o directamente tendrían una fuerte influencia en el sistema jurídico o moral¹⁸. Así que uno de los riesgos que se corre es de «confundir la primera con la segunda distinción,

¹⁴ *Ibidem*, p. 20

¹⁵ Véase: E. Pattaro, *La razón en el Derecho. Comentario a Norberto Bobbio en Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 2, 1985, p. 148. El autor escribe que: «Históricamente, en el terreno más filosófico que jurídico, me parece que la distinción entre razón fuerte y razón débil abarca, en sus orígenes, tanto el momento de la determinación de los principios, o leyes fundamentales, como el momento de su aplicación».

¹⁶ *Ibidem*: «A ambos modelos pertenecen tanto el momento de descubrimiento de los principios como el momento de su aplicación. Existen principios de la ciencia (razón fuerte) y existen principios de la prudencia (razón débil); existen además aplicaciones, mediante razonamiento, tanto de unos (en este caso, el razonamiento es integralmente deductivo) como de otros (en este caso, en el razonamiento entra también un componente intuitivo [...]) Los principios primeros de la ciencia, según Aristóteles, son los axiomas, las definiciones y las hipótesis. Se trata de principios necesariamente verdaderos y autoevidentes. Los principios de la prudencia, por el contrario, están constituidos, como en el discurso dialéctico, por la opinión común o la de los más sabios o la de los más reputados entre éstos. El razonamiento científico es deductivo. El razonamiento prudencial es dialéctico (lo que no significa que sea formalmente distinto del razonamiento científico, sino solamente que sus premisas, las opiniones, no son verdades necesarias autoevidentes) e incluye además un componente intuitivo».

¹⁷ *Ibidem*, p. 149.

¹⁸ *Ibidem*, p. 150.

identificando la razón fuerte con la facultad que facilita el descubrimiento de los principios y, respectivamente, la razón débil con la facultad que facilita su aplicación»¹⁹. Por lo tanto parece preferible, simplemente reconocer que se da un concepto fuerte y un concepto débil de razón tanto en relación con el descubrimiento como en relación con la aplicación de los principios²⁰.

No obstante algunas posiciones de Pattaro y de Bobbio resultan condivisibles, en el análisis de los dos no aparece la distinción y/o la relación entre la razón teórica y la razón práctica. Y es propiamente esta la que podría ser considerada la llave para comprender la naturaleza del razonamiento jurídico en cuanto, por medio de la razón teórica, se accedería a un conocimiento directo del mundo mientras la razón práctica permitiría elegir la conducta o la acción con respecto al caso concreto. Desde aquí, parece emerger que no solamente los criterios de evaluación de los dos tipos de razón no son iguales y no tienen las mismas características, sino también que el razonamiento práctico moral utilice la sola razón práctica. El razonamiento jurídico, por el contrario, teniendo exigencias diferentes de aquello moral, necesitaría tanto de la razón teórica, entendida como un conocimiento de hechos y normas, cuanto de la razón práctica con el específico papel de ofrecer una respuesta a la pregunta ¿qué hacer “aquí y ahora”? Esto parece posible, según algunos estudiosos, porque distinguiendo «el razonamiento jurídico del moral en tanto el primero tiene exigencias de la razón teórica (conocimiento de hechos y conocimiento de normas) y de la razón práctica (qué hacer en un caso particular). Las diferentes exigencias de razón permiten advertir, también, que ciertos razonamientos jurídicos son pasibles de ciertos sentidos de *racionalidad* que no son aplicables al razonamiento moral»²¹. En contravía, según otros, a través de la discusión sobre el concepto de razonabilidad como categoría iusfilosófica se podrían individualizar unas series de usos teóricos, más o menos difusos, y sin embargo representativos y paradigmáticos del concepto de razón o de racionalidad en general, y así pudiendo llegar al tema de la razón práctica que atiene a los fines, a las reglas de la conducta humana y a la relación de esta última con la racionalidad moral. Además otros defienden la tesis segunda, para los cuales la racionalidad consistiría en perseguir con inteligencia objetivos justos, así que ellos describen la racionalidad como cognitiva, pragmática y evaluativa, y estas características junto a la racionalidad serían

¹⁹ *Ibidem*, p. 151.

²⁰ *Ibidem*, pp. 151-152. Pattaro, además, desde estas premisas elabora otros modelos de razón, es decir «1) Hay razón fuerte, es decir, objetiva, en el conocimiento de los principios (contexto de descubrimiento), los cuales serán, por lo tanto verdaderos y evidentes a la razón. [...] 2) Hay razón fuerte, es decir, objetiva, en la aplicación de los principios (contexto de justificación), que hace derivar conclusiones en forma deductiva, conclusiones que serán, por lo tanto, necesarias en relación con los principios. 3) Hay una razón débil, es decir opinable, en el conocimiento de los principios (contexto de descubrimiento) lo que, por tanto, serán verosímiles, probables, simplemente “aceptables”. 4) Hay una razón débil, es decir, opinable, en la aplicación de los principios (contexto de justificación) que hace derivar conclusiones en forma no estrictamente deductiva; conclusiones que, por lo tanto, serán meramente plausible (pero no necesarias) en relación con los principios».

²¹ Véase: J.A. Cerdio Herrán, *Razonar en lo jurídico y en lo moral. Dos razones, diferentes racionalidades*, in Simposio Internacional de Filosofía del Derecho “Racionalidad en el Derecho” (Buenos Aires, 5, 6 y 7 de Mayo de 2014), Facultad de Derecho (UBA), p. 71 ss.

indisolubles²². Por lo tanto, la racionalidad se basa en la presencia de “buenas razones”, es decir que hay racionalidad si lo que se haga es conducido por razones suficientemente buenas, si en un contexto cognitivo, pragmático y evaluativo se actúa sobre la base de razones validas por las que se hace²³.

Por lo tanto, en esta perspectiva, la cuestión de la motivación es un aspecto fundamental de la racionalidad y, como en la moral, también aquí se trata de hacer las cosas justas y por las razones justas. Ciertamente, no todas las razones son buenas razones²⁴.

Con respecto al concepto de Derecho y a sus implicaciones con los concepto de razón y de razonabilidad, se podrían tomar en consideración cuatro posiciones iusfilosóficas fundamentales que han intentado delinear los confines de la racionalidad jurídica²⁵. La primera define el Derecho como un conjunto de órdenes emitidas por un superior político y el concepto de Derecho derivaría de una postura imperativista o voluntarista (concepción imperativista o voluntarista). Tomando en cuenta las diferentes posturas elaboradas por los mayores filósofos iuspositivistas, se llega a la conclusión, asunta también por Bobbio, que existirían dos tipos de razón: una capaz de individualizar las normas para aplicar, es decir una razón fuerte, llamada también “razón legisladora” y otra débil en cuanto otorga los criterios solamente para la aplicación de las normas y por eso es también llamada “razón judicante”. Entre las dos razones, el iuspositivista reconocería solo a la “razón judicante” la posibilidad de ser ejercitada de manera razonable en cuanto la primera representaría solo una ilusión vana o una pretensión de llegar a la esencia de las cosas²⁶.

La segunda posición considera al Derecho como una especie de regularidad social y uno de sus mayores exponentes es el juez americano Oliver Wendell Holmes, que sostiene que el Derecho es dado por las previsiones de los futuros comportamientos de los tribunales²⁷. La única racionalidad posible, desde esta perspectiva, sería aquella que se aplicaría a la conducta de quien decide el caso particular, es decir a los motivos de la decisión y no ciertamente a la racionalidad que se aplicaría a aquellas razones que constituyen la premisa del razonamiento que termina con la decisión.

La tercera postura, por el contrario, implicaría una visión débil de la racionalidad y por eso se basa en la idea que el Derecho es un conjunto de normas consideradas como entidades

²² Véase: R. Rescher, *Rationality: A Philosophical Inquiry into the Nature and the Rationale of Reason* (1988), tr. it. *La razionalità. Indagine filosofica nella natura e i fondamenti della ragione*, Armando Editore, Roma, 1999.

²³ *Ibidem*

²⁴ *Ibidem*

²⁵ Véase: M. La Torre, *Sobre el espíritu dúctil de las leyes - Razón, racionalidad, razonabilidad en El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 12, 2010, pp. 52 - 65.

²⁶ *Ibidem*

²⁷ Véase: O.W. Holmes, *The Common Law*, Little Brown & Co., Boston, 1949; *ID.*, *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace and Howe, New York, 1920.

semánticas, comparables con cualquier conducta puesta por un sujeto²⁸.

Finalmente, la última asume el Derecho como práctica, es decir como institución. Por lo tanto, es importante evidenciar que con base en las dos versiones del institucionalismo, existen dos maneras de concebir la institución: uno como sistema social y otro como un ámbito de acción que funciona a través de reglas y normas. Por eso, en el institucionalismo a la vieja usanza existiría una sola forma de razón o de racionalidad presupuesta como propiedad de todo el sistema y que se manifestaría en cada estructura. En el institucionalismo nuevo, de Neil MacCormick y Ota Weinberger, faltaría una verdadera definición de institución y entonces tal laguna permitiría reunificar la perspectiva semántica con la perspectiva sociológica²⁹. Por lo tanto, la existencia de la racionalidad, tanto en el área del conocimiento, como en aquella de la acción permitiría caracterizar esta racionalidad tanto como práctica cuanto como moral³⁰. El Derecho, así, sería un fenómeno inherente a la conducta, es decir, un especie de “caso especial” de la moral, pero capaz de suplir a las dos principales carencias de la misma moral: la indeterminabilidad cognitiva y la debilidad motivacional.

Todavía, parece posible añadir otra definición de razón, basada en la idea que la racionalidad puede fungir como una barrera, un obstáculo a los deseos y instintos, es decir como razón por las acciones tenidas según criterios o principios y no por impulsos³¹. Esta racionalidad se presenta como un criterio que permite obtener el consenso de los terceros, configurandose como un predicado de acciones y/o enunciados. Bajo este perfil, sería posible distinguir tres tipos de racionalidad: (i) la racionalidad lógica o deductiva, que se base en las relaciones de necesidad lógica, una racionalidad *a priori* que no puede prescindir de la experiencia; (ii) la racionalidad casi lógica o inductiva, es decir que después de un cierto número de observaciones empíricas se fórmula una ley universal de donde se trae lógicamente una ley particular; la racionalidad se caracteriza por ser *a posteriori*; (iii) La racionalidad instrumental, es decir que una acción sería instrumentalmente racional cuando dado un fin *a*, válido y adecuado, se tendría que *b* sería el medio apropiado para llegar a obtener el fin *a*. Por lo tanto, la racionalidad inductiva y la racionalidad instrumental, por el contrario de aquella lógica, se basan en las relaciones de necesidad empírica. Además, a estas tres formas de racionalidad, parece que es posible añadir una cuarta: la racionalidad abductiva que encuentra su propio fundamento en las proyecciones de probabilidad o de verosimilitud y por eso se

²⁸ Véase: H. Kelsen, Teoria generale delle norme, ; H.L.A. Hart, The Concept of Law (1961), tr. it., Il concetto di diritto, Einaudi, Torino, 1991. Kelsen y Hart, no obstante son positivistas son considerados dos de los mayores normativistas.

²⁹ Véase: N. Maccormick, O. Weinberger, An Institutional Theory Of Law, Reidel, Dordrecht, Reidel, 1985.

³⁰ M. La Torre, Sobre el espíritu dúctil de las leyes - Razón, racionalidad, razonabilidad en El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, cit..

³¹ Véase: R. Nozick, The Nature Of Rationality (1993), tr. It., La Natura della Razionalità, Feltrinelli, Milano, 1995.

utiliza frecuentemente por la prueba de los hechos³².

Desde un punto de vista filosófico, los cuatro modelos de racionalidad pueden ser reunidos en un única y general noción: la reflexividad, es decir cuando la bondad o cualidad de los argumentos sean tales que los hagan, casi lógicos, empíricos y efectivamente verificables. Solo la razón implicaría la reflexividad de la racionabilidad y entonces en la argumentación racional serían válidas solamente las razones y los buenos argumentos. Esto parece más claro si se piensa que la reflexividad implicaría también la capacidad de conceptualizar un evento y atribuir a eso un significado, es decir que en este contexto la racionalidad resultaría ser la capacidad de representación típica del lenguaje³³.

Según Dworkin, en el discurso jurídico no hay sólo razones jurídicas sino también razones que tienen una naturaleza extrajurídica, como especialmente la moral y ética, y su propio consumo pueden ser capaces de superar la visión de separación formulada por el positivismo jurídico. De hecho, si pensamos en la decisión que un juez o un árbitro toma en relación con un caso en particular, él muestra que ha sido influenciado también por las instancias teleológicas y principios morales. Así que el discurso jurídico parece abierto a aquellas que son las razones de carácter extrajurídico. Por lo tanto, esta visión parece adaptarse perfectamente a la distinción entre principios y reglas de las cuales hablan tanto Dworkin, Alexy y Habermas³⁴. Y esto nos permite distinguir la racionalidad que tiene que haber con el respecto de las leyes desde la razonabilidad, es decir los principios que por su propia naturaleza están sujetos a criterios derogables y discutibles. Además tal consideración parece incluir una exigencia de racionalidad jurídica de la argumentación que no invertiría solo el jurista práctico sino no también el teórico y filósofo del derecho y quizás también los operadores de las ADR. Esta llave de lectura facilitaría el análisis de la teoría de la argumentación y de manera especial aquella formulada por Robert Alexy, es decir teoría del discurso racional como teoría de la motivación jurídica y de su vinculación con la teoría de la ponderación de los principios y además «la teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral. El problema de la relación entre Derecho y moral ha de plantearse de nuevo bajo el aspecto de la vinculación entre la argumentación jurídica y la moral. Sobre la base del concepto de principio obtenido cabe preguntar ante todo si es posible una teoría de los principios que determine para cada caso justamente una respuesta»³⁵.

³² Véase: D. Walton, *Abductive Reasoning*, The University Of Alabama Press, Tuscaloosa, 2004; G. Tuzet, *Le Prove Dell'abduzione*, in *Diritto E Questioni Pubbliche*, 4, 2004, pp. 275-295

³³ Ejemplo clásico es la afirmación “el gato está sobre el felpudo, pero yo no lo creo”. Véase: J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de M. J. Redondo, Madrid, 2010.

³⁴ Para una mayor profundización del tema se reenvía a otra sede.

³⁵ Véase: R. Alexy, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del*

Diversamente, según Alexy los principios «son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre o solo cumplidas o incumplidas»³⁶. Así que, parece claro que las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Resumiendo y dicho de otra manera, cuando «se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla»³⁷. Entonces, la teoría de la ponderación se base en el principio de proporcionalidad que se compone de tres principios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Esto conduce a las estructuras de argumentación racional. Parece cond divisible la postura de los autores que afirman que el concepto de razonabilidad o de razonable, contrapuesto usualmente al de racionalidad o racional³⁸, parece tener una gran importancia en la argumentación práctica en general y en la argumentación jurídica en particular³⁹.

3. ORIGEN DE LOS MARC O ADR

En la segunda mitad del siglo XX, después de la Segunda Guerra Mundial, se comenzó a observar un creciente aumento de los litigios debido al crecimiento de las ciudades y de los suburbios; con el crecimiento del comercio interestatal e internacional, las mejoras de los medios de transporte y de comunicación el número de casos en proceso judicial aumentaron; muchas leyes federales y estatales establecieron nuevos derechos a favor de las mujeres, las minorías, los trabajadores y los consumidores y los beneficiarios de estas leyes intentaron exigir sus derechos a través del poder judicial.

Preocupado por la creciente congestión de los tribunales de los Estados Unidos, Warren Burger, el presidente de la Corte Suprema, para ese momento, convocó la “*Pound Conference*” en abril de 1976, hace cuarenta años e invitó a los jueces, abogados y profesores más importantes del

Derecho, núm. 5, 1988, p. 14.

³⁶ *Ibidem*, p. 145.

³⁷ *Ibidem*

³⁸ Véase, por ejemplo, E. Haba, Lo racional y lo razonable, en Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, XVI (43), 1, 1978, pp. 1-32.

³⁹ Véase: M. Atienza, Sobre lo razonable en el Derecho, en Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm.6, 1989, p. 93.

país a disertar y proponer algunas posibles soluciones por la insatisfacción general con la administración de justicia. Uno de los expositores, Frank Sander, un profesor de la Universidad de Harvard, propuso una posible solución, que con el paso del tiempo, fue conocida como “El Sistema Multipuertas” (*Multidoor Courthouse*); donde consideró que el sistema de justicia no era apropiado para todos los casos y propuso un sistema para recibir y analizar cada conflicto al llegar a cada juzgado, que sería como un edificio con varias puertas (oficinas o espacios); según su propuesta el personal del palacio de justicia o juzgado, ayudaría a los posibles litigantes a analizar sus casos y considerar la elección de una o varias alternativas para resolver los conflictos; consideraba que los juzgados son los lugares más importantes y los principales para la resolución de los conflictos, tratándolos de convertir en centros de resolución de conflictos que tuvieran varias alternativas para que los ciudadanos pudieran resolverlos⁴⁰. Según la propuesta del profesor Sander, los funcionarios del juzgado ayudarían a las personas a analizar sus casos y a considerar la elección de una o varias de las alternativas que representaban cada puerta, y calculó que muchas personas elegirían alternativas diferentes al litigio que permitirían preservar sus relaciones con su contraparte. La propuesta del Sistema Multipuertas fue la idea más importante e influyente que salió de esa Conferencia Pound. Esta propuesta fue de donde nació el movimiento ADR (Alternative Dispute Resolution) y de donde surgen en otras partes del mundo los denominados MARC (Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos), tal como los conocemos en la actualidad⁴¹. Luego de que se autorizara la utilización de ADR por los Tribunales Federales, el Gobierno Federal, en cada estado de los Estados Unidos se ha adoptado alguna forma del Sistema Multipuertas que fue sugerida por el profesor Sander en 1976.

Por lo tanto, el sentido que realmente se le debe dar a la palabra “alternativa” en los ADR y a la palabra “alternativos” en los MARC, es que se tratan de diferentes alternativas para que las personas puedan resolver sus conflictos; no como se ha venido interpretando de manera equivocada que son alternativos por ser diferentes al proceso judicial, tratándole de dar una mayor importancia al proceso judicial. Según el origen del movimiento ADR el proceso judicial es solo una de las alternativas que tienen los ciudadanos de resolver sus conflictos, debe entenderse que lo alternativo en este caso se refiere a la gran variedad de posibilidades que tienen las personas para resolver sus conflictos, por el método más adecuado para cada caso.

Debido a que el proceso judicial es uno de los métodos con los que cuentan los ciudadanos para resolver sus conflictos y que el juez o el árbitro son los operadores, que deben ser capaces de

⁴⁰ *"I urged conference participants to envision alternatives, a rich variety of different processes, which, I would submit, singly or in combination, may provide far more 'effective' conflict resolution." At the same time, Sander recognized the legitimacy of the "need to retain the courts as the ultimate agency capable of effectively protecting the rights of the disadvantaged".* The Roscoe Pound Conference of 1976.

⁴¹ F. E. Sander, *Varities of Dispute Processing*, Minnesota: West Publishing CO, 1979, p. 65 - 86.

construir argumentos sobre la base de los cuales puedan defender su decisión de cómo se debe resolver una situación de conflicto. También los operadores de otras ADR deben ser capaces de construir argumentos sobre la base de los cuales pueden defender una propuesta que hagan a las partes.

Además, según Atienza la teoría estándar de la argumentación jurídica sólo considera el proceso que suele denominarse como adjudicación⁴², contrario al proceso por consenso, que es el que adoptan los procedimientos jurídicos de las ADR, como la negociación, la conciliación y la mediación; y continúa Atienza diciendo que prácticamente olvida por completo que la resolución de problemas jurídicos es, con mucha frecuencia, resultado de una mediación o de una negociación, lo que significa un proceso que no consiste ya simplemente en aplicar normas jurídicas, aunque las normas jurídicas sigan jugando aquí un papel relevante. Elaborar una teoría de la argumentación jurídica que tenga en cuenta también el tipo de razonamiento que tiene lugar en el contexto de estos procedimientos jurídicos de la resolución de conflictos, no es sólo importante por razones prácticas, sino también por razones teóricas. Considerada la cuestión desde el punto de vista de cuáles son los criterios de corrección de la argumentación, ello debería llevar a operar con un modelo complejo de racionalidad práctica; la racionalidad discursiva tendría que combinarse aquí con la racionalidad estratégica (criterios dirigidos a establecer compromisos entre intereses particulares) con lo que, al final, se produce una aproximación de la argumentación que tiene lugar en este ámbito a la argumentación legislativa.

CONCLUSIONES

En este trabajo, no pretendemos dar una respuesta única y universal al dilema que hemos presentado; todo lo contrario, queremos poner sobre el tapete una serie de interrogantes abiertos intentando brindar un análisis, aunque sea en forma sencilla, de los diferentes institutos que existen para resolver conflictos y la relación entre ellos y el concepto de razón. Por eso, en el uso de las ADR, donde se discuten derechos entre las partes, el resultado del procedimiento no debe ser visto como la conclusión del mismo, sino que es el fruto de una decisión informada, que debe venir tomada respetando las reglas del procedimiento racional.

Para Habermas el consenso obtenido respetando las reglas del procedimiento racional es el criterio de la verdad o de la corrección de enunciados, lo que permitiría obtener una vinculación entre Derecho y moral. Las ADR, donde se discuten derechos entre las partes, están basadas en discursos prácticos, donde se toman decisiones y se da la corrección de enunciados normativos.

⁴² M. Atienza, *Las razones del Derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Autónoma de México, México D. F., 2005, p. 206-207.

Según el origen del movimiento de las ADR en Estados Unidos, el proceso judicial es sólo una de las alternativas que tienen los ciudadanos para resolver sus conflictos. El juez y el árbitro son operadores que deben ser capaces de contruir argumentos sobre los cuales puedan defender su decisión de cómo se debe resolver una determinada situación de conflicto donde se discuten derechos entre las partes. Otros operadores de las ADR (Evaluadores neutrales, conciliadores, mediadores), deben ser capaces de contruir argumentos sobre la base los cuáles puedan defender una propuesta de arreglo que hagan a las partes. El juez o el árbitro, u otros operadores de las ADR, recurren a argumentos o razones para solucionar el caso o conflicto concreto.

En las ADR, donde se discuten derechos entre las partes, se usa un razonamiento entendido como inferencia, razonamiento con un componente intuitivo, que puede considerarse como forma de razón débil, que una vez impuestas las reglas, las aplica al caso concreto, y se vale de procedimientos descritos o regulados, es la que facilita la aplicación de los principios en la resolución de conflictos.

En el desarrollo de los procedimientos con ADR, considerada la cuestión desde el punto de vista de cuáles son los criterios de corrección de la argumentación, ello debería llevar a operar con un modelo complejo de racionalidad práctica; la racionalidad discursiva tendría que combinarse aquí con la racionalidad estratégica, así se podría tal vez producir una aproximación a la argumentación que tiene lugar en el ámbito de la argumentación legislativa.

Concluyendo, disfrutando las reflexiones que hemos intentado formular en este trabajo, se podría afirmar que además de la razón teórica existe una razón práctica que intenda responder a la pregunta con referencia al bien y a la justicia, que permite acceder a la moral y también es dotada tanto de una dimensión sustancial o material idónea a influenciar el contenido del Derecho *in fieri* y tal que se puede aplicar en cuanto a una dimensión procesal o formal que exige un determinado modo del formular el Derecho. Carlos Nino ha definido este tipo de razón práctica como una razón que es jurídica, política y moral; y que su fulcro central llega a ser el bien y la justicia⁴³. El Derecho parece implicar por sí mismo una institucionalización de la razón práctica discursiva, comportando una pretensión de corrección así que, en el instante en el que se llegue a superar el umbral de la extrema injusticia se llegue también a la imposibilidad de crear Derecho⁴⁴. En último, es necesario que en un sistema jurídico vigente, a lado de las reglas estan también los principios que, aunque no contemplan determinados hechos, nos ofrecen la oportunidad de llegar a la mejor respuesta jurídica⁴⁵. Según Alexy, los principios son “mandatos de optimización” y así que los juristas pueden

⁴³ C. Nino, *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985; Id., *Etica y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989

⁴⁴ Véase: R. Alexy, *La institucionalización de la razón en Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, 43, 2000, pp. 237 -238; Id., *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993.

⁴⁵ Véase: R. L. Vigo, *La racionalidad en el derecho*, en Simposio Internacional de Filosofía del Derecho, cit., pp. 345 -346. El autor afirma que «en el Derecho vigente además de reglas que prevén soluciones jurídicas a ciertos

escoger racionalmente la mejor respuesta racional basándose por eso en reglas racionales para la ponderación de los principios en colisiones. En conclusión, la razón fuerte no implicaría la dimensión de la moralidad, al contrario sería la razón débil que haría posible razonar sobre las bondades de los fines a perseguir.