

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

**MAESTRÍA EN JUSTICIA Y TUTELA DE LOS DERECHOS CON ÉNFASIS EN
TEORÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO**

**RESOLUCIÓN DE ANTINOMIAS A PARTIR DEL CONCEPTO DE
COHERENCIA NORMATIVA**

Director de Tesis: Luis Felipe Vergara Peña

Presidente de Tesis: Luis Felipe Vergara Peña

Presidente del Jurado: Carmen Eloisa Ruiz López

Jurados: Nathalia Bautista Pizarro

Natalia Silva Santaularia

Nombre de la estudiante: Arinda Lucía Vergara Piñeros

RESOLUCIÓN DE ANTINOMIAS A PARTIR DEL CONCEPTO DE COHERENCIA NORMATIVA

El derecho es una ordenación normativa del comportamiento humano; lo que significa: es un sistema de normas que regulan el comportamiento humano.
Hans Kelsen (1982)

La mayoría de los teóricos del derecho han destacado que el derecho no es un mero grupo de normas, sino que ellas se hallan organizadas en sistemas más o menos complejos, esto es, conjuntos conferidos de una cierta estructura u orden interno. De allí que se haya entendido que existe una conexión, relación o unión entre una norma y otra, es decir, que tienen una cierta necesidad de coherencia.

Dicha coherencia, por su lado, es una característica sin la cual no se puede hablar de sistema jurídico como forma aceptada de organización del derecho de los Estados constitucionales. Este concepto tiene particular importancia por el papel fundamental que juega en el análisis de validez o existencia de una norma.

La coherencia está referida a la armonía entre las normas que componen un ordenamiento jurídico, es decir, la no contradicción entre ellas. Pero, ¿Qué pasa cuando dos normas del ordenamiento son incompatibles? ¿Cómo se debe resolver esta contradicción para garantizar la coherencia del sistema jurídico?

Existen varias respuestas para estos interrogantes. La concepción del positivismo tradicional, propuesta por numerosos autores, entre ellos, Bobbio, consiste en la utilización de ciertos

criterios (jerárquico, cronológico y de especialidad) que permiten elegir la norma a aplicar. Sin embargo, estos criterios no son suficientes para mantener la coherencia del ordenamiento jurídico, ya que no son aplicables en todas las situaciones ni a las antinomias derivadas de la colisión normativa de dos principios.

Klaus Günther, al evidenciar dicha insuficiencia, de otra parte, sostiene que, por medio de la racionalidad, un juicio ha de ser tomado como correcto cuando esté apoyado por principios válidos aplicados adecuadamente a la situación concreta. Cuantos más rasgos de la situación se consideran en nuestro juicio más aspectos moralmente relevantes del caso particular serán tenidos en cuenta, lo que produce que, en situaciones cambiantes, le demos nuevos significados a nuestros principios.

Así, para defender que todas las normas válidas forman un sistema coherente ideal, Günther expone que un enunciado normativo se aplica a situaciones con características particulares a las cuales se adecua, sin que exista ninguna otra norma dentro del sistema que sea aplicable al caso concreto considerando las mismas singularidades.

Es por esto que la teoría que nos trae Klaus Günther adquiere gran importancia. La teoría del discurso de aplicación propuesto plantea la necesidad de que la norma a aplicar en una situación concreta, no sea solo válida, sino también que, teniendo en cuenta todas las condiciones relevantes del caso, por medio de la justificación racional, sea la única que se adecúe a la situación particular.

Günther resuelve el problema de la falta de coherencia al considerar que entre dos normas, aquella aplicable será la que, basado en la determinación de las características relevantes del caso concreto, sea la más adecuada. Sin embargo, ¿Es suficiente esta elección para satisfacer la necesidad de coherencia en el ordenamiento jurídico?

Mi propósito es plantear cómo se resuelven las contradicciones normativas bajo ambas teorías y presentar las diferencias entre una teoría puramente positivista y una propuesta racionalista de la coherencia del ordenamiento jurídico.

En la primera parte, de acuerdo con la concepción tradicional, expondré las características del ordenamiento jurídico, la idea de coherencia de este y los criterios de resolución de antinomias; en segundo lugar, indicaré cuales son las bases del discurso de aplicación y en qué consiste la teoría de la adecuación normativa de Klaus Günther y señalaré cómo se aplica este método a la resolución de antinomias y, en la tercera parte, presentaré las principales críticas a estos modelos y propondré de qué manera pueden superarse.

Por último, concluiré que, aunque los métodos de resolución de antinomias planteados no satisfagan completamente la aspiración de coherencia del ordenamiento jurídico, sí son una herramienta apropiada para la resolución de antinomias que nos sirven para disminuir el ámbito de discrecionalidad del operador jurídico.

I. LA COHERENCIA COMO CARACTERÍSTICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Para iniciar el estudio de las teorías de la coherencia que me propongo en este escrito, es importante, de un lado, aclarar qué se entiende por ordenamiento y jurídico; de otro, plantear la idea positivista tradicional de coherencia.

Pues bien, ante todo, la teoría de la norma jurídica y la teoría del ordenamiento jurídico forman una completa teoría del derecho, especialmente desde el punto de vista formal. Bajo el primer aspecto se estudia la norma jurídica, considerada de manera aislada, mientras que la materia del segundo título, al cual le dedicaré una mayor atención, es el conjunto complejo de normas, que constituyen un ordenamiento jurídico.

Abordaré el estudio basada en las distinciones propias del pensamiento positivista, utilizando como ejemplo la postura de Bobbio a ese respecto y las características propias que él le atribuye al ordenamiento jurídico.

El derecho como norma

Tal como relata Bobbio (1992, p. 154), la norma jurídica era la única óptica a través de la cual se estudiaba el derecho, puesto que el ordenamiento jurídico era solo un conjunto de muchas normas, no un objeto autónomo de estudio.

El derecho tiene naturaleza normativa que está compuesta por normas que, dentro de nuestro contexto social, son esenciales para brindar una seguridad jurídica que permita el surgimiento económico, jurídico, cultural y social de un Estado. Así, la norma jurídica ha servido para ordenar las conductas del individuo.

Como viene de verse “la experiencia jurídica es una experiencia normativa” (Bobbio, 1992, p. 15), de manera que, es claro que el derecho está conformado por reglas de conducta. Sin embargo, definir el derecho nunca ha sido una tarea fácil, toda vez que este no es el único conjunto de normas que rigen la vida humana, existen múltiples conjuntos normativos como los preceptos religiosos, las reglas morales, de costumbre, ética, sociales, etc.

Por lo tanto, se adoptaron una serie de criterios para encontrar una definición de derecho tomando como base las características de las normas jurídicas respecto de otras categorías de normas, como las sociales y las morales, sin que ninguno de estos criterios pudiera, sin lugar a dudas, identificar el derecho.

Entre las propuestas que surgieron se encuentran los criterios formal, material, del sujeto que crea la norma y del sujeto al cual se destina la norma.

Veamos: frente al criterio formal, que consiste en describir el derecho con algún elemento estructural de la norma jurídica, es preciso resaltar que características como que sean positivas o negativas y generales o individuales, no son criterios que permitan hacer la distinción entre estas normas y aquellas pertenecientes a otros sistemas normativos, mientras que las particularidades de que sean categóricas o hipotéticas, no determinan un sistema

normativo, máxime cuando las normas jurídicas hipotéticas pueden asumir la forma de una norma técnica (si deseas A, debes B) o de una condicionada (si es A, debe ser B).

Con respecto al criterio material, que pretende identificar el derecho con el contenido de las normas, es decir, las acciones reguladas y para el que el derecho regula las acciones externas e intersubjetivas, cabe señalar que esta pauta puede servir para diferenciar entre el derecho y la moral, pero que no es suficiente para otros sistemas normativos como la costumbre, toda vez que este regula también acciones externas e intersubjetivas.

En lo atinente al criterio del sujeto que crea la norma, para el paradigma tradicional, la norma, en tanto creación de un poder soberano, está relacionada con el concepto de soberanía, la cual no se puede entender sin un ordenamiento jurídico que la haya concedido, en otras palabras, es un criterio que está más dirigido hacia un conjunto normativo que hacia una norma particular (Bobbio, 1992, p. 158),

Por otro lado, en relación al criterio del sujeto al cual la norma está destinada, se puede afirmar que esta se dirige a dos tipos de personas, de un lado, los súbditos, frente a los cuales la norma produce un sentimiento de obligatoriedad consistente en que se sigue la norma con la convicción de que, de no hacerlo, un poder le impondrá una sanción, por lo que este sentimiento implica que la norma pertenezca a un organismo más complejo del que se desprende su obligatoriedad. De otro, los jueces, que adquieren su poder de administrar justicia de una norma que los faculta, la cual no puede sino salir de un sistema jurídico.

Es decir, tanto súbditos como aplicadores normativos no son destinatarios de una norma particular sino del ordenamiento jurídico que detenta el poder y otorga las competencias (Bobbio, 1992, p.158).

Bien se ve que los criterios que se han adoptado para encontrar una definición del derecho tomando como base la norma jurídica han sido de tal clase que de ellos no se ha podido extraer ningún elemento característico de la norma jurídica respecto de otras categorías de normas, como las morales o las sociales, y que, por tanto, conducían a un callejón sin salida.

El derecho como ordenamiento jurídico

Desde el punto de vista de la corriente positivista, representada, entre otros, por Bobbio (1992, p.159), el derecho no es una definición de norma jurídica, sino de ordenamiento jurídico, por lo que las características del derecho se pueden estudiar más fácilmente si se considera el derecho como un sistema normativo.

Adicionalmente, según Alchourrón y Bulygin (1987), se ha considerado siempre que el derecho tiene algún tipo de orden sistemático, pues la ordenación de las disposiciones jurídicas es tradicionalmente considerada como una tarea importante tanto para legisladores como para científicos del derecho.

Cabe resaltar que cualquier conjunto de normas promulgadas por una autoridad jurídica puede ser concebido como un sistema normativo, para caracterizar el derecho de un determinado país o sistemas más reducidos y de mayor interés para los juristas, como las

normas formuladas en el conjunto de normas penales que regulan ciertos delitos (Alchourrón y Bulygin, 1987).

La sanción, entendida como criterio para diferenciar el derecho de otros tipos de normas, se comprende si se habla de un ordenamiento que contiene una sanción organizada, lo que no implica que todas las normas deban tener una sanción.

Lo mismo ocurre con la eficacia. En efecto, no se puede negar que en el sistema jurídico existen normas que, tras haber sido producidas de forma legítima, son válidas, pero que, si no son aplicadas, se convierten en normas ineficaces y, por ende, desde el enfoque de la eficacia como característica del derecho, no deben ser reconocidas como normas jurídicas.

Para Bobbio (1992, p.161) “el problema de la validez y de la eficacia, que da lugar a dificultades insuperables si se considera en relación con una norma del sistema, se allana cuando se hace referencia al ordenamiento jurídico, en el cual la eficacia es el fundamento mismo de la validez”.

De otra parte, en lo que respecta al derecho consuetudinario, al compartir la mayoría de las características de una norma jurídica, solo si se piensa en un ordenamiento jurídico es viable diferenciar entre la costumbre no perteneciente a dicho ordenamiento y aquella que, por medio de algún procedimiento establecido, hace parte de aquel.

En ese orden de ideas, es claro que el derecho se puede definir en la medida en que se entienda como determinado tipo de ordenamiento jurídico, conformado por más de una norma de

conducta (que regule los comportamientos humanos) y, al menos, una norma de estructura (que prescribe las condiciones y los procedimientos mediante los cuales se dictan normas de conducta válidas).

Empero, esta definición también conlleva a una serie de problemas relacionados con las relaciones de las diversas normas que forman un ordenamiento jurídico entre sí. Así, al existir multiplicidad de normas y fuentes de donde provienen, estas no se pueden identificar en su totalidad, entonces ¿cómo garantizar que aquellas estén relacionadas entre sí de una manera mutuamente explicativa y respondiendo a una determinada lógica interna?

Igualmente, ¿Cómo se consigue que las normas jurídicas den respuesta a todos los casos que se presentan en la vida diaria? Y, si no las podemos conocer todas ni controlar su creación, ¿cómo lograr que todas guarden congruencia y no se generen contradicciones?

Pues bien, la teoría del ordenamiento jurídico de Bobbio, tomada como ejemplo por su condición de pensador del positivismo, nos plantea que todo sistema jurídico debe gozar de tres características centrales: unidad, integridad, y coherencia.

❖ **Unidad del ordenamiento jurídico**

La unidad del ordenamiento jurídico apunta a la vinculación de todos los componentes normativos a una norma madre o fundante a la cual deben su validez formal y material, garantizando así que todos los elementos del sistema estén relacionados y conectados entre sí.

Dice Bobbio (1992, p. 173) que el ordenamiento jurídico debe gozar de unidad, en razón de que todas las normas, sin excepción, le deben sujeción a una norma superior, respecto de la cual forman un concepto integral. Refiere que el sistema jurídico, como unidad quiere decir que el derecho de cada país es uno solo.

En el derecho, la complejidad es producto de la necesidad de regular conductas, sin que haya un solo órgano capaz de satisfacerla, por lo que aparecen diversas fuentes del derecho, las fuentes reconocidas (aquellas que provienen de ordenamientos precedentes) y las fuentes derivadas (cuya creación se delega a órganos inferiores).

Al respecto, el autor dice:

Por numerosas que sean las fuentes del derecho en un ordenamiento jurídico, este constituye una unidad por el hecho de que directa o indirectamente, con giros más o menos tortuosos, todas las fuentes del derecho convergerían en una única norma (Bobbio, 1992, p. 173).

Esta única norma, propia del pensamiento positivista, a la que Bobbio llama norma suprema y que equipara con la Constitución, es el fundamento de validez de todas las normas del sistema y el principio unificador de estas, de manera que un ordenamiento jurídico no podría existir sin una norma fundamental.

Sin embargo, lo cierto es que el ordenamiento jurídico tiene una estructura jerárquica que se cierra a través de una norma fundamental no expresa, atributiva e imperativa, que le da al

poder constituyente la autorización para crear el sistema normativo, cuya primera norma es aquella que se asemeja a la Constitución.

❖ **Integridad del ordenamiento jurídico**

El paradigma tradicional, como lo ilustra Bobbio (1992, p. 221), señala que la plenitud es también una característica inherente al ordenamiento jurídico. De la plenitud se comienza a hablar en la época medieval en la tradición románica que pensaba, en primer lugar, que el derecho romano era el único derecho que existía, y en segundo lugar, que dicho derecho estaba íntegramente recogido en el *Corpus Iuris*. La plenitud logra la categoría de dogma con el positivismo estatista del siglo XIX, exteriorizado en las grandes codificaciones que tienen su origen en el Código Civil de Napoleón.

Bobbio, al igual que sus colegas, parte de la idea de que no puede haber lagunas en el ordenamiento. Y si las hubiere, ellas igualmente resultan aparentes en la medida que no puede haber una zona de vacío en un sistema.

Una laguna no es la ausencia de una norma, sino la falta de criterios válidos para decidir qué norma debe aplicarse (Bobbio, 1992, p. 237).

En efecto, si ante un conflicto determinado el juez no encuentra solución al problema, no puede alegar el juzgador la no solución del conflicto por ausencia de la norma aplicable. Será necesario, en tal caso, recurrir a los métodos que posee el ordenamiento para completarse, la

heterointegración, referida a recurrir a ordenamientos diversos o a fuentes distintas a la dominante, y la autointegración, en la que la integración se produce en el mismo ordenamiento, sin recurrir a otros ordenamientos o recurriendo mínimamente a otras fuentes (Bobbio, 1992, p. 242)

En resumen, para el positivismo, el ordenamiento jurídico con plenitud hermenéutica significa que siempre será posible encontrar una respuesta normativa dentro del Derecho, aunque no esté expresa.

❖ **Coherencia del ordenamiento jurídico**

El ordenamiento jurídico, como un todo coherente, significa que tiene armonía interna, más allá de sus variantes y diferencias. En tal sentido, en un conflicto determinado podrán configurarse incompatibilidades entre normas, pero objetivamente, ante una incoherencia en el ordenamiento jurídico, tendremos que recurrir a los criterios de solución de conflictos de las antinomias (Bobbio, 1992, p. 189).

Las exigencias de coherencia y de plenitud se presentan en Bobbio como rasgos estructurales derivados de la contemplación del derecho como sistema, y como rasgos funcionales necesarios para que el derecho pueda ser razonablemente eficaz para regular comportamientos sociales, ya que, a su parecer, el principio implícito en todo sistema, es que no debe haber contradicciones, pero eso no quita para que éstas puedan existir. De lo que se puede extraer que mientras estas contradicciones sean limitadas en número, el sistema rige;

si en cambio fueran muy numerosas, probablemente el sistema no regiría ya porque no serviría para ordenar las acciones humanas.

El pensamiento tradicional positivista, contrario a lo que considera Günther, como se verá más adelante, asume una posición que puede calificarse como “relativa” de la coherencia y de la plenitud que considera las lagunas y las antinomias como defectos que pueden existir, pero que se deben eliminar a través de ciertos métodos. De acuerdo con esta óptica, los ordenamientos jurídicos no serían efectivamente plenos, ni efectivamente coherentes pero sí serían, por necesidades estructurales y funcionales, y no eminentemente morales, tendencialmente plenos y tendencialmente coherentes.

Así, entonces, adquiere pleno sentido la existencia de un deber de coherencia en el sistema jurídico, afirmada por Bobbio (1992, p. 191), que dirigido a los creadores de normas implica que no se creen normas incompatibles con otras del sistema, mientras que referido a los aplicadores asumiría la orden de eliminar las antinomias que encuentren al momento de aplicar las normas.

Por ejemplo, este deber de coherencia se presenta, en el caso de las normas jerárquicamente ordenadas, como un deber que afecta tanto a los legisladores como a los jueces de operar esta proyección vertical como un criterio de validez de carácter material, puesto que una norma inferior que sea incompatible con el contenido de una norma superior debe considerarse inválida.

Por otra parte, en tanto en cuanto sistema de normas, el derecho debe adecuarse a ciertas reglas de la racionalidad; la coherencia interna de las normas jurídicas, así como su compatibilidad mutua, son ejemplos de tales exigencias básicas. La eliminación de las contradicciones de las normas jurídicas es, por consiguiente, uno de los objetivos más relevantes de la ciencia del derecho (Alchourrón y Bulygin 1987).

En los casos de incoherencia, según Alchourrón y Bulygin (1987), el problema consiste en la eliminación de las soluciones superfluas. Aquí los juristas buscan restringir el alcance de alguna de las normas y a veces suprimirla del todo, para esta tarea, se usan procedimientos especiales que describiré más adelante.

Un sistema normativo es incoherente si un caso, perteneciente a un universo de casos, se correlaciona con dos o más soluciones de tal manera, que la conjunción de esas soluciones es una contradicción deóntica. La noción de contradicción deóntica es, por supuesto, relativa al sistema de lógica deóntica que se adopte. Pero no es difícil independizar esta definición de todo concepto particular de contradicción deóntica. En efecto, es una ley lógica general que de una contradicción puede inferirse cualquier enunciado; de modo que, si un caso es correlacionado con dos o más soluciones contradictorias, entonces está correlacionado con cualquier solución (Alchourrón y Bulygin 1987).

En ese orden de ideas, como atrás se señaló, la coherencia es un ideal racional, es una propiedad necesaria de los sistemas normativos puros, pues de un sistema incoherente pueden derivarse fácilmente consecuencias fácticas. No obstante, las incoherencias pueden aparecer y se pueden plantear soluciones para su eliminación.

Antinomias

Vinculado con lo anterior y, en relación con la exigencia de coherencia, conviene tener presente que, como se estudiará en próximos capítulos, la identificación de una antinomia no depende tan sólo de la constatación la presencia de una relación de contradicción o contradictoriedad entre operadores deónticos, como parece pensar Bobbio.

En todo caso, las antinomias son relaciones de incompatibilidad entre normas, que, de acuerdo con Bobbio (1992, p. 196), se caracterizan, en primer lugar, por la contradicción de sus calificaciones normativas, así:

- Obligatorio vs prohibido
- Obligatorio vs permisivo negativo
- Prohibido vs permisivo positivo

En segundo lugar, las normas en conflicto deben pertenecer a un mismo ordenamiento jurídico y, finalmente, tener un mismo ámbito de validez, de esta manera: total-total (ninguna de las normas puede ser aplicada sin generar conflicto con la otra), parcial-parcial (cada una tiene un campo de aplicación en la que se contradice con la otra y otro campo en el que no), y total-parcial (antinomia total de la primera respecto a la segunda y solo parcial de la segunda frente a la primera).

Bobbio (1992, p. 202), como representante del positivismo jurídico, identifica otros tipos de antinomias, que denomina antinomias impropias: las antinomias de principio, referida a los valores contrapuestos dentro del sistema jurídico; las antinomias de valoración, que se presenta cuando una norma castiga un delito menor con una pena más severa que la prescrita para un delito mayor, y las antinomias teleológicas, cuando hay incompatibilidad entre una norma que prescribe el medio para alcanzar el fin y la que prescribe el fin.

Ahora, para la solución de las antinomias existen una serie de criterios. No obstante, no todas las antinomias se pueden resolver a través de estas reglas, aquellas que se pueden solventar se conocen como antinomias aparentes y aquellas que no se pueden solucionar, ya sea porque no se les puede aplicar ninguna de las reglas de solución de antinomias o se les puede aplicar dos o más reglas opuestas entre sí, se llaman antinomias reales o insolubles (Bobbio, 1992, p. 204).

Los criterios para la resolución de antinomias aparentes son: jerárquico (*lex superior derogat inferior*), cronológico (*lex posterior derogat anterior*) y especialidad (*lex specialis derogat generalis*). A través de ellos, entendemos que, de existir incompatibilidad, a modo de ejemplo, entre la norma superior- digamos la Constitución – y la norma inferior- un Decreto - primará evidentemente la norma superior, esto es, la Constitución.

Igualmente, prevalece la norma posterior sobre la anterior, bajo un supuesto normativo cronológico, lo que podemos comprender bajo el criterio de que la norma posterior fijará nuevas condiciones de regulación que dejarán sin efecto los supuestos normativos de la norma precedente.

Así mismo, la norma especial podrá imponerse sobre la norma general en ciertas condiciones, en las cuales la norma general no pueda constituir una situación de aplicación a un caso específico, lo que sí estaría abordando la norma especial.

Cuando no se puede aplicar ninguno de estos criterios, dice Bobbio (1992, p. 209), la solución se confía a la libertad del interprete, para lo cual este cuenta con tres posibilidades: eliminar una de las normas, eliminar los dos preceptos o conservar las dos, que es, en últimas, la vía más frecuente.

En el caso en el que dos o más criterios son aplicables y se contradicen entre sí, Bobbio (1992, p. 213) nos trae estas salidas:

- Jerárquico vs cronológico = jerárquico
- Especialidad vs cronológico =especialidad
- Jerárquico vs especialidad = solución depende del interprete

Adicionalmente, según el pensamiento positivista, la coherencia del ordenamiento, al no ser posible en todos los casos, no es un requisito de validez del ordenamiento jurídico, sino de justicia, en la medida en que la existencia de antinomias reales vulnera la exigencia de certeza y el igual tratamiento a las personas a las que van dirigidas las normas (Bobbio, 1992, p. 218).

Apreciamos entonces que el ordenamiento jurídico forma en sí un ente sistemático, en el cual las tres características anotadas- unidad, coherencia e integridad- guían al juez para motivar sus decisiones jurisdiccionales y facilitan la concepción de qué es derecho.

II. TEORÍA DISCURSIVA

Ahora, como viene de verse, los criterios planteados por el positivismo jurídico, de un lado, no son aplicables a todos los casos posibles de contradicción normativa; de otro, al aplicarse a las normas jurídicas en abstracto, no considera ni resuelve aquellos casos en que la oposición aparezca al momento de aplicar la disposición, razón por la cual muchos teóricos han planteado diversos métodos para colmar la necesidad de coherencia normativa.

Uno de dichos teóricos, el cual se estudiará en el capítulo a continuación, es el alemán Klaus Günther. Sin embargo, previo a reseñar los aspectos primordiales de la teoría de Günther, es necesario comprender que dicho autor enmarca su propuesta en un tipo de sociedad determinado. Günther parte de la teoría de la acción comunicativa planteada por Habermas. Esta es el principio explicativo de una teoría de la sociedad fundada en una teoría del lenguaje y en el análisis de las estructuras generales de la acción.

La teoría de la acción comunicativa y la teoría del lenguaje de la comunicación sobre la que se apoya, dice Fabra (2008, p. 102), se proponen esencialmente extraer de los presupuestos de la actividad que constituye la conversación “los elementos de carácter normativo que permitan explicar cómo es posible el entendimiento, cómo –por medio de la comunicación—

se constituye la intersubjetividad y, en definitiva, cómo resulta posible la coordinación de las acciones de diferentes sujetos”.

En palabras de Habermas :

Finalmente, el concepto de acción comunicativa se refiere a la interacción de a lo menos dos sujetos capaces de lenguaje y de acción que (ya sea con medios verbales o con medios extraverbales) entablan una relación interpersonal. Los actores buscan entenderse sobre una situación de acción para poder así coordinar de común acuerdo sus planes de acción y con ello sus acciones (Habermas, 1999, p.124).

Habermas se plantea el uso de la acción comunicativa como medio para una relación social y para la obtención de los fines individuales de la persona. Con ese fin, dice, para que se dé una acción lingüística entendible para una comunidad y que permita la interacción social sólo se tienen en cuenta aquellas expresiones que poseen significado en relación a los objetos o realidades objetivas, no las establecidas por intereses propios del individuo, las cuales no pueden ser comprendidas por los demás.

Por otro lado, cuando la acción comunicativa se basa en argumentaciones racionales y tiene pretensiones de universalidad, se denomina discurso. Este discurso ocurre dentro de lo que dicho autor denomina el mundo de la vida, que es un lugar donde se encuentran el hablante y el oyente, donde pueden criticar o confirmar la validez de las pretensiones y poner en orden sus divergencias para llegar a acuerdos (Habermas, 1999, p.36).

Así, este pretende interpretar el mundo de la vida, suponiendo una conexión interna entre las estructuras del mundo de la vida y la imagen lingüística del mundo. Este mundo se encuentra compuesto de tres aspectos: la cultura, la sociedad y la personalidad, los cuales hacen

referencia a cómo la cultura ejerce una influencia sobre la acción, las pautas en las interacciones sociales de los sujetos y el modo de ser de los individuos.

De este modo, los agentes de la comunicación, que se encuentran inmersos en aquel, están sujetos a un acervo cultural de saber que les es siempre familiar y del cual no pueden desligarse. Estas convicciones del hablante y del oyente son cuestiones de fondo aporéticas, que más adelante darán lugar a los procesos de entendimiento. Los participantes en la comunicación se entienden desde y a partir del mundo de la vida que comparten.

El mundo de la vida, en tanto que trasfondo, es la fuente de donde se obtienen las definiciones de la situación que los implicados presuponen como aporéticas. En sus operaciones interpretativas los miembros de una comunidad de comunicación deslindan el mundo objetivo y el mundo social que intersubjetivamente comparten, frente a los mundos subjetivos de cada uno y frente a otros colectivos. Los conceptos de mundo y las correspondientes pretensiones de validez constituyen el almacén formal de que los agentes se sirven en su acción comunicativa para afrontar en su mundo de la vida las situaciones que en cada caso se han tornado aporéticas, es decir, aquellas sobre las que se hace menester llegar a un acuerdo. (Habermas, 1999, p. 104)

De otra parte, la acción comunicativa se basa en el consenso simbólico. El consenso surge del acuerdo logrado por la argumentación, por la comprensión y aceptación de las pretensiones de validez de los actos lingüísticos, vale decir, que estos sean inteligibles, verdaderos, rectos y veraces.

Ahora, de acuerdo con Habermas (1999), para poder llegar a un consenso racionalmente fundamentado este debe estar en la situación del discurso ideal. La situación del discurso

ideal es aquella en la que ni los factores externos ni el poder impiden que los interlocutores actúen en la discusión.

Como bien lo resume Herget (2019):

Habermas propone una situación ideal en la que todas las personas tienen el derecho de participar en la argumentación. Cualquier afirmación se puede problematizar y someter a consideración, pueden construirse argumentos a favor o en contra de la proposición. Cualquier afirmación es criticable. Sin embargo, la coerción, en un sentido amplio, no es permitida. Las partes del discurso deben actuar honesta y consistentemente; no pueden involucrarse en comportamiento estratégico; no pueden amenazar, prometer o intentar persuadir a los otros en el debate para ver las cosas desde esa perspectiva. Cualquiera puede introducir un punto relevante en cualquier momento y no hay limitación en el debate. Si se siguen cuidadosamente estas reglas de procedimiento, el discurso resultante puede llegar a un consenso respecto a la verdad de la proposición bajo consideración o a una alternativa (p. 76).

La acción comunicativa y el derecho

En las sociedades modernas, el Estado asume la responsabilidad de hacer valer y aplicar el derecho. De un lado, el derecho constituye la instancia legal que hace posible definir las obligaciones y las sanciones entre los ciudadanos; por otro, deja a juicio de los sujetos los motivos de su acatamiento de las reglas, pero impone coercitivamente esa observancia.

Conforme a lo expuesto por Habermas, cualquier ciudadano que desee oponerse al ordenamiento jurídico debe hacerlo por medio de procedimientos determinados y aceptados como válidos en la sociedad. Sin embargo, para que una norma alcance la validez jurídica supone la aceptación impuesta por el orden jurídico (facticidad) y la aceptación de los argumentos que fundamentan la legitimidad de este (Habermas, 2005, p. 84).

Cabe recordar que, para el autor, la validez se refiere al cumplimiento de las reglas que permiten expresar correctamente un pensamiento, mientras que la facticidad es la aceptación de veracidad o afirmación que tenga dicho pensamiento para los intervinientes del discurso.

Con esta proyección la tensión entre facticidad y validez se desplaza a los presupuestos de la comunicación, que, aun cuando tengan un contenido ideal, que, por tanto, solo se puede realizar aproximativamente, han de hacerlos de hecho todos los implicados cada vez que afirman o discuten la verdad de un enunciado y, a fin de justificar esa pretensión de validez, buscan entrar en una argumentación (Habermas, 2005, p.77).

El derecho, por su parte, de acuerdo con Habermas (2005, p. 79), tiene un papel de integración social que estabiliza la tensión que se puede ocasionar entre la validez y facticidad dentro de una sociedad, es decir, toma las mencionadas definiciones y las hace extensivas a las decisiones que se deben tomar como comunidad.

A ese respecto, indica:

Cuanto más aumenta la complejidad de la sociedad y se ensancha la perspectiva inicialmente restringida en términos etnocéntricos, con tanta más fuerza se produce una pluralización de las formas de vida y una individualización de las biografías, que hacen que se reduzcan y encojan las zonas de solapamiento o convergencias de las convicciones de fondo que caracterizan el mundo de la vida; esos complejos de convicciones sacralizadas que acabamos de describir, a medida que van quedando desencantados, se descomponen bajo los distintos aspectos de validez dando lugar a los contenidos más o menos tematizables a voluntad de una tradición comunicativamente fluidificada (Habermas, 2005, p.87)

Así, la validez jurídica consta de una validez social, referida al grado de imposición de las reglas, relacionado con la facticidad, y de la legitimidad, atinente a una validez dotada de la fuerza de lo fáctico, en la que se evalúa si las normas fueron producidas atendiendo a un procedimiento legislativo racional o si pudieron ser justificadas desde puntos de vista pragmáticos, éticos y morales. Es decir, a través de la legitimidad, el derecho acaba con la

tensión entre facticidad y validez, a la vez que garantiza que el cumplimiento de las regulaciones dependa no solo de la coacción sino también de la justificación de estas.

Por lo tanto, las colectividades acceden a establecer reglas y trámites (criterios de validez) para que sean usados por los ciudadanos como criterios para identificar el derecho.

Ahora, como atrás se esbozó, la validez jurídica se resuelve en una tensión entre la facticidad y la legitimidad. La primera referida al cumplimiento habitual de las normas y a la coacción que las respalda y la segunda relativa a que los destinatarios de las normas puedan sentirse como autores racionales de esas normas.

Pues como hemos supuesto, se han desmoronado aquellas garantías meta-sociales anejas a lo santo que habían posibilitado la ambivalente capacidad de vincular que tenían las instituciones arcaicas, y con ello se ha disuelto aquella aleación de validez y facticidad que se producía en la dimensión de validez misma. (Habermas, 2005, p. 89).

Por lo que en las sociedades modernas, se requiere que las normas hayan sido creadas a través de un procedimiento democrático que permita que los ciudadanos sientan que deben cumplirlas. En otras palabras, para el autor, la función de integración social que el derecho ha de cumplir no se realizaría en un ordenamiento jurídico carente de legitimidad.

En consecuencia, la validez y la facticidad dependen en últimas de la legitimidad.

De otra parte, dicha legitimidad debe basarse en el entendimiento y debe tener una construcción discursiva y consensual de las normas jurídicas. Habermas expone que para que

los sujetos puedan actuar como autónomos dentro de este discurso se deben reconocer una serie de derechos.

El autor recoge cinco grupos de derechos, así:

- (1) Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del derecho al *mayor grado posible de iguales libertades subjetivas*.
(...)
- (2) Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del *status* del miembro de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica.
- (3) Derechos fundamentales que resultan directamente de la *accionabilidad* de los derechos, es decir, de la posibilidad de reclamar judicialmente su cumplimiento, y del desarrollo y configuración políticamente autónomos de la *protección de los derechos* individuales.
(...)
- (4) Derechos fundamentales a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y la voluntad comunes, en los que los ciudadanos ejerzan su *autonomía política* y mediante los que establezcan derecho legítimo.
(...)
- (5) Derechos fundamentales a que se garanticen condiciones de vida que vengan social, técnica y ecológicamente aseguradas en la medida en que ellos fuere menester en cada caso para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos civiles mencionados de (1) y (4). (Habermas, 2005, p. 188 y 189)

Vale resaltar que los ciudadanos no pueden atentar contra este sistema de derechos que les garantiza su autonomía. No obstante, los intervinientes sí pueden, en virtud de su condición de legisladores, concretar, en cada caso y época, sistema de derechos.

Por otro lado, según Habermas, para que los postulados de justicia puedan ser conocidos e incorporados a los ordenamientos de un determinado periodo histórico, la población a la que se incorpora debe estar acostumbrada a ese derecho de la libertad.

A esto se opone ya la evidencia de que las instituciones jurídicas de la libertad decaen y se arruinan sin las iniciativas de una población *habituada* la libertad. La espontaneidad de esa población no es algo que precisamente el derecho pueda forzar; se regenera a partir de tradiciones que mantengan vivo el sentido de la libertad y que promuevan el ejercicio de la libertad, y se mantiene viva en el tejido asociativo de una cultura política liberal. (Habermas, 2005, p. 197)

Conforme con Thomas Da Rosa de Bustamente (2016, p.203), para Habermas, “un enunciado normativo será correcto solamente si pudiera ser el resultado de un procedimiento comunicativo capaz de conferirle aceptabilidad racional”

A este respecto, vale resaltar que, según Herget (2019, p. 84), los resultados del discurso en una situación ideal, materializados en normas, “garantizaran el respeto por los derechos humanos que son necesarios para una sociedad justa”, toda vez que las normas a las que se llega son “correctas”.

La coherencia normativa de Günther.

Günther (1988) considera que, en los intentos prevalecientes de describir e interpretar el lugar del derecho en la sociedad, se han planteado teorías que suponen una coherencia interna entre los motivos legitimadores y la validez de la ley que se oponen a las teorías que repudian tanto la existencia como la necesidad de coherencia interna. Por otra parte, dice, las teorías respaldadas por filosofías prácticas, que están conectadas con las tradiciones del derecho natural o racional, ya no afirman ser una teoría legal, sin ninguna mediación o procesamiento por parte del derecho establecido.

Si estas teorías, que reconocen la validez de los valores y la legalidad material, no son precisamente ontológicas, entonces estas teorías deben abordar dos problemas. Primero, deben mostrar cómo los principios morales están conectados con la ley. En segundo lugar, deben mostrar cómo esta conexión entre la moral y la ley se ajusta al hecho de que la ley cambia y, por lo tanto, cumple diversas funciones en la sociedad que no pueden desarrollarse estrictamente a partir de los principios (Günther, 1988, p.)

Pues bien, para Günther (1995, p. 277), la coherencia es mucho más que una exigencia de racionalidad, la cual no está basada en la validación de nuestros juicios personales a la hora de aplicar el derecho establecido, toda vez que “si los juicios particulares deben hacer las veces de «confirmación» de los principios fundadores, entonces a través de los juicios particulares no ha de justificarse otra cosa distinta de lo que ya desde siempre se había considerado justificado por los juicios particulares. Estos, empero, pueden fundamentarse en prejuicios, distorsiones y otras cosas por el estilo”.

En ese sentido, Günther (1988) expresa que si el comportamiento está regulado por diversas expectativas cuya legitimidad debe probarse, entonces debe haber aplicaciones correctas o incorrectas de estos juicios, así algunos principios son justificables y otros no, de manera que “las preguntas sobre las normas que coordinan el comportamiento y cómo se pueden justificar parecen ser menos importantes que la cuestión de la aplicación correcta y la realización exitosa de las normas”.

Adicionalmente, para el autor, existe una errónea idea de que el juicio moral es suficiente para garantizar la imparcialidad abstracta y exigir la aplicación de las normas. “El principio moral en sí mismo no define cuán específica es una norma, como tampoco puede el comportamiento en una situación particular ser universalizado” (Günther, 1988, p. 158).

Por esto, Günther (1995), apoyado en los dos tipos de discursos propios del derecho, que explicaré más adelante, propone dos etapas diferentes, una en la que se plantea la validez de los principios y otra que guía la aplicación correcta de estos, salvaguardando la coherencia del sistema.

Vale resaltar que, García Amado (1993, p. 250), siguiendo a Günther, expone que una norma sea válida significa únicamente que ha sido imparcialmente fundada y que su aplicación imparcial conduce a la decisión válida de un caso. Es decir, no basta con la validez, sino que es necesaria la adecuada referencia de una norma a una situación.

Pero, según Günther, continúa García Amado (1993), los jueces no pueden evitar el *juicio reconstructivo* de la norma ante una situación dada, por lo que aquel siempre se preside por la idea de consistencia y sistema. Así, las normas existentes no entran en conflicto, puesto que, dada su validez, lo que caracteriza la coherencia del ordenamiento jurídico es que, al momento de ser aplicada por los operadores judiciales, solo una norma se ajusta a cada situación y, por ende, cada caso tiene una única respuesta correcta, sin que sea pertinente entrar a valorar los enunciados normativos para establecer que el sistema jurídico cumple con el mentado requisito.

De manera que, continúa García Amado (1993, p. 251), el juicio “opera al mismo tiempo como garantía última de la coherencia del sistema jurídico puesto que, llegados a ese momento práctico y decisorio, vemos que no cabe ya que existan contradicciones entre normas: la correcta interpretación de la situación permitirá entender que sólo una única norma, y ninguna más, es la aplicable”.

Como vemos, hay entonces dos momentos, el del fundamento racional de una norma y el de aplicación de la misma. En el primero, el participante de la sociedad puede intentar posicionar sus valores internos como normas, mientras que en el segundo debe obediencia a estas y, pese a sus posiciones personales, la norma que se aplicará será la que se adecue más al caso concreto (Günther, 2006).

La doctrina metodológica de Habermas y Günther despliega aquí su virtualidad. En caso de conflicto entre dos principios, así vistos como normas, no se trata de decidir en qué medida el respectivo valor puede realizarse, sino de «hallar, de entre las normas *prima facie* aplicables, aquella que mejor se adecue a una situación de aplicación descrita del modo más completo y bajo todos los puntos de vista relevantes» (García Amado (1993, p. 251).

En la misma línea, para Habermas (1986) una moral autónoma proporciona solo procedimientos falibles para la justificación de normas y acciones, por lo que es necesario que, al momento de aplicar las normas, las situaciones se describan de manera apropiada y completa y se elija la disposición correcta.

Concordado con Günther, Habermas (1986, p. 73) indicó que la razón práctica entra en juego al probar la universalización de los intereses, esto se refleja en la aplicación de normas, por medio del entendimiento de las reglas en competencia, mediante un procedimiento que permita institucionalizar la imparcialidad de la administración de justicia.

En ese sentido, Günther (1988, p. 156) resalta que los defensores de la ética cognitiva conectan la validez de una norma con la universalidad de su fundamentación (creación), descuidando la diversidad de situaciones separadas y las muchas imágenes de las personas y

las formas de vida involucradas, para lograr una imparcialidad abstracta. Bajo esta mirada, las normas fundamentadas deben aplicarse sin tener en cuenta las particularidades individuales de cada situación.

Para Günther (1988, p. 164), en ese caso, una diferenciación entre la justificación y la aplicación de reglas es superflua porque ambas operaciones se llevan a cabo en el mismo contexto. Sin embargo, pese a que las razones para obedecer una norma incluyen deliberaciones que se basan en la elección correcta de los medios en el momento correcto hacia la persona adecuada, el problema de encontrar y tener en cuenta tantos factores relevantes como sea posible con respecto a la autoimagen y la forma de vida compartida con los demás está en primer plano. Además, el discurso de justificación, que tiene componentes morales, devalúa algunos temas de la “esfera de la vida”, en su pretensión de hacer generalizaciones. Mientras que en los discursos sobre aplicación normativa, al ser obvia la validez de los componentes, deben deducirse las dimensiones de significados de cada una de las circunstancias que se presenten en la sociedad.

Siguiendo lo anterior, la única forma posible de llegar a la pretendida imparcialidad es a través de estas dos etapas del discurso, a saber, la fundamentación y la aplicación (Günther, 1988, p. 165).

Como bien dice Velasco Arroyo (1998, p. 271), el asunto de la aplicación de las normas no es identificar qué disposiciones cumplen con un criterio de validez universal, sino encontrar en cada caso singular, luego de describir las circunstancias relevantes, la norma o normas aplicables, resaltando, claro está, que la aplicabilidad de la norma no puede estar determinada

de antemano. De ahí que la corrección normativa de una decisión dependa de la situación concreta. “el sentido del principio de la adecuación propuesto por Günther como guía en los procesos de aplicación de las normas, es donde hay que desplegar toda la fuerza argumentativa de las razones disponibles”.

En definitiva, cuando tratamos de la aplicación de normas no podemos hablar de normas válidas con independencia de la comprensión de las situaciones concretas. En los numerosos supuestos en los que la justificación lógico-deductiva de la decisión es insuficiente, el intérprete ha de acudir a otros requisitos tales como el criterio de «universalidad», así como a los principios de «consistencia» y de «coherencia», que precisan el sentido de las premisas normativas en relación con el conjunto del sistema jurídico (Velasco Arroyo, 1998, p. 271).

En consecuencia, la propuesta central de Günther podría resumirse en los siguientes términos:

“Un enunciado normativo singular sólo puede pretender ser correcto si se apoya en una norma válida y en su adecuada aplicación” (Günther, 1995, p. 302).

En Günther, por su parte, la pretensión de corrección es considerada una pretensión de validez y es substanciada por el principio de universalidad en un discurso práctico (Da Rosa de Bustamente, 2016, p. 226).

Empero, como se verá más adelante, Günther reconoce que esa versión de universalidad opera con la condición de que nosotros podamos anticipar todas las situaciones en las que la norma será aplicable, situación que, claramente, no se da (Da Rosa de Bustamente, 2016, p. 230).

Günther observa que es frecuente que varias normas “válidas” que han sido justificadas por la teoría entren en conflicto en contextos específicos. Este problema de las “normas

que colisionan” requiere otra técnica procedimental que él llama “discurso de aplicación”. El discurso de la aplicación busca encontrar la norma “apropiada” para aplicar a un caso entre todas aquellas que son válidas. El principal método para encontrar esta norma es emplear una teoría de la coherencia en donde las posibles normas son evaluadas a la luz de todas sus circunstancias, y la norma aplicable será la que se reputa apropiada en razón de su coherencia con otras normas culturales que hayan sido probadas. (Herget, 2019, p. 91)

Teoría del discurso de aplicación

Como viene de verse, el jurista alemán Klaus Günther, tomando como base que, como lo afirma Habermas (2005, p.84), el derecho, en tanto paradigma discursivo, es el candidato para explicar cómo pueden entenderse y dirimirse conflictos, en sociedades altamente complejas, donde individuos y grupos deben deliberar qué derechos deben reconocerse mutuamente para definir las reglas de convivencia, por ello las normas aceptadas por los afectados deben contener una justificación razonablemente amplia.

Así, de acuerdo con Günther (1988, p.170), el derecho es un sistema de discursos sobre la aplicación en el que se tienen en cuenta los requisitos funcionales.

Günther distingue dos tipos de discursos prácticos generales, a saber, los discursos de fundamentación, referidos a la creación de la norma, y los discursos de aplicación, relacionados con la pertinencia de la aplicación de una norma a un caso concreto, los cuales me dispongo a reseñar.

❖ **Discurso de fundamentación**

Para abordar el discurso de fundamentación, el mencionado jurista toma como punto de partida para su análisis el principio de universalización (U), conforme al cual, una norma, es válida si todos los afectados por su observancia general pueden aceptar (en un discurso práctico) las consecuencias y efectos secundarios que esta observancia podría prever en su interés (Günther, 1993, p 33).

Günther (1993, p.30) utiliza la prohibición de la mentira de Kant para ilustrar el mentado principio. Para Kant, dicha prohibición es universal y se aplica incluso frente a un asesino que pregunta por el paradero de su víctima. En el ejemplo de la mentira de Kant, dice Günther, no solo existe la característica de que tengo la intención de hacerlo, sino también que una persona inocente se ve afectada por esto. No obstante, pese a dichas características especiales, la norma que prohíbe mentir es aplicable a esta situación, toda vez que el número de situaciones que deben incluirse en la norma apenas se puede prever y la variedad de situaciones dependerá de las relaciones entre las mismas características y características diferentes.

Empero, aún queda por considerar la aplicación de (U) cuando los intereses de cada individuo están conectados con las consecuencias y efectos secundarios de aplicar una norma universal. Para Günther, es necesario tener en cuenta los intereses de los afectados por el cumplimiento de la norma.

De manera que, en el mencionado ejemplo, se tiene que saber que, seguir el mandamiento que prohíbe mentir, causa efectos sobre el destino de la persona inocente, así como, sobre lo que significaría para mis intereses como persona inocente si otra persona, con respecto a mí y a mis perseguidores, observara la norma que prohíbe mentir.

Para saber si, en vista de una situación particular, es correcto (apropiado) aplicar la norma, es necesario deliberar sobre si los efectos de observar generalmente dicha norma en cada situación individual pueden ser aceptados colectivamente por todos. (Günther, 1993, p 33).

Sin embargo, las mencionadas consecuencias y los efectos secundarios que surjan solo se pueden determinar cuándo se anticipan posibles situaciones de aplicación. Determinar cuáles de estas consecuencias de aplicar una norma son relevantes, dice Günther (1993, p. 28) depende a su vez de los intereses de los afectados.

De suerte que, como manifiesta Günther (1993. P 21), es improbable que declaremos que una norma es universalizable y está justificada, pero no es apropiada para la situación. Sin embargo, el conjunto de características en las que se basa la verificación de la universalización puede ser bastante congruente con el conjunto en el que basaríamos nuestro criterio de adecuación a la situación, sin que esto tenga que ser así en todos los casos.

Por lo tanto, habiéndose establecido que parece que solo algunas, pero no todas las posibles situaciones de aplicación podrían considerarse al aplicar (U) (Günther, 1993, p. 29), el autor plantea que la validez de una norma se establece solo para su cumplimiento en circunstancias

que se supone que permanecen sin cambios, es decir, que no se consideran situaciones particulares de aplicación (Günther, 1993, p. 35).

La aplicación general de una norma incluye todas las situaciones en las que la norma es aplicable. Esto significa que los afectados deben imaginar situaciones en las que se dan todas las características presupuestas por el contenido semántico de la norma, mientras que, una situación rara vez tiene solo aquellas peculiaridades que contempla la norma (Günther, 1993, p. 30).

Por supuesto, solo si nuestro conocimiento incluye todos los casos de la aplicación de una norma podemos combinar el juicio sobre la validez de la norma con el juicio sobre la adecuación. De acuerdo con Günther (1993, p. 35), si pudiéramos prever todo el interés que se verá afectado por las repercusiones de la aplicación de una norma en todas las situaciones de aplicación, no solo tendríamos conocimiento infinito a nuestra disposición, sino que también seríamos transparentes para nosotros mismos.

Moral Soriano (1998, p. 197) destaca:

Es más, la versión débil de U logra adaptar el discurso sobre la validez de las normas a las condiciones de tiempo finito y conocimientos limitados. Junto a esta cualidad de U, Günther destaca otra: la de afrontar correctamente un conflicto de normas válidas. El planteamiento de un conflicto de normas y su correcta solución (gracias a la versión débil de U) será la estrategia argumentativa elegida por Günther para desarrollar su tesis más conocida; me refiero, por supuesto, a la necesaria introducción del discurso de aplicación en el ámbito de la deliberación práctica.

A partir de esto, como atrás se señaló, el autor considera que existe, además, un discurso práctico distinto al expuesto discurso de fundamentación, el discurso de aplicación.

❖ **Discurso de aplicación**

Günther (1995, p. 283) considera que a la hora de realizar la justificación externa del enunciado normativo, la validez de las normas es sólo una razón *prima facie* para la justificación, toda vez que lo que se debe argumentar es la adecuación de estas bajo consideración de todas las circunstancias de la situación.

Vale resaltar que para que un argumento judicial esté justificado externamente es necesario que el enunciado normativo que constituye la premisa normativa sea una norma aplicable al sistema jurídico y que los hechos expresados en la premisa fáctica correspondan a una proposición verdadera.

En lo que concierne a la justificación de la premisa normativa, pueden surgir dos problemas: problemas de interpretación en sentido estricto y problemas de determinación de la norma aplicable (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 185).

Para resolver los problemas de interpretación de las normas jurídicas han surgido una gran cantidad de métodos que ayudan al juez a formular un enunciado normativo a partir del texto de la norma, mientras que, en lo que respecta a la elección de la norma aplicable al caso, vale la pena resaltar que, en algunas ocasiones, pese a que se está de acuerdo con el significado de las expresiones contenidas en un texto normativo, se discute acerca de si dicha norma es o no aplicable al caso concreto. De acuerdo con Durango (2005, p. 168), Günther parte de la existencia de argumentos justificativos aceptados como imparciales por todos los implicados

por provenir de reglas fundamentales discursivamente amparadas en principios y normas constitucionales y de argumentos para la elección de normas aplicables con una descripción completa de la situación, encauzados en un procedimiento democrático.

Por supuesto, la adecuación de una norma puede determinarse solo después de haber descrito la situación completamente para establecer la relevancia de sus características particulares, por lo que una descripción completa de la situación conduce inevitablemente a un conflicto de normas.

No obstante, la corrección de las normas, continúa Durango (2005, p. 168), se basa en la interpretación coherente de la norma aplicable, la cual es solo una, a través de una fundamentación adecuada y aceptada, mediante la cual se ajuste dicha norma a la completa situación descrita bajo la consideración de todas las posibles circunstancias.

Bien se ve que los discursos de aplicación, que derivan de las hipótesis idealizadoras de la argumentación, tratan la conveniencia de una norma válida en una situación específica (Günther, 1993, p. 41).

El juicio de aplicación, entonces, es el producto de una argumentación dirigida por una exigencia de imparcialidad, traducida en que para aplicar una norma en una situación se deben tener en cuenta todas las características relevantes de esta para garantizar una interpretación coherente de todas las disposiciones aplicables.

Una premisa normativa es correcta si se formula a partir de una norma válidamente creada y su aplicación es adecuada. De manera que, se parte de que en cada situación hay varias normas válidas aplicables *prima facie*, pero solo una norma adecuada.

Pues bien, en caso de que más de un precepto sea aplicable *prima facie* a una situación, se deben tener en cuenta todas las características relevantes que este contiene y justificar la elección de la norma a aplicar.

Günther (1993, p. 167), teniendo en cuenta el modelo de adopción de perspectivas, plantea las relaciones existentes entre validez y adecuación en tres niveles del desarrollo del tipo de aplicación: el primero se caracteriza por el hecho de que la justificación y la aplicación no se pueden distinguir, toda vez que ambos se establecen de la misma manera dependiente del contexto y dependiente de la situación, es decir, la validez implica lo apropiado. En el segundo nivel, a través de normas y situaciones separadas, la distinción entre validez, tradicionalmente entendida, y adecuación aún no se ha desarrollado completamente, ya que los paradigmas proporcionados por el grupo social específico son el punto final de referencia en la aplicación de normas, lo que implica que la norma realiza simplemente la identificación de las características típicas de la situación.

En el tercer nivel, la validez de una norma se determina dentro del "universo del discurso", es decir, de una manera independiente de la situación, y esto necesariamente conduce a la clara separación de la justificación universal y la aplicación de una norma.

Es más: “si el modelo de una combinación de fundamentación y aplicación se extiende por el descubrimiento de características análogas a la aplicación, entonces tenemos tres procesos que se entrelazan y dependen unos de otros. Estos procesos son descubrimiento constructivo, justificación imparcial y aplicación apropiada. Es posible que la combinación de estos tres elementos forme la estructura del aprendizaje normativo” (Günther, 1993, p. 166).

El discurso de aplicación, entonces, resume David Sobrevilla (2008 p.132), exige, por lo menos, 1. Una lectura de la situación. 2. Una justificación interna y externa de la interpretación de la norma que sea aplicable al caso. 3. La justificación del imperativo singular que resulta de la aplicación de la norma al caso concreto. 4. La prueba de la coherencia externa de una norma con todas las otras normas del sistema aplicadas *pima facie*.

Claro está, la validez de una norma es un concepto que se puede pensar que es compartido por todos los integrantes de la sociedad, mientras que es esperable que se llegue a diferentes juicios sobre cuál es la norma más adecuada para el caso.

No obstante, hay que tener en cuenta que para Günther (1995, p. 292) los participantes en un discurso de aplicación se respetan mutuamente como personas que comparten unos con otros principios válidos y normas, por lo que buscan llegar a una teoría uniforme frente a la norma aplicable y se tratará de exponer la decisión de tal manera que todos los intervinientes se encuentren conformes con esta, incluso cuando no se corresponde con sus intereses.

Así, entonces, el derecho debe tomar en consideración las referencias individuales del sistema de las personas involucradas en una situación, y también juzgar la legitimidad de los

intereses involucrados desde un punto de vista que pueda ser asumido recíprocamente por todos (Günther, 1993, p. 182).

De acuerdo con David Sobrevilla (2008 p.130), Günther distingue entre dos tipos de colisiones normativas, las internas y las externas. Las primeras que conciernen a la validez de una norma y solo dependen de que permanezca o no el mismo interés común bajo determinadas circunstancias, mientras que las segundas solo se pueden identificar en las situaciones de aplicación.

Pues bien, existe un conflicto de normas cuando al menos "dos normas, cada una aplicado independientemente, conduce a resultados incompatibles entre sí, a saber, a dos juicios contradictorios concretos" (Günther,1993, 207).

Pero, en ese caso, ¿cómo se usa el discurso de aplicación? A ese respecto, según Moral Soriano (1998, p. 200), los pasos del discurso de aplicación son los siguientes:

- a) la veracidad de los datos que se tienen sobre la situación de aplicación;
- b) la completa descripción de la situación y la justificación de la elección de unos aspectos en detrimento de otros;
- c) la coincidencia entre la situación contenida en la norma y la situación de aplicación una vez descrita: la consistencia semántica.

Günther (1993, 207) trae a colación el siguiente ejemplo: X prometió a Smith asistir su fiesta; sin embargo, X escucha que su mejor amigo, Jones, está gravemente enfermo y necesita su ayuda. Si X decide ayudar a Jones, rompe la promesa dada a Smith.

En el ejemplo, se encuentran dos reglas en conflicto, la primera referida a la obligatoriedad de cumplir las promesas y la segunda relativa a la prestación de socorro a Jones.

Ahora, partiendo de la base de que X decide prestarle ayuda a Jones, la justificación para aplicar dicha disposición puede ser convincente solo si presenta otras características de la situación que justifica una diferencia relevante a las características presupuestas en la primera regla (cumplir las promesas). Para esto, dice Günther (1993, 231), tiene tres posibilidades disponibles:

(D1) Ayer no le dijiste a Smith que asistirías a su fiesta.

(D2) Lo que le dijiste a Smith cuando te invitó no era una promesa, pero un acuerdo informal para reunirse.

(D3) Hiciste un compromiso firme con Smith, pero tu amigo Jones está en serias dificultades en este momento.

La primera objeción (D1) refuta la verdad de los datos relevantes en la descripción de la situación; con (D2), se duda si lo que se le dijo a Smith fue una promesa firme, y por lo tanto, una promesa, o simplemente un acuerdo casual para reunirse, lo que hace no cae bajo el término "promesa", y la tercera objeción (D3) es dirigido a la falta de consideración de otros datos relevantes en la descripción de la situación.

De allí que, **en un primer paso** para la aplicación, sea importante establecer la verdad de las declaraciones con las que una situación se describe, es decir, los participantes en la

argumentación tienen que estar de acuerdo en los hechos de los mundos externos, sociales e internos.

En un segundo criterio, por su parte, se debe verificar si la descripción de los datos contenidos en la norma está conforme con la verdadera descripción de la situación, en otras palabras, la descripción de la situación tiene que ser completa no solo en que las características se describan de tal manera que estén de acuerdo con las características de la norma, sino que también con las posibles variaciones y diversos grados de generalidad al describirlas, y si se puede mostrar que otras normas son aplicables a la misma característica o a otras características de la misma situación y por qué las características de la situación seleccionadas son relevantes, en contraste con las demás (Günther, 1993, p. 236).

Sin embargo, según Günther (1993, p.238), simplemente ampliando la descripción de la situación no se garantiza una conclusión exitosa de la argumentación de adecuación. La descripción de la situación está sujeta a un "agotamiento normativo" que presenta todas las normas que posiblemente pueden ser aplicadas, el cual es necesario para poder elegir la regla adecuada al caso concreto.

El conflicto de normas, entonces, no puede reconstruirse como un conflicto de reclamos de validez debido a normas conflictivas o semánticas competidoras variantes, en relación con la situación concreta, como lo haría el positivismo, sino como la adecuación de las características fácticas con las recogidas en las normas jurídicas. De lo que se desprende que los conflictos de normas no son previsibles, ya que no conocemos todas las situaciones de aplicación ni todas las posibles características de los casos.

En este sentido, **en un tercer estadio**, la argumentación de la adecuación solo permite un criterio formal atinente a la relevancia con la que se presenta un cierto conjunto de características normativamente significativas, en otras palabras, se puede aplicar una norma, en consideración de todas las circunstancias, si es compatible teniendo en cuenta todas las otras normas y todas las variantes semánticas posibles en una situación.

Por lo tanto, dice Günther (1993, p. 240), el criterio formal de adecuación solo puede partir de la coherencia de la norma con todas las demás normas y variantes semánticas aplicables en la situación. El único objetivo, continúa el autor, que puede ser especificado consiste en medir la compatibilidad en términos de qué norma puede justificarse mejor en relación con todas las demás normas aplicables en una situación.

Moral Soriano (1998, p. 200) señala:

La coherencia a la que se refiere Günther no es un criterio de valoración sino que más bien resume una relación: la que debe existir entre la norma, el resto de normas que prima facie eran aplicables a un caso y, finalmente, la completa descripción de la situación: «Una norma en todas sus variantes semánticas y en relación con otras normas aplicables sea adecuada a la situación descrita completamente». Tanto la adecuación de la norma a una completa situación, cuanto la coherencia de la norma y los aspectos relevantes de una situación, carecen de un contenido material. Más bien resume las relaciones entre la norma y la situación descrita completamente (en el caso de la adecuación) y entre la norma adecuada, el resto de normas aplicables y la situación descrita (en el caso de la coherencia).

Por otro lado, vale la pena señalar al principio de integridad como un principio para la argumentación de la adecuación. En esta forma de argumentación, las relaciones de reconocimiento tienen efecto de tal manera que la red de derechos concretos se aplica por

igual en cada caso particular, es decir, los casos se resuelven dentro de un mismo conjunto coherente de principios.

De allí que, para el autor, no existen reales contradicciones dentro de los ordenamientos jurídicos en el sentido abstracto, puesto que las normas solo se materializan al ser aplicadas por las autoridades judiciales, quienes, en uso de la argumentación, eligen la norma a aplicar.

Es menester recalcar que, de acuerdo con Günther (1993, p. 205), la argumentación de adecuación regularmente comienza señalando que las circunstancias inmutables de la norma aplicable *prima facie* no se encuentran presentes en el caso concreto. No obstante, apuntar a dichas diferencias puede ser un argumento solo de la presuposición de que la norma apropiada tiene que considerar todas las características relevantes de la situación. Por supuesto, la relevancia de unas diferentes características solo se puede mostrar en el paso siguiente en la argumentación, donde está relacionado con otra norma que también puede ser aplicado a la situación. Si la aplicación de las normas restantes conduce a juicios que se excluyen entre sí en esta situación, surge el ya señalado problema de un conflicto de normas.

En síntesis, en el caso referenciado, que X decida prestarle ayuda a Jones sería la respuesta correcta, basándonos en que los hechos narrados son **veraces**, valga decir que X prometió a Smith asistir su fiesta y que Jones está gravemente enfermo y necesita ayuda de X.; que las **características relevantes** son las allí plantadas y que no existen otras normas que contengan dichas singularidades, y que la norma y las circunstancias son **compatibles** teniendo en cuenta todas las otras normas y todas las variantes semánticas posibles en la situación, es decir, que la relación entre la norma referente a la prestación de socorro a Jones y la necesidad

de hacerlo aun cuando se incumpla una promesa se puede justificar en razón de la gravedad de la enfermedad de Jones, de forma más precisa que con la norma referida a la obligatoriedad de cumplir las promesas, con la que comparte menos circunstancias relevantes.

De manera que, es en los discursos de aplicación en los que encontramos el problema de un conflicto de normas. Normas que son válidas bajo invariables circunstancias pueden entrar en conflicto cuando todas las circunstancias de una situación se consideran. El conflicto de normas es, entonces, un problema de su adecuación y no de su validez (Günther, 1993, p.212) Ahora, podemos relacionar el reclamo de validez con un norma apropiada para la situación y, de hecho, tenemos que hacerlo si queremos saber si lo que es apropiado hacer en una situación corresponde a una norma válida. Empero, para determinar si tenemos la obligación de hacer lo que es apropiado, tenemos que suponer que las circunstancias en las que basamos nuestro juicio en lo apropiado permanecen sin cambios en situaciones diferentes, es decir, la norma es válida y, por ende, aplicable (Günther, 1993, p. 212).

En ese orden de ideas, la teoría del discurso de aplicación propuesto por Günther busca que la justificación externa de la premisa normativa se dé eligiendo no solo la norma válidamente creada sino también aquella que, teniendo en cuenta todas las condiciones relevantes del caso, por medio de la justificación racional, sea la única que se adecúe a la situación particular y, por ende, mantenga la coherencia del sistema normativo.

III. CRÍTICAS A LOS MODELOS PARA LA RESOLUCIÓN DE ANTINOMIAS

Como viene de verse, tanto Bobbio como Günther comparten una preocupación especial por la coherencia de los ordenamientos jurídicos y, por ello, formularon sus métodos para garantizarla. Desde luego, como suele ocurrir, los métodos por ellos propuestos han sido sometidos a un análisis por diversos estudiosos de la teoría jurídica.

La técnica propuesta por el positivismo jurídico, según lo ya expuesto, busca garantizar la coherencia del sistema jurídico, en tanto requisito de justicia, a través de tres criterios básicos: jerárquico, cronológico y de especialidad.

A ese respecto, Prieto Sanchís (2002 p.98) expuso: “De los tres criterios enunciados, los dos primeros se muestran inservibles cuando la antinomia se produce dentro de un mismo documento legislativo, pues todos sus preceptos son perfectamente coetáneos y gozan del mismo nivel jerárquico”.

Con relación al criterio jerárquico, vale resaltar que, como lo menciona Henríquez Viñas (2013), este presupone la previa determinación de la norma superior, lo que demanda la identificación de las relaciones jerárquicas entre las distintas fuentes del derecho. Sin embargo, en los ordenamientos jurídicos actuales existen gran cantidad de fuentes del derecho, tanto internas como externas al sistema que, muchas veces, no tiene una relación de subordinación unas de otras.

Igualmente, usando un ejemplo de Günther, Prieto Sanchís (2002, p. 98) precisó:

Supongamos un sistema normativo en el que rigen simultáneamente estas dos obligaciones: se deben cumplir las promesas y se debe ayudar al prójimo en estado de necesidad. De la lectura de ambos preceptos no se deduce contradicción alguna en el plano abstracto, pues la obligación de cumplir las promesas y de ayudar al prójimo en ciertas situaciones, como tantos otros deberes impuestos por el Derecho, son perfectamente compatibles; y por eso, ni siquiera es posible decir cuál de las normas resulta más especial o más general.

Adicionalmente, el mencionado autor asegura que los principios nunca son mutuamente excluyentes en el plano abstracto y sus eventuales contradicciones no conllevan a la declaración de invalidez de uno de ellos ni a la formulación de una cláusula de excepción en favor de otro, sino en preferir, en un caso concreto, a uno antes que al otro.

Cabe resaltar que Bobbio (1992) acepta que no todas las antinomias se pueden resolver a través de estas reglas, por lo que propone que se deje en libertad al interprete para que este decida si eliminar una de las normas, eliminarlas las dos o conservarlas. Es decir, pone en las manos del operador jurídico que se mantenga apropiadamente la coherencia del sistema normativo.

Lógicamente, esta libertad es una clara muestra de la imposibilidad de establecer un parámetro que permita decidir objetivamente cada contradicción entre las regulaciones y, por ende, afecta la seguridad jurídica del ordenamiento.

De manera que, como método de resolución de antinomias, reiterase, los criterios propuestos por el paradigma tradicional positivista lucen insuficientes.

Lo mismo se ha predicado respecto a la teoría propuesta por Klaus Günther. En efecto, de acuerdo con Herget (2019, p. 94), la teoría del discurso es, en su aspecto más ideal, debido a su imposibilidad, simplemente un modelo aspiracional, que, al aterrizarlo a la realidad pierde fuerza y legitimidad.

Más rotunda es la crítica de Weinberger, dice Moral Soriano (1998, p. 205), quien considera que los filósofos de la teoría del discurso han dejado de lado la complejidad del discurso real. A ese respecto, dice, la teoría discursiva ha justificado la exigencia de un discurso real mediante el discurso ideal, cuyas condiciones únicamente pueden cumplirse de forma imprecisa.

Así mismo, David Sobrevilla (2008, p. 138) expone que “este procedimiento solo se podría aplicar a sociedades que han alcanzado la grada convencional y posconvencional de la conciencia moral”.

Frente a la aplicación de las normas jurídicas, Sobrevilla (2008, p.145) reprocha:

Lo sorprendente en el intento de Günther es. 1. Qué poco hace uso de las propuestas y discusiones sobre el concepto de la coherencia en la ciencia del derecho, donde este concepto tiene una larga tradición, en especial, en el campo de la interpretación de las leyes. 2. Cuán lejos se encuentran las ideas de Günther de la práctica de los abogados. Se advierte que este planteamiento solo constituye un ejercicio académico y cuán difícil es operacionalizarlo. 3. Una prueba es aquí que Günther nunca ha intentado reconstruir una decisión jurídica a fin de mostrar la fecundidad de su planteamiento.

Sin embargo, debe destacarse que la teoría de Günther tiene su base en la teoría de la acción comunicativa de Habermas, la cual contempla una situación ideal en la que se desarrollan los

individuos de una sociedad. Por lo tanto, es evidente que las condiciones allí contempladas no son aplicables a cualquier sociedad, pero sí son las deseables para los estados democráticos a los que se aspira.

Si bien en la actualidad la teoría de Günther no se podría aplicar sin tener en cuenta otros parámetros que corrompen la situación ideal, esto no la desacredita de ninguna forma, ya que, en una sociedad en la que se cumplan los ideales que la fundan, la teoría del discurso de aplicación tendría uso directo, sin que se pueda plantear una teoría tal que se aplique en todos los tipos de sociedad, los cuales, vale resaltar, son infinitos.

Lenio Luiz Streck y Santiago Artur Berger Sito (2012), por su parte, sostienen que la apuesta por la imparcialidad del discurso de la aplicación, que es capaz de erigir lo que es importante en términos de caracteres, consecuencias y efectos secundarios en cada situación concreta, no tiene nada que ver con la factibilidad de estar en el mundo, en la medida en que supone una imparcialidad en la elección cuando, inevitablemente, el sujeto hace consideraciones sobre las características que entiende más importante basados en sus preconcepciones y en la moral correctiva. La forma práctica de estar en el mundo, dicen, coloca al sujeto no solo en el mundo, sino en la línea de tiempo, lo que hace que su comprensión esté plagada de una comprensión previa, que es imposible de manipular.

De manera que, la "imparcialidad" guntheriana termina siendo una apuesta dura y seca a la conciencia del sujeto. En este sentido, agregan, "no se aparta de las teorías argumentativas, que apuestan por el papel correctivo de la moral".

Además, Lenio Luiz Streck y Santiago Artur Berger Sito (2012) reprueban la división del discurso en el de fundamentación y en el de aplicación, toda vez que consideran que se ignora la necesidad de plantear una situación lo más precisa posible antes de regularla, incluso si se sabe que es imposible abarcar todas las posibles aplicaciones. Para ellos, Günther hace depender validez y adecuación de una imposibilidad objetiva de unir todos los elementos de adecuación en un único saber, que es el proyecto de todo pensamiento lógico-deductivo, tener un esquema sobre el cual se subsumen todos los elementos de la aplicación constantemente. Si eso se consiguiera, podría ser suprimida la diferencia entre validez y adecuación de la norma, desde que hubiese esa coincidencia objetiva de aplicación.

A este respecto, señalan que los horizontes del conocimiento siempre acercan la validez y la realidad, para que pronto se disuelvan, por ende, se anticipa la validez, pero en la precomprensión, que es contenido y formación de significado (no procesal, por lo tanto), y no en un discurso de razonamiento previo, dependiendo de situaciones ideales de argumentación o discurso.

Empero, los mencionados autores pierden de vista que lo importante en la teoría de Günther no es que existan o no preconceptos que afecten la elección, sino que la justificación, tanto del discurso de fundamentación como del de aplicación, sea tal que para todos los intervinientes y afectados sea innegable que la norma que se crea y que se aplica sea correcta y adecuada.

Adicionalmente, no es cierto que Günther niegue la necesidad de que la norma sea lo más exacta posible en cuanto a su descripción de la situación, solamente cuestiona su capacidad

de regular todas las posibles circunstancias, al tiempo que acepta que en el caso de que situación y norma fueran exactamente iguales no habría diferencia entre los discursos de fundamentación y aplicación.

Por su parte, según Alexy, extractado por Da Rosa de Bustamante (2016), tanto el discurso jurídico como el discurso moral serían, por lo tanto, “casos especiales” de discurso práctico y contrario a lo que dice Günther, los discursos de aplicación necesariamente incluyen, también, discursos de justificación.

En este sentido, manifiesta Moral Soriano (1998, p. 206), para Alexy, una premisa como “hay que socorrer a un herido aunque para ello haya que poner en peligro la propia seguridad” no corresponde a una situación de aplicación, sino a una nueva norma que debe ser justificada, por lo que, es claro que Günther utiliza el discurso de fundamentación en el de aplicación.

Otra crítica de Alexy, la resume Moral Soriano (1998, p. 204) así:

Parece que Günther adapta el discurso de justificación a las condiciones reales del discurso práctico sólo de forma parcial, ya que acepta el límite de tiempo y conocimiento, pero no el de participación en el discurso práctico. Alexy resume de manera impecable tal contradicción: el discurso de justificación en su dimensión empírica (tiempo y conocimiento) es real, mientras que en su dimensión de participación permanece siendo un discurso ideal.

No obstante, cabe resaltar que, si bien la aplicación de un enunciado normativo produce una norma aplicable al caso concreto, de acuerdo con la teoría de Günther, contrario a lo manifestado por Alexy, esta no requiere fundamentación, ya que dicha etapa se surtió con el

enunciado normativo, sin que sea necesario establecer la validez de cada una de las normas derivadas de enunciados normativos válidos.

Igualmente, es menester reiterar que la teoría del discurso de aplicación se cimienta en una sociedad ideal, razón por la cual los involucrados cumplen con ciertos requisitos y presupuestos de participación que pueden ser ideales, pero que, como lo indiqué anteriormente, son necesarios en una sociedad democrática actual, por lo que, es entendible que la participación se dé bajo estas circunstancias, mientras que se imponga el límite de tiempo y de conocimiento, los cuales, en ninguna situación son alcanzables.

De otro lado, Moral Soriano (1998, p. 207) critica que la teoría del discurso de aplicación no explica cómo se debe aplicar la norma adecuada al caso concreto. Por supuesto, Günther se refiere a la regla de consistencia semántica y a la interpretación. Empero, dice, estas reglas deben ser fundamentadas, lo que confunde la justificación con la aplicación.

En este punto, es preciso señalar que la fundamentación, entendida en la etapa de creación normativa, difiere de la justificación al momento de la aplicación, de modo que elegir la regla semántica o de interpretación a aplicar no implica fundamentarla, sino justificar su uso adecuado al caso concreto.

Por su parte, Dwars, reseñado por Da Rosa de Bustamante (2016), señala que Günther confunde dos concepciones distintas de validez: por un lado, la validez jurídica, es decir, la validez de acuerdo con los criterios de un sistema jurídico, de otro, la validez discursiva, es decir, la aceptabilidad racional a la luz del principio de universalidad, referida a la

consideración de las consecuencias y efectos secundarios de una observancia general o aplicación de la norma que necesita justificación.

Me permito aclarar que, por supuesto, la concepción de validez de Günther está permeada por la teoría del discurso y, por ende, no se limita a considerar los criterios contenidos en el sistema jurídico, lo cual sin duda requiere no perder de vista la diferencia del sentido de dicho concepto.

Finalmente, Da Rosa de Bustamante (2016) considera que Günther no tiene en cuenta los casos en los que es necesario realizar interpretaciones fuera de la regulación fundamentada.

En ese sentido, expone:

Ejemplos de casos en los que se debe decidir *contra legem* o, como nos interesa específicamente en esta tesis, romper una línea sólida de precedentes con fundamento en razones morales son mucho más frecuentes de lo que se imagina, y constituyen buenos ejemplos de que también en los discursos jurídicos penetran argumentos prácticos que necesitan ser ponderados con las razones de seguridad jurídica producidas por criterios intrasistemáticos de validez (Da Rosa de Bustamante, 2016, p. 237)

Con todo, pese a las mencionadas críticas, como atrás se indicó, la teoría de Günther logra brindar una forma para el mantenimiento de la coherencia del sistema, partiendo de la conocida base de que es imposible regular todas las situaciones existentes y evitar que, con múltiples fuentes, no se causen contradicciones normativas que afecten el ordenamiento jurídico.

Hay muchas dudas, sobre todo porque el poner en práctica la teoría del discurso de aplicación implica suponernos en una situación ideal de comunicación que no es replicable en la vida diaria. No obstante, el poder analizar las normas en dos ámbitos, la fundamentación y la adecuación, permite separar la labor del legislador de la del jurista, facilitando las condiciones que deben tener uno y otro al momento de regular el sistema y distinguiendo el tipo de argumentación que ambos deben realizar.

Adicionalmente, es importante resaltar que, en la situación ideal en la que levanta su teoría, Günther espera un comportamiento ejemplar de los participantes, quienes incluso identifican las posibles consecuencias para sus intereses de los enunciados normativos instituidos a través del discurso de fundamentación y las aceptan, garantizando que, sin importar la disparidad que entre los resultados de la fundamentación y la adecuación se pueda presentar, se va a aceptar la solución que se le dé al caso concreto.

Por supuesto, aplicar la expuesta teoría en las sociedades actuales supone que se ve afectada por los preconceptos y contenidos culturales, históricos y sociales de los participantes. Sin embargo, esto no la deslegitima, toda vez que, de un lado, es imposible deshacerse de estos antecedentes y es una situación que deben soportar todas las teorías; de otro, es una herramienta que, al considerar las situaciones por la mayor cantidad de características relevantes, garantiza una alta posibilidad de acierto en la elección de la norma aplicable o, por lo menos, exige una argumentación consistente que permite mayor seguridad jurídica.

En conclusión, al margen de las críticas que se le pueda hacer a Klaus Günther, la teoría discursiva es una solución completa para la aplicación normativa que permite resolver las contradicciones garantizando la coherencia del sistema jurídico y eliminando las antinomias.

IV. CONCLUSIONES

- ✓ El ordenamiento jurídico forma en sí un ente sistemático, en el cual las tres características - unidad, coherencia e integridad- guían al juez para motivar sus decisiones judiciales. La coherencia, para el pensamiento positivista tradicional, es un ideal racional propio de dicho ordenamiento. No obstante, en los sistemas jurídicos las relaciones de incompatibilidad entre normas son comunes, lo que conlleva a la necesidad de plantearse criterios que corrijan las contradicciones.
- ✓ El positivismo jurídico considera que la coherencia del ordenamiento, al no ser posible en todos los casos, no es un requisito de validez del ordenamiento jurídico, sino de justicia, en la medida en que la existencia de antinomias reales vulnera la exigencia de certeza y el igual tratamiento a las personas a las que van dirigidas las normas.
- ✓ Klaus Günther, al hallar que los criterios de resolución de antinomias propuestos por el positivismo son insuficientes, utiliza una variante de la teoría del discurso para completarlos y garantizar así que se reduzca el ámbito de discrecionalidad del operador jurídico que se enfrente ante una contradicción normativa.

- ✓ La coherencia, para Günther, resume la relación que debe existir entre la norma, el resto de normas que *prima facie* son aplicables a un caso y la completa descripción de la situación. En ese sentido, distingue dos tipos de discursos prácticos generales, a saber, los discursos de fundamentación, referidos a la creación de la norma, y los discursos de aplicación, relacionados con la pertinencia de la aplicación de una norma a un caso concreto.

- ✓ La teoría del discurso de aplicación propuesto por Günther busca que la justificación externa de la premisa normativa se dé eligiendo no solo la norma válidamente creada sino también aquella que, teniendo en cuenta todas las condiciones relevantes del caso, por medio de la justificación racional, sea la única que se adecúe a la situación particular y, por ende, mantenga la coherencia del sistema normativo. De manera que, el aludido discurso conlleva a la consecución de una única respuesta correcta y supera la discrecionalidad propia del positivismo tradicional a través de la racionalización de la decisión judicial.

- ✓ Por supuesto, la teoría que propone Günther ha sido ampliamente criticada, entre otras razones, porque la división del discurso en el de fundamentación y en el de aplicación ignora la necesidad de plantear una situación lo más precisa posible antes de regularla y la teoría del discurso de aplicación no explica cómo se debe aplicar la norma adecuada al caso concreto y exige condiciones que únicamente pueden cumplirse de forma imprecisa. Sin embargo, al margen de las críticas que se le pueda hacer a Klaus Günther, la teoría discursiva es una solución completa para la aplicación normativa que permite resolver las contradicciones garantizando la coherencia del sistema jurídico y eliminando las

antinomias, acercándose a la superación de los problemas acaecidos con los criterios propios del positivismo.

V. BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1987). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Bobbio, N. (1992). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis.

Boladeras, M. (1985). Teoría de la Acción Comunicativa. En: Boladeras. *Razón Crítica y Sociedad. De Max Weber a la Escuela de Frankfurt* (pp. 229-272). Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.

Da Rosa de Bustamante, T. (2016). *Teoría del Precedente Judicial*. Lima: Ediciones Legales.

Durango, G. (2005). *El principio discursivo y los derechos fundamentales: mecanismos de construcción de democracia constitucional deliberativa*. Una aproximación desde la teoría habermasiana. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

Fabra, P. (2008). *Habermas: Lenguaje, razón y verdad*. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Feteris, E. (2007). La teoría de la racionalidad comunicativa de Habermas. En: Feteris. *Fundamentos de la Argumentación Jurídica* (pp. 109-122). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Flores, G. (2013). Las críticas de Karl-Otto Apel a Facticidad y Validez de Jürgen Habermas. *Revista de Ciencias Sociales y Humanidades* N° 74. 157-188.

García, J. (1993). La filosofía del derecho de Jürgen Habermas. *Doxa* N° 13.

Garrido Vergara. L. (2011). Habermas y la Teoría de la Acción Comunicativa. *Razón y Palabra*.

N° 75. / Recuperado de

http://www.razonypalabra.org.mx/N/N75/ultimas/38_Garrido_M75.pdf

Günther, K. (1988). *The sense of appropriateness*. Application discourses in morality and law.

Albany: State University of New York Press.

Günther, K. (1989). Idea of impartiality and the functional determinacy of the law.

Northwestern University Law Review. Vol. 83.

Günther, K. (1995). Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa* N°17-18.

Günther, K. (1996). Communicative freedom, communicative power and jurisgenesis. *Cardozo*

L. Rev. N° 17.

Günther, K. (2006). Which concept of person does discursive theory of law needs- Reflections

on the internal connection between deliberative person, citizen and legal entity. *Direito GV L*.

Rev. 223

Habermas, J. (2005). *Facticidad y Validez*. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho

en terminos de la Teoría del Discurso. Madrid: Editorial Trotta.

Habermas, J. (1986) *Law and Morality*. The Tanner Lectures on Human Values. Cambridge:

Cambridge University.

Habermas, J. (1999). *Teoria de la Accion Comunicativa I*. Madrid: Editorial Taurus.

Henríquez, M. (2013). Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno. *Estudios constitucionales*. Vol.11 N°1. 459-476.

Herget, J. (2019). *La filosofía del derecho alemana contemporánea*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. México: Universidad Autónoma de México.

Lenio, S. y Santiago, S. (2012). La crítica hermenéutica y la ruptura de los discursos en Klaus Günther. *Revista NEJ*. Vol 17 N° 3. 456-468.

Moral, L. (1998). ¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general. *Doxa* N° 21-I.

Moreso, J. & Vilajosana, J. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Prieto, L. (2002). *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*. *Diritti & Questioni Pubbliche* N° 2. 97-114.

Sobrevilla, D. (2008). *La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista*. Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe. México: Fontamara.

Velasco, J. (1998). El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas. *Anuario de filosofía del derecho*. N° 15. 257-278.