

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

UN ANÁLISIS A LA TEORÍA
DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA
DE ROBERT ALEXY

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO
P R E S E N T A
FRANCISCO JAVIER DORANTES DÍAZ

ASESOR: JAVIER SALDAÑA SERRANO

MÉXICO, D.F.

2008



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE

Introducción	12
1. Consideraciones metodológicas	15
2. Integración teórica alexiana	18

PRIMERA PARTE

FORMACIÓN UNIVERSITARIA DE ROBERT ALEXY

CAPÍTULO I

ROBERT ALEXY. EL JURISTA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. Orígenes	22
2. Sus estudios	22
2.1 En la Universidad de Kiel	23
2.2 En el posgrado en la Universidad de Gotinga	23
3. Influencias intelectuales	24
3.1 En el aspecto moral	24
3.1.1 La Ética Analítica	27
3.1.2 La influencia de Jürgen Habermas	30
3.2 En lo jurídico	31
3.2.1 La tópica jurídica	31
3.2.2 La nueva retórica	35
3.3 Otras influencias	39
4. Sus preocupaciones contemporáneas	40

4.1 Sus más recientes obras	42
4.2 Su pensamiento actual	43

SEGUNDA PARTE

EL DISCURSO ÉTICO COMO DISCURSO PRÁCTICO

CAPÍTULO I

LA TEORÍA ANALÍTICO-NORMATIVA DEL DISCURSO JURÍDICO

1. El discurso práctico general y el discurso jurídico	48
2. Una teoría analítico-normativa del discurso jurídico	49
2.1 Fundamentación en las decisiones jurídicas	50
2.2 Ideas centrales en la investigación de Alexy	56
3. Creación de una argumentación jurídico-racional	60
4. El discurso práctico. Elementos diferenciadores	61
4.1 El naturalismo	61
4.2 El intuicionismo	65
4.3 El emotivismo	66

CAPÍTULO II

TEÓRICOS DEL DISCURSO PRÁCTICO EN LA TEORÍA DE ROBERT ALEXY

1. Wittgenstein y Austin	71
2. Teoría de Hare	75
3. Argumentación jurídica en Toulmin	78
4. El razonamiento discursivo de Baier	82
4.1 La argumentación moral de Baier	83
4.2 Concepto de Generalizable	85
5. Propuesta del discurso racional de Habermas	86
5.1 Crítica a la teoría de la verdad como correspondencia	86
5.2 Diferencia entre acción y discurso	88

5.3	Justificación de las proposiciones normativas	90
5.4	Lógica discursiva	91
5.5	Situación ideal de diálogo	94
5.6	Aspectos de Habermas destacados por Alexy	95
6.	La Escuela de Erlangen	96
6.1	Principios de la ética constructiva	96
6.1.1	Principio de razón	96
6.1.2	Principio de moral	98
6.2	Puntos destacados por Alexy	99
7.	La teoría argumentativa de Chaïm Perelman	100
7.1	Una teoría lógica de la argumentación	101
7.2	Argumentación como función del auditorio	103
7.3	Demostración y argumentación	104
7.4	El auditorio universal	105
7.5	Persuadir y convencer	107
7.6	La estructura de la argumentación	108
7.7	Algunos comentarios de Alexy	110
8.	Racionalidad de los discursos prácticos	111

CAPÍTULO III

TEORÍA DEL DISCURSO PRÁCTICO DESDE LA CONSIDERACIÓN ARGUMENTATIVA DE ROBERT ALEXY

1.	Fundamentación de proposiciones normativas	113
2.	Teorías del discurso posibles	114
3.	Fundamentación de las reglas del discurso	115
3.1	Reglas técnicas	116
3.2	Reglas de hecho	117
3.3	Reglas definitorias	117
3.4	Reglas de comunicación lingüística	118
3.5	Reflexiones de Robert Alexy sobre la fundamentación	119
4.	Reglas y formas del discurso práctico general	120

4.1 Reglas fundamentales	120
4.2 Reglas de razón	121
4.3 Reglas sobre la carga de la argumentación	123
4.4 Formas de argumento	124
4.5 Reglas de fundamentación	128
4.6 Reglas de transición	130
5. Límites del discurso práctico general	131

TERCERA PARTE

ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO I

EL PENSAMIENTO PROBLEMÁTICO. LA HERENCIA NO CONTINUADA

1. Escuela de Maguncia	134
1.1 La tópica	136
1.1.1 Definición de Theodor Viehweg	137
1.1.2 Nociones más usuales	139
1.1.3 Una definición prescriptiva	140
1.2 <i>Topoi</i>	143
1.2.1 <i>Topoi</i> en Viehweg	143
1.2.2 <i>Topoi</i> para otros autores	144
1.3 Clases de tópica	149
1.3.1 La distinción de Viehweg	149
1.4 Un análisis tópico	150
1.5 Una teoría retórica de la argumentación jurídica	154
1.5.1 Dogmática y cetética jurídica	155
1.5.2 Pensamiento problemático y pensamiento sistemático	161
1.5.2.1 Diferentes concepciones sistemáticas	163
2. La Escuela de Bruselas	171
2.1 Un método problemático	173

2.2 Razonamiento jurídico y lógica jurídica	175
2.3 La argumentación jurídica	179

CAPÍTULO II

LOS RASGOS FUNDAMENTALES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN ALEXY

1. Tesis del caso especial	186
2. Rasgos fundamentales de la argumentación jurídica	188
2.1 Justificación interna	188
2.2 Justificación externa	192
2.2.1 Argumentación empírica	193
2.2.2 Reglas de interpretación	194
2.2.2.1 El papel de las reglas de interpretación	199
2.3 Argumentación dogmática	203
2.3.1 Enunciados de la dogmática jurídica	206
2.3.2 Uso de los enunciados dogmáticos	208
2.3.3 Fundamentación y comprobación de los enunciados dogmáticos	209
2.3.4 Funciones de la dogmática	211
2.3.5 Argumentación dogmática y argumentación práctica general	213
2.4 Uso de los precedentes	213
2.4.1 Regla de la carga de la argumentación	213
2.4.2 Uso del precedente en la argumentación jurídica	214
2.5 Argumentos jurídicos especiales	215
2.6 Discurso jurídico y discurso práctico general	216
2.6.1 Necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general	216
2.6.2 Coincidencia parcial en la pretensión de corrección	217
2.6.3 Coincidencia estructural en las reglas del discurso	218
2.6.4 Necesidad de argumentos prácticos generales en el marco de la argumentación jurídica.	220

2.6.5 Límites y necesidad de la teoría del discurso racional 220

CUARTA PARTE
UNA TEORÍA ARGUMENTATIVA COMO FUNDAMENTACIÓN DEL
POSITIVISMO JURÍDICO

CAPÍTULO I

CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE ROBERT ALEXY

1. Contra la teoría del discurso en cuanto tal	223
1.1 Discurso y buenas razones	223
1.2 Necesidad de la comunicación	225
1.3 Procedimiento y corrección	227
1.3.1 Discurso ideal.	228
1.3.2 Discurso real	229
1.4 Fundamentación de las reglas del discurso	230
2. Contra la tesis del caso especial	231
2.1 Argumentación jurídica como discurso práctico	231
2.2 Discurso práctico y proceso judicial	233

CAPÍTULO II

LO JURÍDICO COMO PENSAMIENTO SISTEMÁTICO

1. <i>Problemdenken</i> contra <i>Systemdenken</i>	235
1.1 Sistema jurídico como sistema axiomático	238
1.2 La “Precomprensión” como elemento de enlace entre el problema y el sistema	239
2. Una teoría débil de principios	241
2.1 Utilidad actual de los principios generales jurídicos	242
2.2 ¿Qué son los principios del derecho?	244

2.3	La idea de derecho como punto de unidad de los principios jurídicos del derecho justo	249
2.4	Teoría de los principios en Robert Alexy	252
2.4.1	Distinción entre reglas y principios	253
2.4.2	Principios como mandatos de optimización	254
2.4.3	Colisiones de principios y conflictos de reglas	255
2.4.3.1	Conflictos de reglas	255
2.4.3.2	Colisión de principios.	258
2.4.3.3	El diferente carácter <i>prima facie</i> de reglas y principios	260
2.4.3.4	Reglas y principios como razones	262
2.4.3.5	La generalidad en los principios	263
2.4.3.6	Algunas consideraciones sobre las reglas y los principios	264
2.5	La ponderación	265
2.5.1	Modelo de decisión y Modelo de fundamentación	266
2.5.2	Otra variante de fundamentación	266
2.5.3	La fundamentación referida específicamente a la ponderación	267

QUINTA PARTE

UNA PROPUESTA QUE RECURRE A LO CLÁSICO

CAPÍTULO I

UNA INTEGRACIÓN A LA TEORÍA ARGUMENTATIVA DE ALEXY

1.	Integración desde la perspectiva teórica	269
1.1	La argumentación jurídica en Roma	270
1.1.1	El inicio de la jurisprudencia romana	272
1.1.2	Un derecho para el pueblo	276
1.1.3	Estructura argumentativa de los juristas romanos	277

1.1.3.1 Derecho intuitivo	280
1.1.3.2 Derecho deductivo	284
1.1.3.2.1 Las <i>regulae</i>	287
1.1.3.2.2 Las instituciones	288
1.2 La argumentación en el <i>Jus Commune</i>	289
1.2.1 El método escolástico	293
12.1.1 El Iusnaturalismo Escolástico de Tomás de Aquino	296
1.2.2 La tónica y el <i>Mos italicus</i>	298
2. Presupuestos reales para una teoría de la argumentación	302
2.1 Planteamientos problemáticos. Aspectos generales	302
2.1.1 Problemática y sistemática jurídica y su actuación independiente	303
2.1.2 Pensamiento problemático como parte integral del pensamiento sistemático en derecho	307
2.1.3 Pensamiento problemático como rectificador del pensamiento sistemático	312
2.2 La búsqueda de argumentos	315
2.2.1 Argumentos sistemáticos	315
2.2.1.1 Límites de los argumentos sistemáticos	316
2.2.1.1.1 Reglas para la selección de argumentos de justificación interna	317
2.2.2 Argumentos cetéticos	333
2.2.2.1 Funciones de los argumentos cetéticos	333
2.3 Solución equitativa	335
2.3.1 El problema de lo “Justo concreto”	336
2.3.1.1 Actos propios de la prudencia jurídica	338
2.3.1.1.1 La deliberación	339
2.3.1.1.2 El juicio	342
2.3.1.1.3 El mandato	344
2.3.1.2 La aporía fundamental	345
2.4 La pretensión de corrección	346
2.4.1 Sobre el concepto	347

2.4.2 Necesaria vinculación entre derecho y corrección	349
2.4.3 Relación entre corrección jurídica y moral	350
2.5 Sobre la justicia como corrección	352
2.6 Sobre algunas insuficiencias y límites en el discurso jurídico	
Alexyano	353
2.6.1 Dilema entre seguridad y racionalidad	354
2.6.2 Teoría procedimental sin contenido sustantivo	354
2.6.3 Reglas convencionales	355
CONCLUSIONES	356
APÉNDICE	368
BIBLIOGRAFÍA	387
HEMEROGRAFÍA	400

Siempre que dos hombres tienen respectivamente juicios contrarios sobre la misma cosa, podemos estar ciertos que uno de los dos se equivoca. Es más, ninguno de los dos posee la verdad, porque si uno tuviera una idea clara y distinta de ella, podría exponerla a su adversario de tal modo que acabase por forzar la convicción de éste.

Descartes

INTRODUCCIÓN

La teoría de la argumentación jurídica es uno de los principales temas de discusión dentro de la ciencia jurídica contemporánea, principalmente a partir del término de la Segunda Guerra Mundial, cuando surge como una metodología del derecho alternativa al positivismo jurídico. En este sentido, nos brinda una posibilidad para que el derecho retorne a una posición acorde a la naturaleza y problemática de los seres humanos; más próxima a una discusión integral del derecho que a la clásica diferenciación entre derecho positivo y derecho natural. Desde una perspectiva crítica y racional, como afirma Ulrich Klug, son insostenibles las concepciones jurídico-filosóficas con pretensiones epistémicas absolutas.¹

Para los conocedores de la ciencia del derecho, en las “teorías de la argumentación jurídica” destacan las aportaciones hechas a este campo por Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, Neil MacCormick, Aulis Aarnio y Robert Alexy, por mencionar sólo algunos de los juristas que han adquirido renombre en este ámbito de estudio. Estas teorías argumentativas de ninguna manera son homogéneas. Incluso pueden resultar desde complementarias hasta antagónicas. Demos algunos ejemplos: Theodor Viehweg nunca desarrolló una clasificación de los argumentos; se preocupó, más bien, por el punto de partida de la argumentación, la aporía o el problema. En cambio, Chaïm Perelman sistematiza los argumentos y se preocupa por sus efectos. Así, tomando

¹ Ulrich Klug, *Problemas de la Filosofía y la Pragmática del Derecho*. Trad. Jorge. M. Seña, México, Editorial Fontamara, 1992 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política), p. 6.

en cuenta estos aspectos, ambas teorías son complementarias. Por otra parte, la teoría de Viehweg tiene vasos comunicantes con el derecho natural y con el aspecto práctico de los problemas jurídicos. Robert Alexy, en contraste, parece tener más relación con el positivismo jurídico, al destacar, de manera preferencial, los aspectos estructurales sobre los problemáticos, independientemente de su postura en torno a la pretensión de corrección y la justicia como un mecanismo de la misma.

Pese a la crítica y a los nuevos planteamientos que el positivismo jurídico ha tenido en Occidente, algunas de las teorías argumentativas tienden a tratar el derecho desde una perspectiva estructural y sistemática, tomando como base las características propias de un sistema jurídico de índole positivista. Pero no debería olvidarse que el derecho puede ser analizado, también, desde un punto de vista problemático, acorde a la realidad y a la aplicación de las normas jurídicas. Vista desde este punto de partida, la argumentación jurídica puede ir hacia nuevos rumbos.

Así, el primer objetivo de esta investigación es buscar temas que permitan establecer algún vínculo entre las diversas tendencias de las teorías de la argumentación jurídica. Para ello, he elegido como materia de estudio la teoría de la argumentación de Robert Alexy, por ser una de las más recientes y acabadas aportaciones en la materia.

Otro de los objetivos de este trabajo es fijar una postura, con el fin de renovar la discusión en este campo. De esta manera, en la última parte estableceré mis propios criterios, desde una perspectiva problemática y sistemática, acerca de la argumentación jurídica.

Hagamos un paréntesis para añadir que Alexy, al inicio de su teoría argumentativa, hace referencia a una resolución del 14 de febrero de 1973 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal, de la entonces República Federal Alemana, en la que se establece la

obligación para los jueces de que sus decisiones se basen en “argumentos racionales”².

Esta exigencia, como el propio Alexy señala, puede extenderse a todo el trabajo jurídico, razón por la cual la argumentación racional o argumentación jurídica racional no debe constreñirse a ser estudiada por los teóricos o filósofos del derecho, sino también por los juristas prácticos, o los ciudadanos interesados en las decisiones jurídicas.³

Esta racionalidad, desde la perspectiva de Alexy, tiene un doble origen: el carácter científico del derecho y la legitimidad de las decisiones judiciales.⁴ Por ello, el objeto de su teoría es definir lo que debe entenderse por *argumentación jurídica racional* y los límites de su aplicación. La primera aproximación que Alexy nos da acerca de esta noción se halla en el subtítulo de su teoría: “La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”. De tal manera, en las dos primeras partes de esta obra se elabora una teoría de la argumentación práctica general de la que se desprende la teoría de la argumentación jurídica. Para él, la racionalidad de la argumentación jurídica encuentra sus fundamentos en la teoría de la argumentación práctica general.

En el Prefacio de su obra,⁵ Alexy establece los límites de su propuesta: “Fundar una teoría de la argumentación jurídica”⁶. A lo que añade: “Un posterior desarrollo de esta teoría no sólo es posible, sino también deseable”⁷. De manera que, la presente investigación pretende contribuir a un tema que, desde sus orígenes, es intrínseco al derecho.

² Vid. Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989 (Col. El derecho y la justicia), p. 19.

³ *Loc. Cit.*

⁴ El término legitimidad, que no carece de importancia, no es definido en cuanto a su contenido en la teoría de la argumentación de Robert Alexy. Únicamente, páginas adelante, relaciona la legitimidad con las valoraciones que resultan necesarias para regular los conflictos sociales mediante decisiones. *Ibidem.*, p. 28

⁵ *Ibidem.*, p. 19.

⁶ *Loc. Cit.*

⁷ *Loc. Cit.*

Otra de las intenciones de este estudio es desarrollar los puntos que Robert Alexy ha dejado inconclusos; y para ello será necesario revisar sus principales fundamentos, tanto desde el punto de vista de la ética práctica como desde la perspectiva jurídica, ya que sólo a través del análisis de las propuestas se podrán buscar aspectos que puedan ser integrados a la investigación de Alexy.

1. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

En la actualidad, los estudios sobre lógica cuyo objeto es el fenómeno jurídico tienen una triple dirección: por una parte, el análisis lógico del lenguaje jurídico (semiótica jurídica); por otra, la lógica de las normas (lógica deóntica), y, finalmente, la lógica de la argumentación jurídica⁸ que, como se verá más adelante, difiere de la idea tradicional de lógica. Así, pues, en la presente investigación se analizará la llamada «lógica de la argumentación jurídica» o «teoría de la argumentación» o, simplemente, «argumentación jurídica».

En el planteamiento del problema de la argumentación jurídica mi primera hipótesis de trabajo es que el pensamiento inductivo se encuentra en crisis.⁹

Asimismo, al asumir una postura no solamente teórica, sino práctica, intentaré proporcionar los instrumentos que puedan ser de utilidad para los estudiosos y pragmáticos del derecho en su trabajo diario. Tengo la convicción de que una teoría debe proporcionar la solución a un problema que nos interese, pero “también debe ser compatible con todas las observaciones conocidas, y contener a las teorías precedentes como primeras aproximaciones —aunque también

⁸ Vid. Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Aplicación judicial del derecho y la lógica de la argumentación jurídica*, Madrid, Civitas, 1988 (Cuadernos Civitas), p. 13.

⁹ Para el desarrollo de esta hipótesis basada en la teoría de K. Popper, véase Bryan Magee, *Popper*, México, Colofón, 1994.

puede contradecirlas en los puntos en que fallaban—, y explicar su insuficiencia”¹⁰.

En eso radica precisamente la continuidad y eficacia de lo que conocemos como jurídico. Espero que con mi propuesta pueda retroalimentar el ámbito de la argumentación jurídica y permitir una discusión más abierta sobre tan importante tema.

No pretendo ver, en este momento, al derecho desde un punto de vista semántico. El lenguaje es un instrumento del derecho, lo que importa en este estudio es lo que se hace con él.

Para comprender en forma general el presente trabajo jurídico es necesario partir de lo siguiente: es necesario diferenciar el pensamiento sistemático del pensamiento problemático, dado que dentro del pensamiento sistemático se localiza el lenguaje y la estructura del derecho, y en el pensamiento problemático pueden incluirse las teorías de la argumentación. En el derecho, el pensamiento sistemático y el problemático se encuentran estrechamente unidos puesto que son dos maneras distintas de ver los aspectos fáctico y normativo del fenómeno jurídico.

Pero la teoría de la argumentación jurídica debe diferenciarse de la idea de sistema, puesto que la primera puede ser correctora de la segunda, o en el último de los casos le llega a servir con fidelidad, hecho en el que la argumentación puede formar parte de la dogmática. Es decir, el derecho, en cuanto a su contenido, se integra por argumentos, los cuales tienen un determinado fin, así como una carga ideológica en concreto. La argumentación se relaciona con el sistema en el sentido de que el derecho se integra por estructuras.

Otro aspecto importante a destacar es que la teoría de la argumentación jurídica tiene como objeto la reflexión de las argumentaciones que se producen en contextos propiamente jurídicos. Estos campos de lo jurídico pueden ser, tratando de simplificar, tres

¹⁰ *Ibid.*, p. 54.

básicamente: la producción o establecimiento de las normas jurídicas, la aplicación de las normas jurídicas y la dogmática y cetética jurídicas.¹¹ Este estudio pretende, además, ser útil en esos rubros. De la misma forma, en la teoría de la argumentación es necesario distinguir entre el contexto de descubrimiento y el de justificación. Es decir, entre explicar y justificar. Para efectos de la presente investigación debe quedar claro que la teoría de la argumentación se sitúa en el plano de la justificación.¹²

En la actualidad, las teorías de la argumentación pueden ser de dos tipos: descriptivas o prescriptivas. En el primer caso, intentan reflejar únicamente lo que perciben en el mundo fáctico. En el segundo, tratan de determinar reglas obligatorias para el proceso argumentativo, es decir, guiar dicho proceso. Mi propuesta en el presente trabajo es encontrar una teoría que no se cargue a ninguno de estas orientaciones, ya que ofrecería una visión parcial del complejo mundo jurídico. Sin perder de vista que el derecho moderno tiene la función de guiar la conducta humana, se debe incluir, en la medida de lo posible, la realidad que genera una sociedad en constante cambio.

Volviendo al campo de la lógica, mi propósito no es realizar un trabajo de lógica formal dentro del campo de la argumentación, puesto que la lógica formal o deductiva se ocupa de los argumentos desde su corrección formal.¹³ La “lógica tradicional es meramente enunciativa del ser y del no ser, pero no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con determinado fin”¹⁴. Este tipo de lógica no es adecuada para explicar los distintos problemas jurídicos con toda su complejidad, en virtud de que no tiene la particularidad de corregir el aspecto material de los

¹¹ Vid. Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 (Cuadernos y Debates; No. 31), p. 20.

¹² *Ibidem.*, p. 21.

¹³ Vid. Gonzalo Rodríguez, *Op. Cit.*, p. 13 y ss.

¹⁴ *Ibid.*, p. 26.

argumentos, los cuales no pueden ser ni verdaderos ni falsos, sino útiles o no a la solución de un determinado problema.

El derecho no siempre utiliza argumentos de naturaleza deductiva. Lo que en muchas ocasiones aplica son abducciones, es decir, argumentos originales que sirven de base para explicar una realidad y que provoca una idea nueva, éstas se refieren a argumentos que generan conclusiones altamente plausibles. En este tipo de principios se aplican las reglas empíricas.¹⁵

Una peculiaridad más del razonamiento jurídico es que se encuentra fuertemente institucionalizado y que la argumentación jurídica es normalmente entimemática.¹⁶

2. INTEGRACIÓN TEÓRICA ALEXIANA

En lo que respecta al origen de la argumentación jurídica de Robert Alexy cabe señalar lo siguiente: que ésta tiene como su principal objeto de estudio la reflexión de las argumentaciones que se producen en los contextos, propiamente jurídicos, en que se crean e integran como tales.

Dentro del campo relativo a la aplicación del derecho se encuentra el ámbito de las decisiones jurídicas que para algunos teóricos, como Niklas Luhman,¹⁷ es el objeto principal de las teorías de la argumentación jurídica modernas.

Si bien estas posturas resultan ser parciales, ya que no consideran los ámbitos de producción o el establecimiento de normas jurídicas y la dogmática jurídica, no cabe la menor duda de que una de las principales preocupaciones dentro de la argumentación de naturaleza jurídica es la justificación de sus decisiones;¹⁸ quizá por esta razón Robert Alexy, antes de dar inicio a la parte analítica de su teoría argumentativa, dedica unas líneas al estudio de algunos puntos de

¹⁵ Atienza, *Op. Cit.*, p. 32 y ss.

¹⁶ Es decir, cuenta únicamente con dos proposiciones que se llaman antecedente y consecuente.

partida en torno al tema de la fundamentación en las decisiones jurídicas.

Entrando en materia, para dar inicio a nuestro estudio es importante conocer algunos aspectos biográficos de Robert Alexy que nos ayuden a entender de mejor forma su propuesta para la argumentación jurídica. La teoría de la argumentación de Alexy no se constriñe a su obra *Teoría de la Argumentación*; al contrario, se complementa con aquellos estudios que de manera reciente ha elaborado y ha aplicado dicha teoría, como el caso de la *Teoría de los Derechos Fundamentales*; o explicando sus alcances, como en su obra *Argumentación y Derechos Humanos*. En el mismo sentido, resulta pertinente analizar los fundamentos intelectuales que presenta su teoría. En este caso, se tomarán en consideración algunas de las referencias expresas que ha hecho el propio Alexy. No está de más señalar que la presente investigación se cierra con la bibliografía que tuve a mi alcance en el año 2007. Como se comprenderá, es difícil realizar el análisis de la obra de un autor que, como Alexy, se encuentra día a día en constante evolución.

No quisiera dar por concluida esta introducción sin agradecer al Dr. Javier Saldaña no sólo su ayuda y orientación para la realización del presente trabajo, sino, más importante aún, su amistad en todo momento y circunstancia. Con Javier he vivido una verdadera relación entre tutor y doctorando; he compartido momentos importantes de mi vida en lo académico, lo intelectual y lo personal. En lo académico hemos tenido tanto convergencias como divergencias, lo cual me ha enriquecido altamente, por esa razón no puedo negar lo que me ha aportado en mi formación como abogado. Su calidad humana y su amor al trabajo jurídico me son invaluable. Gracias Javier. A mis amigos

¹⁷ Véase sobre el particular Niklas Luhmann, *Teoría de los Sistemas Sociales*, México, Universidad Iberoamericana, 1998, p. 173.

¹⁸ Sobre el tema, véase, por ejemplo, Valentin Silva Melero, “La verdad y el error en la decisión judicial”, en *Revista de Legislación y jurisprudencia*, Tomo XCV, Año CX, No. 1-2, Madrid, Julio- Agosto, 1962, pp. 21 a 35, en donde si bien se refiere a las decisiones judiciales, el artículo resulta útil por el manejo, que en el mismo se hace, de los aspectos valorativos en la toma de decisiones jurídicas.

Rafael Dorantes Paz, Rodrigo Roque Díaz, Rodrigo Sangerman Elizondo, Julio César Domínguez Balboa, Armando Vicencio Álvarez, César Edgardo Morales López, Rafael Martínez Puón, Miguel Pérez López, Ernesto Becerril Miro, Rafael Pérez Miranda, Leticia Bonifaz Alfonso, Sergio Boeta Ángeles, Juan José Céspedes Hernández y Arturo Guerrero Luna que a lo largo de los años, con constancia, me han demostrado el significado de una verdadera amistad. A Karla Isabel Acosta Resendi con la que discutí muchos de los tópicos aquí tratados y a la que guardo un cariño y estimación imperecederos. A Denixe Hernández por aproximarme al hermoso e indescriptible espíritu cubano. A Rafael Anzures Uribe por su calidad jurídica y humana. A Alfonso De Maria y Campos por su amor a la cultura y preocupación por México. También doy las gracias a mis maestros de siempre, Alejandro Del Palacio Díaz y Martín Díaz y Díaz (q.p.d.), a los que les debo mi pasión por la teoría y la filosofía del derecho. A ellos los llevo siempre en mi corazón. Finalmente, a mi amada Asmara y a nuestro hijo Alfonso gracias por haber llenado mi vida de felicidad e ilusión.

PRIMERA PARTE
FORMACIÓN UNIVERSITARIA DE ROBERT ALEXY

CAPÍTULO I

ROBERT ALEXY. EL JURISTA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. ORÍGENES

Robert Alexy nace el 9 de septiembre de 1945 en Oldenburg, Alemania. En la actualidad, es profesor de Derecho Público y Filosofía del Derecho en la Universidad Christian-Albrechts en Kiel; asimismo, es Presidente de la sección alemana de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social.¹⁹

2. SUS ESTUDIOS

En el verano de 1968, Alexy da inicio a sus estudios de Derecho y Filosofía en la Universidad de Georg-August de Gotinga, doctorándose en 1976 con su trabajo *Theorie der juristischen argumentation*.²⁰ En esta casa de estudios se encontrará desde el principio con Günther Patzing, con el que aprenderá la importancia de la lectura de los grandes filósofos y gracias al cual se familiarizará con la filosofía analítica.²¹ En la misma Universidad, pero en 1984, se convierte en asistente del Dr. Ralf Dreier. Bajo su dirección presenta un trabajo de investigación para la Academia de Ciencias de dicha institución educativa —la finalidad de

¹⁹ Vid. Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Trad. e Int. Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995 (Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Núm. 1), p. 11

²⁰ Su versión en español es Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Op. Cit.

²¹ Cfr. Manuel Atienza, “Entrevista a Robert Alexy”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, 1989, Núm. 24, p. 5 y 6.

este trabajo es conseguir su habilitación como profesor—, cuyo título es “*Theorie der Gundrechte*”²².

2.1 *En la Universidad de Kiel*

Alexy se incorpora, a partir de 1986, como profesor e investigador en la Universidad de Kiel, dando clase también en las Universidades de Regensburg y Graz. Por su trabajo en la primera institución de educación superior y gracias a la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social mantiene un gran intercambio intelectual con investigadores de Inglaterra, Estados Unidos, España, América Latina, Escandinavia e Italia. Por esto y por lo novedoso de sus investigaciones, Robert Alexy ha sido traducido a más de nueve idiomas.

2.2 *En el posgrado en la Universidad de Gotinga*

La principal investigación de Alexy, que le ha dado la fama internacional que hoy tiene, es su investigación doctoral sobre la teoría de la argumentación jurídica. En este trabajo, así como en artículos y libros posteriores, Alexy desarrolla su investigación teniendo como punto de partida la racionalización de las decisiones judiciales. Es precisamente este trabajo el sustento principal para el análisis que se efectuará en la presente investigación.

Un trabajo menor de Alexy, en cuanto a extensión, no en contenido, es su obra *Concepto y validez del derecho*, en el cual reconoce la influencia de Ralf Dreier, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Gotinga. Las pretensiones de esta obra no son amplias pero sí importantes. Explica de manera pedagógica una teoría jurídica

²² Existe traducción al español: Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997 (Col. El derecho y la justicia, Núm. 34), 608 pp.

que replantea las relaciones entre derecho y moral, buscando una salida alternativa a la clásica del positivismo jurídico.²³

3. SUS INFLUENCIAS INTELECTUALES

Es difícil determinar con precisión las teorías que confluyen en Robert Alexy y, por ende, sus principales influencias intelectuales. Para aproximarnos a algunas de estas fuentes es necesario analizar algunas de las referencias y estudios que el propio Alexy señala en sus distintas obras.

En la teoría de la argumentación existe una sistematización importante en torno a dos temas fundamentales: el discurso moral y el jurídico. Partiendo de esta división que, para efectos prácticos, el propio Alexy propone, intentaré determinar algunas de sus principales influencias intelectuales.

3.1 *En el aspecto moral*

Lo interesante en la teoría argumentativa de Robert Alexy es que considera al derecho como una parte del discurso práctico general. Para demostrar esta afirmación, resulta conveniente analizar, de manera previa, algunos de los argumentos de Alexy en torno a la moral.

Desde el punto de vista de la moralidad, si se le preguntase a Alexy “¿cuál es la diferencia entre las reglas de un sistema jurídico y las de una banda de ladrones?”, respondería, con toda seguridad, que el punto toral es la *pretensión de corrección*²⁴ que contiene el ejercicio pragmático de todo sistema jurídico. Es precisamente esta *pretensión de corrección*, como elemento decisivo del concepto de derecho, lo que

²³ Vid. Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994 (Col. Estudios alemanes), 208 pp; así como de Emmanuel Kant, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, Pról. Arnaldo Córdova, México, UNAM, 1978 (Nuestros Clásicos, Núm 33), pp. 43 y ss, en la que se establece a la moral como la ciencia de los deberes, postura teórica que aún en la actualidad ha llegado a tener vigencia en las discusiones académicas.

²⁴ El subrayado es nuestro.

genera la necesaria conexión entre derecho y moral.²⁵ En este punto teórico Robert Alexy se acerca más a la perspectiva ius-naturalista del derecho, al incluir un elemento distinto a un sistema jurídico desde la perspectiva iuspositivista.

En este tema en particular, puede considerarse que Alexy tiene una fuerte influencia aristotélica,²⁶ ya que para nuestro jurista la *pretensión de corrección* debe adecuarse a ciertas pautas morales, esto es lo que diferencia lo jurídico de la mera facticidad del poder. Si se lleva esta afirmación hasta sus últimas consecuencias se descubre que, en Alexy, la definición de derecho de ninguna forma puede ser convencional. Aquí es donde entran algunas de las críticas de Bulygin: “¿Qué garantía tenemos de que todos ellos entienden lo mismo por ‘corrección moral’ o ‘justicia’?, ¿es la misma idea de justicia que movió a Gengis Khan, Felipe II de España, Enrique VIII de Inglaterra, Khomeini o Pinochet para promulgar normas jurídicas?”²⁷ Esto presupondría, según el propio Bulygin, la existencia de un conjunto de normas morales que se privilegian, que son objetivamente verdaderas y accesibles al conocimiento humano.²⁸

Alexy contesta a estas críticas afirmando que dentro del marco de la teoría discursiva la pretensión de corrección es una dimensión ideal y necesaria del derecho, que lo conecta con la moral universal de naturaleza procedimental. De esta forma, se encuentran unidas la

²⁵ Como podrá apreciarse, la pretensión de corrección es uno de los puntos más discutidos en la propuesta teórica de Alexy, en ese sentido destacan las críticas de Eugenio Bulygin. Para un estudio detallado de esta controversia *Vid.* Robert Alexy y Eugenio Bulygin, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, Trad. e Int. Paula Gaido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001 (Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Núm. 18), 125 pp.

²⁶ En una posición similar, Paula Gaido califica como aristotélica esta postura, en *Ibidem.*, p. 25.

²⁷ *Ibidem.*, p. 88, así como *Vid.* Eugenio Bulygin, “Hay una vinculación necesaria entre derecho y moral”, en Rodolfo Vázquez, Comp., *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998 (Derecho/Filosofía del Derecho), p. 221.

²⁸ En la ciencia jurídica contemporánea esto es admitido por algunos teóricos representantes del iusnaturalismo moderno como es el caso de John Finnis, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Trad. Cristobal Orrego S., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000 (Col. Libros Esenciales de Derecho), pp. 227 y ss.

pretensión de corrección con una pretensión de justificabilidad.²⁹ El contenido sustantivo de justificación genera la posibilidad de presentar contraargumentos que tarde o temprano permitan modificarla en el futuro. Pero, ¿qué significa para Alexy justificar? Esta noción implica aceptar a otra persona como un igual y “la pretensión de defender lo que se afirma no sólo frente al adversario sino frente a cualquiera”³⁰. La percepción de Alexy de individualidad y universalidad son una aportación teórica que ha retomado de Habermas.³¹

La idea de justificación abre la posibilidad de considerar a la fundamentación; y ésta, a su vez, a la argumentación. Éste es uno de los principales motivos por los cuales Alexy considera a la argumentación jurídica como parte del discurso práctico general.

Alexy reconoce que toda argumentación se rige por un conjunto de reglas, las cuales seleccionan los argumentos que pueden ser aplicados en cada caso. Sólo hay un límite para la utilización de argumentos, que es: “Lo extremadamente injusto no es derecho”³². Esta idea es retomada por Alexy de la filosofía jurídica del gran jurista alemán Gustav Radbruch.³³ Sin embargo, es importante señalar que esta postura teórica no sugiere que una norma pierda su carácter de jurídica por el simple hecho de ser injusta, sino sólo cuando la injusticia se convierte en insoportable. Ahí es donde entra la *pretensión de corrección* buscando la racionalidad del discurso jurídico. El problema en Alexy es que, bajo

²⁹ Alexy y Bulygin, *Op. Cit.*, p. 28.

³⁰ *Ibidem.*, p. 29.

³¹ Vid. Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 36 y Jürgen Habermas, *La inclusión del Otro. Estudios de Teoría Política*, Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 1999 (Paidós Básica, Núm. 98), 260 pp.

³² Vid. Robert Alexy, “A Defense of Radbruch’s Formula”, en *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oregon, Oxford, 1999, pp. 15-39.

³³ Es importante señalar que se refiere al derecho “extremadamente injusto”, ya que en otros casos, como diría el propio Gustav Radbruch: “El derecho puede ser injusto, pero es derecho en tanto que su sentido es ser justo” en Gustav Radbruch, *Filosofía del Derecho*, 3 era ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1952 (serie C. Tratados Fundamentales de Derecho Privado y Público), p. 11. Sobre el tema en particular que aquí se trata ver Gustav Radbruch, “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, en Gustav Radbruch, Eberhard Schmidt y Hanz Welzel, *Derecho Injusto y Derecho Nulo*, Trad. José María Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguilar, 1971, pp.

esta perspectiva, su sistema tolera normas injustas, siempre y cuando no rebasen la medida de lo soportable.³⁴ ¿No prevalecerá, en este caso, una posición meramente sistemática del derecho? Además, ¿qué puede entenderse como soportable? Si bien es una fórmula flexible y, por ende, aplicable a situaciones diversas no es objetivable desde el punto de vista teórico.

Lo que no es posible perder de vista es la relevancia práctica de la *pretensión de corrección*, ya que por medio de ésta pueden mejorarse los aspectos referentes a la aplicación del derecho. Esta discusión resulta trascendental en la teoría de Alexy, razón por la cual volveré a ella en la Parte Tercera de la presente obra. La *pretensión de corrección* deja una importante duda a considerar: ¿cuál es la fundamentación ética de la teoría de Alexy?

3.1.1 La Ética Analítica

Alexy considera que las principales teorías del discurso práctico se presentan, entre otras aportaciones teóricas,³⁵ en la ética analítica. De tal forma que para efectuar una teoría de la argumentación se requiere determinar la manera en que pueden ser fundamentados los enunciados, proposiciones u oraciones normativas, ya que una “teoría sobre la fundamentación de los mismos presupone, pues, una teoría del lenguaje normativo”³⁶.

Este análisis del lenguaje normativo, en especial el lenguaje moral, se ha realizado por medio, precisamente de la ética analítica. Dentro del estudio de esta última, la primera referencia obligada en Alexy es la obra de G.E. Moore, *Principia Ethica*, editada en Cambridge en 1903.³⁷

³⁴ Alexy y Bulygin, *Op. Cit.*, p. 32 y s.

³⁵ Pueden mencionarse también a Jürgen Habermas, la Escuela de Erlangen y a Chaïm Perelman, *Vid. Alexy, Teoría de la Argumentación...*, p. 52.

³⁶ *Ibidem.*, p. 51.

³⁷ *Ibidem.*, p.52.

A través del estudio de Moore, Alexy aborda el naturalismo y el intuicionismo. Considera naturalistas a las teorías que pretenden definir sus expresiones normativas por medio de una descripción.³⁸ Esta tesis descalifica prácticamente a toda la ética clásica, pese a que el propio Alexy reconoce como “defendida de forma explícita sólo muy raramente”³⁹. La principal conclusión de Alexy, aplicando esta teoría, es que el discurso moral no puede reducirse a un discurso meramente empírico.⁴⁰

Por su parte, el intuicionismo, representado por W.D. Ross y su obra *The Foundations of Ethic*, editada en Oxford en 1939, tiene como punto de partida que lo moral es reconocido por una capacidad intelectual apriorística.⁴¹ La crítica a esta postura es a través del subjetivismo ético, es decir, de la falta de un criterio único para diferenciar lo correcto de lo incorrecto.

CH. L. Stevenson, con su obra *Ethics and Language*,⁴² representa al emotivismo, el cual propone que el lenguaje de la moral es útil para la dirección y coordinación de comportamientos. La aportación de Stevenson será una importante influencia en Alexy en virtud de que su investigación se orienta al reconocimiento de la existencia de reglas en el discurso de la moral, pese a que nunca es efectuado de manera expresa por este filósofo inglés.

Estas teorías metaéticas, es decir, el naturalismo, el intuicionismo y el emotivismo tienen una característica especial, no reconocen la existencia de reglas en el discurso moral. Caso contrario se presenta en R.M. Hare en *The Language of Morals* que reconoce, incluso, la universalidad de los juicios morales⁴³ y la existencia, por ende, de reglas

³⁸*Loc.Cit.*

³⁹ Recientemente se ha establecido que tanto en Aristóteles como Tomás de Aquino, por dar un ejemplo, no existe la pretensión de elaborar una teoría ética meramente descriptiva. Sobre el particular destaca la obra de John Finnis, *Op.Cit.*, p.131 y ss.

⁴⁰Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 55.

⁴¹*Ibidem.*, p. 55.

⁴² Editada por New Haven en Londres en 1944.

⁴³ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 91.

previas. De la teoría hartiana, Alexy recuperará, además, la idea referente a la comprobación de los juicios morales.⁴⁴

De la teoría ética desarrollada por Toulmin en *An Examination of the Place of Reason in Ethics* [Cambridge, 1950], destaca, principalmente, la idea de diferenciar las reglas de inferencia lógicas y científicas de las que son específicas para los argumentos de naturaleza ética y que sus conclusiones son valorativas.⁴⁵

Finalmente, de Baier y su obra *The Moral Point of View* [Londres, 1958] se rescatará su análisis de las estructuras de la argumentación moral y una concepción más elaborada del concepto de generabilidad desarrollado por Hare.⁴⁶

Hay un gran ausente en la investigación hecha por Alexy: la teoría de la justicia de John Rawls, puesto que una teoría de la argumentación jurídica debe tratar de referirse a cuestiones prácticas concretas. El propio Alexy reconoce esta carencia teórica y la necesidad de abordar una investigación específica para determinar la trascendencia de Rawls en los aspectos argumentativos.⁴⁷

De las teorías éticas, Alexy rescatará los siguientes puntos: a) el lenguaje moral no puede ser meramente descriptivo; b) el discurso moral es una actividad guiada por reglas; c) es importante diferenciar formas diversas de argumentos; d) las proposiciones normativas son universalizables; y, e) los argumentos morales son racionales. Hasta aquí en cuanto a lo ético, sobre este punto volveré en el próximo capítulo con mayor detalle.

⁴⁴ *Loc.Cit.*

⁴⁵ *Ibidem*, p. 91 y ss.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 103 y ss.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 109.

3.1.2 La influencia de Jürgen Habermas

Quizá la mayor influencia de Alexy en su teoría argumentativa provenga de Jürgen Habermas,⁴⁸ principalmente por su teoría consensual de la verdad y su idea referente a que las expresiones normativas, como mandatos y valoraciones, pueden ser fundamentadas de manera esencialmente idéntica a las proposiciones empíricas.⁴⁹

Habermas destaca como condición para la existencia de la verdad en las proposiciones el acuerdo potencial de todos los demás y la correspondencia entre enunciados y hechos.⁵⁰ Ahora bien, esa verdad en una aserción debe depender además de su justificación, ahí es donde entra la necesidad de contar con una teoría de la argumentación.

Esta justificación se presentará en cuatro pretensiones de validez, en concreto: “Se pretende la *inteligibilidad* de la expresión, la *verdad* de su contenido proporcional, la *corrección* o adecuación de su contenido y la *veracidad* del sujeto hablante”⁵¹.

Esta justificación de las normas discursivas tiene como consecuencia la existencia de una lógica pragmática, propia de la actividad discursiva.⁵² Este aspecto empírico nos lleva a una Regla general de fundamentación: “Todo hablante debe, si se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda adecuar razones que justifiquen el negar una fundamentación”⁵³.

De lo que se percata Alexy es que las reglas del discurso no indican ningún procedimiento sobre cómo debe, por ejemplo, resolver un jurista un caso determinado en una situación determinada. Aquí sería

⁴⁸ Destaca en ese sentido Jürgen Habermas *Teoría de la acción comunicativa*, Trad. M. Jiménez, Madrid, Taurus, 1987.

⁴⁹ Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 111.

⁵⁰ Esto se denominará como “Teoría de la correspondencia”, Vid. Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 112 y s.

⁵¹ *Ibidem.*, p. 116

⁵² *Ibidem.*, p. 120.

⁵³ *Ibidem.*, p. 135

valioso el estudio de algunas teorías jurídicas que puedan sugerir cierta metodología para dicho proceso.⁵⁴

Además, un discurso, pese a ser lógicamente estructurado, no garantiza de ninguna forma un resultado correcto. Por ende, una teoría del discurso tendrá que ir estrechamente unida a una teoría de la decisión y de la búsqueda del mejor argumento.⁵⁵ En este sentido la tópica puede proporcionar importantes aportaciones, como se verá más adelante.

En concreto, para Alexy la teoría de Habermas le proporciona, básicamente, el marco teórico necesario para una racionalización del discurso práctico general.

Una vez mencionadas, de manera genérica, las principales influencias teóricas morales en el pensamiento de Alexy, queda aún por analizar cuáles son las principales teorías de la argumentación jurídica que, desde el punto de vista del propio Alexy, han influido en su teoría argumentativa.

3.2 *En lo jurídico*

En este apartado se hará referencia básicamente a dos importantes teorías argumentativas: la tópica jurídica y la nueva retórica. Decir que estas teorías tienen un contenido jurídico es parcialmente cierto. En efecto, en tanto que la tópica jurídica comprende un alto contenido jurídico, la nueva retórica parte de una teoría argumentativa para luego proponer cierto tipo de aplicación al derecho. Es importante analizar por separado esta diferencia.

3.2.1 La tópica jurídica

⁵⁴ Por ejemplo las teorías tópicas o realistas.

⁵⁵ Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, pp. 137 y ss.

Robert Alexy hace la siguiente apreciación: “Quien propone una teoría de la argumentación jurídica se ve enseguida identificado con la tópica jurídica, que ha jugado un papel tan importante en la discusión metodológica de los últimos veinte años”⁵⁶. Si bien Alexy no niega los lazos de unión que puede haber con la teoría de la argumentación de Viehweg, pretende plasmar sus diferencias en la teoría que pretende desarrollar. Para tal efecto, parte de la siguiente interrogante: ¿qué debe entenderse por tópica? Según Alexy, la respuesta no es unívoca, puesto que la tópica puede ser: una técnica de búsqueda de premisas, una teoría sobre la naturaleza de las premisas y una teoría del uso de estas premisas en la fundamentación jurídica.⁵⁷

Atendiendo a la primera definición —técnica de búsqueda de premisas—, la tópica tiene como principal objetivo seleccionar los mejores argumentos para la resolución de cada caso en específico. Estos argumentos, o *topoi*, pueden encontrarse en catálogos,⁵⁸ o ser autónomos. La tópica selecciona, con criterios no siempre claros, cuáles son las premisas más adecuadas para la resolución de cada problema en específico. En la teoría de Viehweg el criterio director en la búsqueda de premisas es la llamada aporía fundamental, que consiste en “qué es

⁵⁶ *Ibidem.*, p. 34. Sobre la importancia de esta teoría de la argumentación jurídica véase también Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la ley y principios generales del derecho*, Madrid, 1984, (Cuadernos Civitas), p. 59 y Francisco Javier Dorantes Díaz, "La tópica" en *Revista Alegatos*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, número 32, enero - abril, 1996, p. 183, en donde comento que el método tópico se encuentra vinculado con el movimiento de base iusnaturalista surgido en Alemania en la década de los años 50. El fundamento de esta escuela se encuentra en el trabajo de Theodor Viehweg, el cual trata de encontrar una modalidad técnica específica para caracterizar al pensamiento dogmático en su acepción aristotélica, es decir, referido al pensamiento problemático.

⁵⁷ Esta clasificación de significados de la tópica no pertenece a Alexy sino a G. Otte, *Zwanzig Jahre Topik - Diskussion*, p. 184; vid. Robert Alexy, nota a pie de página 56, *Ibidem.*, p. 40. Por otra parte, Alexy olvida que para Viehweg la tópica es, simplemente, "la técnica del pensamiento problemático" que tiene como punto de partida un problema concreto, Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid, Taurus, 1964, (Ensayistas-39), p.49.

⁵⁸ Por ejemplo un Código, una compilación de jurisprudencia o el Capítulo LX del Digesto, ver también Viehweg, *Op. Cit.*, p.53.

lo justo aquí y ahora”⁵⁹. No obstante, en su teoría argumentativa Robert Alexy no pretende analizar un método de selección de premisas.⁶⁰

Ahora bien, si se ve a la tónica como una teoría de la naturaleza de las premisas, ésta se considera fundamentada en enunciados no verdaderos, sino plausibles; estas premisas no son arbitrariamente establecidas, su aplicación se hace a través de la idea de *endoxa*.⁶¹ Robert Alexy señala que esto es demasiado general, en parte correcto y en parte falso. Resulta demasiado general porque no existe ninguna clasificación ni jerarquía entre los *topoi* utilizados en las fundamentaciones jurídicas.⁶² Esto genera que la tónica no pueda dar respuesta a las diferencias argumentativas, tanto en la dogmática jurídica como en los contextos de los precedentes judiciales y la legislación. Desde la perspectiva de Alexy, una teoría de la argumentación jurídica tiene que incluir tanto una teoría de la dogmática jurídica como una teoría de la valoración del precedente judicial o de la importancia de la ley.⁶³ En efecto, en ocasiones no resulta válido, jurídicamente, cualquier tipo de argumentos si no se tiene en cuenta la jerarquía que puede haber entre ellos. Sin embargo, desde mi punto de vista, para el conocimiento del problema sí puede resultar una herramienta importante el que no exista entre los tópicos jerarquía alguna, sobre todo si se trata de conocer las consecuencias que puede implicar la aplicación de un criterio jurídico determinado.

⁵⁹ Theodor Viehweg, *Op. Cit.*, p. 129.

⁶⁰ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 40; el principal representante de esta posición es el jurista alemán Ludersen, quien considera que la tónica es una búsqueda racionalizada de premisas; pero, no de cualquier clase de premisas, sino, como afirma Bokeloh esta indagación se realiza mediante una referencia a un catálogo de tópicos, evidentemente jurídicos; sobre el particular, Cfr., Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tónica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 86.

⁶¹ La idea de *endoxa* o sentido común es propuesta por Aristóteles, *Topik*, 10 b; por otra parte esta es la posición de Canaris quién, siguiendo la tradición aristotélica, estima que la definición de tónica debe considerar de manera básica esta idea de *endoxa*, por esta caracterización tan especial este jurista relaciona a la tónica con la retórica y, por consiguiente, concluye que la tónica no es provechosa para la jurisprudencia, ya que el problema de la justicia no es simplemente un problema retórico; García Amado, *Op. Cit.*, p. 86 y s.

⁶² Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 40 y s.

⁶³ *Ibidem.*, p. 41.

Resulta evidente, en este contexto, la creatividad que genera una metodología como esta.

Finalmente, la tópica jurídica puede verse como una teoría sobre el uso de premisas en la fundamentación jurídica. Esta concepción también resulta problemática, ya que la regla que utiliza es el considerar todos los puntos de vista, teniendo como única instancia de control a la discusión, según opinión de Robert Alexy.⁶⁴ En este aspecto no coincido con Alexy puesto que, como he señalado en líneas anteriores, lo importante para Viehweg es la búsqueda constante de la aporía fundamental dentro de los argumentos jurídicos,⁶⁵ razón por la cual esta apreciación resulta parcial.

Robert Alexy omite una definición de tópica que, desde mi perspectiva, es la más cercana a su teoría de la argumentación. Wagner afirma que el término tópica se refiere a consideraciones valorativas y políticas, consecuentemente la “discusión tópica” sería una discusión jurídico-política, y el pensamiento tópico, raciocinio que argumenta con valoraciones.⁶⁶ De esta forma, la tópica no es autónoma, sino parte —diría Alexy— de un discurso práctico general.

Para Robert Alexy la tópica presenta los siguientes problemas: infravaloración de la importancia de la ley, de la dogmática jurídica y del precedente judicial; insuficiente análisis en la estructura de los argumentos, así como insuficiente precisión del concepto de discusión. Los aciertos de esta teoría, para Alexy, son: no existen fundamentaciones concluyentes, las fundamentaciones jurídicas deben ser racionalmente emitidas y “la idea de que el concepto de fundamentación racional está estrechamente entrelazado con el de discusión racional”⁶⁷.

⁶⁴ *Ibidem.*, p. 42.

⁶⁵ Viehweg, *Loc. Cit.*

⁶⁶ Francisco Javier Dorantes Díaz, *Op. Cit.*, p. 185 y Juan Antonio García Amado, *Op. Cit.*, p. 90.

⁶⁷ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 42 y s.

A pesar de este reconocimiento expreso a la teoría de la tónica jurídica, Alexy no la estudia de forma profunda en su teoría de la argumentación. Indudablemente, lo que le preocupa a Alexy es demostrar que existe una necesidad urgente de contribuir a la creación de una argumentación jurídica de naturaleza racional, pero esta omisión redundante en ciertas lagunas teóricas, tal y como veremos en los próximos capítulos. Veamos ahora algunas ideas generales sobre la nueva retórica.

3.2.2 La nueva retórica

En Alexy, la nueva retórica impulsada por Chaïm Perelman representa un avance importante en la teoría de la argumentación. En Perelman es importante rehabilitar a la retórica, misma que había adquirido connotaciones negativas a medida que se iba desvinculando de la filosofía con la que Platón y Aristóteles la habían empleado; es decir, como el arte de la refutación.

Esta rehabilitación de la retórica corre hoy a la par de la desconfianza progresiva de la lógica formal, iniciada por Schopenhauer un siglo antes, y con el surgimiento de lógicas no formales, como la tónica.

La retórica es acompañada en la actualidad por la cibernética, la sociología, la psicología, las ciencias de la información y de la comunicación como materias de investigación e instrumentos de creación y análisis.⁶⁸ La *rhetorica nova* se presenta no sólo en la literatura sino también en la ciencia, el cine, la publicidad y en diversas manifestaciones humanas.

Perelman es el fundador del movimiento jurídico conocido como la *nouvelle rhétorique*, preocupándose desde la década de los cincuenta de

⁶⁸ Vid., Perelman, Chaim y Olbrechts - Tyteca, *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica.*, Trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Editorial Gredos, 1994, (Biblioteca Románica - Hispánica, Manuales 69), p. 11.

la lógica del razonamiento jurídico.⁶⁹ Su encuentro con la retórica se llevó a cabo, inicialmente, en su primer ensayo sobre la justicia, en el que comprueba que no es posible explicar la regla de la justicia, ni las normas jurídicas o morales en términos de la lógica formal, cuyas proposiciones son racionales y gozan de necesidad y universalidad.⁷⁰ De este descubrimiento surge, en 1952, su primera obra sobre el tema *Rhetorique et philosophie*; posteriormente publica, en 1958, su obra fundamental: el *Traite de l'argumentation*; en 1970, *Le champ de l'argumentation*, que es una compilación de artículos sobre la argumentación, y, finalmente, en 1976, aparece *Logique juridique (nouvelle rhétorique)* que hasta 1994 era su único libro traducido al español.

Perelman rescata el término de retórica en preferencia ante el de dialéctica, arte de razonar a partir de opiniones generalmente aceptadas, por razones diversas; a saber: a) la dialéctica a partir de Hegel se aleja de su sentido primitivo; b) es necesario rescatar el término filosófico por su utilidad, y, c) la dialéctica pone su acento en lo opinable como algo verosímil, por oposición a los argumentos analíticos que parten de lo necesario.⁷¹

La retórica parte de la filosofía, en virtud de que no contiene demostraciones sino argumentaciones. “La diferencia entre filosofía y retórica es sólo de grado; mientras que la argumentación retórica va siempre dirigida a un auditorio concreto y particular, al que pretende «persuadir», la argumentación filosófica se dirige a un auditorio ideal y universal, al que intenta «convencer»⁷². Persuadir y convencer son, pues, las dos finalidades de la argumentación.

Lo paradójico de la teoría argumentativa de Perelman es que no llega a ella desde la retórica, sino a partir de su meditación sobre el

⁶⁹ Vid. Gonzalo Rodríguez, *Op. Cit.*, p. 33.

⁷⁰ Chaim Perelman, *Tratado...*, p. 14.

⁷¹ *Ibidem.*, p. 15.

⁷² La opinión es de Jesús González Bedoya, en el Prólogo del libro de Perelman, *Tratado...*, p. 16.

conocimiento, la razón y la lógica. Su estudio se centra en la teoría clásica del conocimiento, de la demostración y de la definición de la evidencia; analizando en concreto estructuras argumentativas de algunas ciencias, principalmente dentro del ámbito de las humanidades, como el derecho y la filosofía.

La nueva retórica es, por tanto, una teoría de la argumentación, complementaria —desde la perspectiva de Perelman— de la teoría de la demostración objeto de la lógica formal. La ciencia se basa en la razón teórica, con sus categorías de verdad y evidencia y su método demostrativo; la retórica tiene su fundamento en la razón práctica, con sus categorías de lo verosímil y la decisión razonable, así como su método argumentativo.⁷³ La razón teórica depende de la razón práctica al tratar de encontrar un punto neutro entre el irracionalismo y el dogmatismo racionalista. Quizá por esta razón Jesús González Bedoya considera que la obra de Perelman puede ser considerada como una de las tres grandes de la historia de la retórica, al lado de las obras clásicas de Aristóteles y Quintiliano.⁷⁴

La importancia de Perelman se demuestra en que en torno a él se formó y consolidó el llamado Grupo de Bruselas que ha aportado tanto, en la actualidad, a la filosofía del derecho.

Para Perelman, los principios básicos de cualquier sistema normativo son arbitrarios, considera que la teoría de la argumentación de ninguna forma puede elaborarse como una teoría psicológica, sino que debe fundamentarse en concepciones de lógica en sentido amplio. En consecuencia, sus principales postulados contienen una parte analítica y otra normativa.⁷⁵

Este filósofo parte del principio básico de que todo razonamiento, y por ende también el jurídico, se integra por dos aspectos fundamentales: la argumentación y la demostración. Desde su punto de

⁷³ Perelman, *Tratado...*, p. 17.

⁷⁴ *Ibidem.*, Prólogo, p. 18.

⁷⁵ *Vid.* Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 156 y s.

vista, el trabajo del jurista es preponderantemente argumentativo, por lo cual la argumentación debe ser una preocupación constante del jurista y no debe quedar al capricho de lo irracional.

Dentro de las concepciones de argumentación y demostración también es importante considerar a la primera como función del auditorio. Para los efectos de este trabajo, se entiende por auditorio al conjunto de receptores sobre los que quiere influir el orador por medio de su argumentación. Para Alexy la expresión ‘auditorio universal’ contiene en la teoría de Perelman al menos dos componentes de significado: 1) el auditorio que un individuo en una sociedad se representa como característico, y 2) el conjunto de todos los hombres en cuanto seres que argumentan. Ambas determinaciones pueden ser compatibles. En este aspecto es necesario distinguir entre persuadir y convencer. En efecto, “quien busca sólo el acuerdo de un auditorio particular, trata de persuadir; quien se esfuerza por lograr el del auditorio universal, quiere convencer. En consecuencia los argumentos que encuentra el visto bueno del auditorio universal son válidos, mientras que los que sólo son aceptados por un auditorio particular son sólo eficaces”⁷⁶. Sin embargo, no hay un límite claro, preciso o contundente entre lo que es la persuasión y el convencimiento.

Para Perelman, el hecho de que el razonamiento jurídico siempre resulte controvertido es importante, en virtud de que el encargado de tomar una decisión jurídica —sea el legislador, el juez, el funcionario o el abogado— debe asumir la responsabilidad de su decisión, dado que, sin importar el argumento o argumentos que utilice, siempre existirán otros argumentos tan válidos como los suyos, pero con una posición contraria.⁷⁷

Asimismo, la argumentación se encontrará *racionalmente estructurada*. El orador debe ser sincero y serio, imparcial, sugerir normas que pueda proponer cualquiera, argumentar dentro de un

⁷⁶ *Ibidem.*, p. 164.

⁷⁷ Perelman, *Op. Cit.*, p. 16.

contexto histórico y social, debe emitir el discurso abierto a la crítica y ser tolerante. Todo lo anterior tiene conexión con el *principio de inercia*; es decir, si una idea ha sido aceptada una vez no puede rechazarse sin motivo suficiente. “Sólo el cambio exige justificación”⁷⁸. Muchas de estas ideas de Perelman incidirán en la teoría de Robert Alexy, tal y como veremos en capítulos posteriores.

Para terminar esta primera parte es importante señalar las últimas publicaciones y preocupaciones de Robert Alexy.

3.3 Otras influencias

Para el maestro de Kiel los tres mayores pensadores en la historia de la filosofía del derecho son: Aristóteles, Thomas Hobbes e Immanuel Kant. El estagirita por su análisis de la estructura teleológica de la acción humana, que es una piedra fundamental para toda investigación del comportamiento social, y en consecuencia del derecho. Sobresaliente, para Alexy, es el estudio aristotélico sobre la justicia, ya que descubrió estructuras que siguen siendo vigentes en la actualidad, y su silogística.⁷⁹

De Hobbes destaca su dicotomía entre poder y derecho, sin la cual el fenómeno jurídico no podría entenderse en su totalidad, aunque reconoce que la noción de derecho de este filósofo inglés es precaria.⁸⁰

Respecto a Kant, Alexy afirma que ha ido más allá del concepto de Aristóteles sobre lo bueno y de la definición de paz de Hobbes, en la medida en que ha considerado a la libertad como “el único derecho natural que le corresponde al hombre en virtud de su humanidad”. Este derecho se vincula con la universalidad exigida por el imperativo categórico para hacer entrar en juego a la igualdad. Si bien Kant no

⁷⁸ *Ibidem*, p. 170

⁷⁹ Atienza, *Entrevista a Robert Alexy...*, p. 23 Cabe señalar, que a pesar de la Admiración de Robert Alexy a Aristóteles este no ocupa un lugar en el estudio de las teorías éticas de su teoría argumentativa.

⁸⁰ Atienza, *Entrevista a Robert Alexy...*, *Loc.Cit.*

desarrolla una teoría de derechos humanos integral, puede decirse que crea las bases para un Estado Constitucional democrático.⁸¹

En relación a los juristas más representativos del siglo xx, Alexy considera que son Hans Kelsen, Gustav Radbruch y H.L. Hart. A Kelsen le da este calificativo por haber formulado el problema de la normatividad con mayor claridad que cualquiera de los pensadores precedentes, al responder a la pregunta: ¿cómo es posible un deber jurídico que no se pueda reducir a pura facticidad o a pura moralidad?⁸²

De Radbruch rescata su famosa fórmula: “La extrema injusticia no es derecho”, así como la interpretación del derecho como una realidad que tiene el sentido de servir a los fines del derecho tales como la justicia, la racionalidad y la seguridad jurídicas. Por medio de estas ideas se hace un intento de aproximación no positivista a lo jurídico.⁸³

Finalmente, Hart con su análisis de los puntos de vista internos y externos de las normas y las distinciones ligadas a ello, proporcionó una base para la comprensión del derecho. Para Alexy, esta distinción entre la perspectiva del observador y la del participante puede ayudar a comprender la normatividad del derecho, sus peculiaridades y la vinculación entre los hechos y la moral.⁸⁴

4. SUS PREOCUPACIONES CONTEMPORÁNEAS

Robert Alexy se ha convertido en uno de los juristas más influyentes en nuestra época. Quizá por esa razón sus obras generan una gran expectativa en cuanto a sus alcances y contenidos. Además de las obras ya señaladas en este capítulo, Alexy no cuenta con una obra reciente de la envergadura de su teoría argumentativa o de derechos

⁸¹ *Ibidem.*, p. 24

⁸² *Loc. Cit.*

⁸³ *Ibidem.*, p. 25

⁸⁴ *Loc. Cit.* Según Alexy, si hubiera sido necesario señalar un cuarto nombre este sería el de Alf Ross.

fundamentales. Sobre la primera, al hacer el autor un análisis sobre los puntos positivos de la misma que en la actualidad considera vigentes ha expresado:

Hay sobre todo tres puntos a los que sigo considerando después de todo este tiempo desde que apareció mi *Teoría de la argumentación jurídica*. El primero es que con las decisiones jurídicas y con sus fundamentaciones se erige una *pretensión de corrección*.⁸⁵ Con el transcurso del tiempo, esa afirmación la he ampliado hasta llegar a la tesis general de que *el derecho erige necesariamente una pretensión de corrección*. El segundo punto es la tesis del caso especial. Viene a decir que el discurso jurídico, por su *característica vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática, es un caso especial del discurso práctico general*. Eso lleva a la doble naturaleza del derecho. Las vinculaciones a la ley, al precedente y a la dogmática definen su carácter institucional y autoritativo. La apertura a la argumentación práctica general le añaden una dimensión ideal y crítica. La conexión entre estos dos aspectos lleva a una vinculación entre el derecho y la moral que es algo excluido por el concepto positivista del Derecho. El tercer punto es quizás el más importante. Mackie⁸⁶ ha defendido la tesis de que es falso que con nuestros juicios morales erijamos una pretensión de objetividad, porque no existen valores objetivos. Lo llama la "Teoría del error". La teoría del discurso opone a la teoría del error la tesis de que *la argumentación práctica racional resulta posible*. Lo que demuestra esa posibilidad es el hecho de que se haya construido. La construcción consiste en un sistema de reglas y de formas que viene a explicar de qué manera la razón puede ser práctica. Se constituye así una alternativa a los extremos del puro objetivismo y del puro subjetivismo.⁸⁷

He realizado una cita tan larga por una sencilla razón. Extraer de las propias palabras de Alexy cuáles son los puntos rescatables de su teoría argumentativa, a saber: la pretensión de corrección de las decisiones jurídicas y sus decisiones; el derecho forma parte del discurso práctico general y la argumentación práctica racional resulta posible. En tan sólo estos tres principios es posible encontrar la tesis principal de su percepción teórica.

Alexy, como buen crítico de su propia obra, ha reconocido cuáles son las debilidades más notorias de su trabajo. La primera es que la

⁸⁵ Las cursivas son nuestras.

⁸⁶ J.L. Mackie, "Error theory" en *Ethics*, 1977, p. 35

⁸⁷ Atienza, "Entrevista A Robert Alexy", p. 6 y s.

“teoría de la argumentación jurídica presuponía todo un concepto no positivista de Derecho que sin embargo no quedaba desarrollado”⁸⁸. Precisamente, en este trabajo jurídico intentaré complementar estos aspectos que el propio Alexy reconoce como faltantes en su libro. Finalmente, la última debilidad es la falta de un estudio profundo de la ponderación y la utilización de principios,⁸⁹ puntos sobre los que también intentaré desarrollar una postura.

Sobre otros aspectos de su trabajo jurídico, es importante señalar algunas de las principales obras que se han editado de manera reciente en nuestro idioma.

4.1 *Sus más recientes obras*

De forma reciente se han publicado las obras *La Institucionalización de la Justicia*⁹⁰, *Teoría del discurso y derechos humanos*⁹¹ y *La pretensión de corrección del derecho*,⁹² obras ya mencionadas en el presente capítulo. La primera de ellas es una compilación de artículos en torno a la justicia y la pretensión de corrección. La segunda se trata de un resumen de su teoría de la argumentación. Lo novedoso de este trabajo es la aplicación de sus postulados al tema específico de derechos humanos.⁹³ Respecto a la tercera, se trata de una compilación de artículos ya presentados por Alexy.⁹⁴ El único ensayo poco conocido e incluido en esta obra es un manuscrito presentado en la mesa redonda organizada por la Universidad de Ferrara en 1988, “Constitucionalismo y la separación entre derecho y moral”, intitulado *On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique*.⁹⁵

⁸⁸ *Ibidem.*, p. 8.

⁸⁹ *Loc.Cit.*

⁹⁰ Robert Alexy, *La Institucionalización de la Justicia*, *Op.Cit.*

⁹¹ Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, *Op. Cit.*

⁹² Alexy, *La pretensión de corrección del derecho*, *Op. Cit.*

⁹³ Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, pp. 61-132.

⁹⁴ La discusión sobre la pretensión de corrección se presentó por vez primera, en español, en Rodolfo Vázquez, *Derecho y Moral*, pp. 115-137 y 214- 246.

⁹⁵ Hay una primera versión para la revista de la Universidad de Ferrara, *Ratio Juris*, Vol. 13, Núm. 2, Junio del 2000, pp. 138-147.

Finalmente, la Universidad Externado de Colombia ha publicado *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la Teoría de los Principios*⁹⁶, que reúne ensayos recientes de Robert Alexy. El primero de ellos se denomina *Los derechos fundamentales* y es la voz que Alexy preparó sobre este tema para la *Enzyklopädie Philosophie*; en este ensayo se exponen las propiedades básicas del concepto de derechos fundamentales y su interpretación.⁹⁷

El segundo escrito, *Derecho Constitucional y Derecho Ordinario – Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinaria*, se trata de una conferencia pronunciada en las Jornadas de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho del Estado y publicada en el número 61 de las *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín, Walter de Gruyter, 2002⁹⁸.

Por último, *Sobre la estructura de los Principios Jurídicos* fue un artículo publicado por B. Schilcher y Et. Al., en *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Verlag Österreich, Viena, 2000, pp. 31 y ss., ensayo en donde se analizan las principales tesis sobre principios y sus objeciones.⁹⁹

4.2 Su pensamiento actual

En cuanto a los últimos trabajos de Alexy destacan las monografías *My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason* de 1999 y *Jürgen Habermas: theory of the legal discourse*, de 1995, sin traducción a nuestro idioma.¹⁰⁰

⁹⁶ Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los Principios*, Trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, (Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho), 156 pp.

⁹⁷ *Ibidem.*, pp. 19 - 39.

⁹⁸ *Ibidem.*, pp. 41 - 92.

⁹⁹ *Ibidem.*, pp. 93 - 137.

¹⁰⁰ Al momento de entregar la presente investigación, a principios del 2008, se publicó en español la segunda edición de su *Teoría de la Argumentación*, que incorpora como novedad un artículo respecto a la ponderación.

En la actualidad, Alexy ha reconocido que el problema que se encuentra en el centro de su trabajo iusfilosófico es la conexión entre derecho y razón, misma que lleva en su interior la resolución de tres cuestionamientos: ¿Qué es derecho?, ¿qué es razón? y ¿cómo se relacionan ambos?¹⁰¹

En respuesta a estas consideraciones, Robert Alexy señala que el derecho se integra por tres elementos: la legalidad en conformidad con el ordenamiento, la eficacia social y la corrección en cuanto al contenido. “El primer elemento representa la institucionalidad del Derecho, el segundo su facticidad y el tercero su moralidad”¹⁰². Como podrá intuirse, estos elementos no son autónomos el uno del otro, más bien tienen una relación compleja y necesaria. Por ejemplo: “La eficacia sin legalidad supone inmutabilidad, la legalidad sin eficacia carece de fuerza, y ambas conjuntamente no es todavía derecho si no se plantea al menos una pretensión de la corrección”¹⁰³.

Como ya se ha visto, la pretensión de la corrección también resulta compleja, puesto que implica que el derecho tenga de forma necesaria una pretensión de justicia. Es decir, este concepto establece una *conexión* necesaria entre derecho y moral.¹⁰⁴

Sobre la eficacia, Alexy considera que ésta se determina por hechos sociales, los cuales atienden a una razón práctica. En este caso se entraría a la discusión de si es o no correcto hablar sobre la existencia de la razón práctica. Como señala Alexy: “A la pregunta de si existe la razón práctica, mi respuesta es que los discursos prácticos racionales resultan posibles. Lo que son los discursos prácticos racionales pueden explicitarse a través de un sistema de reglas y de formas de argumentación racional”¹⁰⁵.

¹⁰¹ Atienza, *Entrevista a Robert Alexy...*, p. 34

¹⁰² *Loc. Cit.*

¹⁰³ *Loc. Cit.*

¹⁰⁴ *Vid. Infra*, pp. 18 y ss.

¹⁰⁵ Atienza, *Entrevista a Robert Alexy...*, p. 35

Si se toma la razón como mera argumentación desde un punto de vista estructural puede llegarse al extremo de dejar sin contenido al derecho. Para evitar esta dificultad es necesario analizar la conexión entre derecho y razón. Esta relación se presenta dentro de la teoría del discurso con el reconocimiento mutuo de los participantes como libres e iguales, sobre esta base fundamenta Alexy los derechos humanos.

De hecho, la conexión entre derecho y razón se da en dos niveles fundamentales: la positivación de derechos humanos y su transformación en derechos fundamentales, y la formalidad y coincidencia de las reglas y formas del discurso. Esto genera una vinculación entre las estructuras de la argumentación y las estructuras de la decisión. Señala Alexy: “Este es el lugar sistemático del Estado constitucional democrático”¹⁰⁶.

En particular, en la actualidad el pensamiento de Alexy sigue las siguientes líneas de investigación: a) relación entre derecho y moral, b) teoría del discurso, c) derechos humanos; d) derechos fundamentales, e) metodología jurídica, f) institucionalización de la razón práctica, g) racionalidad judicial y h) derecho procesal constitucional.

Finalmente, el mismo Alexy reconoce que son tres los temas que le preocupa desarrollar en el futuro: el primero consiste en estudiar los distintos tipos de argumentos que se presentan en el derecho para determinar su naturaleza; el segundo, el análisis de diversas concepciones de los derechos fundamentales y su repercusión en la distribución de competencias de un Estado Constitucional democrático, en particular, entre el tribunal constitucional y el legislador, y, tercero, el más complicado, a largo plazo intentar crear un sistema para la filosofía del derecho.¹⁰⁷

Este último de los planes de Alexy, nos obliga a reflexionar sobre la importancia que tiene la filosofía jurídica en su pensamiento, como

¹⁰⁶*Ibidem.*, p. 36, así como Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales...*, ya que el fundamento de esta obra es precisamente esta afirmación.

¹⁰⁷ Atienza, *Entrevista a Robert Alexy...*, p. 37

muestra nos quedamos con sus siguientes palabras: “El pensamiento sobre la justicia es filosofía del derecho. De manera que sin filosofía del Derecho no son posibles ni la ciencia del Derecho ni la justicia universal. Incluso si no hubiera más razones a favor de la filosofía del Derecho, ésta sería suficiente para justificar su necesidad”¹⁰⁸.

Busquemos, pues, como nos sugiere Alexy, siguiendo la estela de grandes juristas, el estudio de una filosofía del derecho que nos ayude a preservar los derechos fundamentales, un Estado constitucional democrático, una mejor convivencia y tolerancia entre los hombres, y, como antecedente de todo ello, normas jurídicas justas.

¹⁰⁸ *Ibidem.*, p. 40

SEGUNDA PARTE
EL DISCURSO ÉTICO COMO DISCURSO PRÁCTICO

CAPÍTULO I

LA TEORÍA ANALÍTICO-NORMATIVA DEL DISCURSO JURÍDICO

1. EL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL Y EL DISCURSO JURÍDICO

Desde el punto de vista de Manuel Atienza, la teoría de la argumentación de Robert Alexy coincide, en algunos puntos substanciales, con la posición teórica de Neil MacCormick establecida en su obra *Legal Reasoning and Legal Theory*, de 1978, año en el que también es presentada por vez primera la teoría argumentativa de Alexy.¹⁰⁹

La similitud MacCormick-Alexy consiste, principalmente, en que en ambas teorías no existe la pretensión de crear una teoría de la argumentación jurídica de naturaleza normativa. Es decir, no distinguen, por ejemplo, a los buenos de los malos argumentos. El objetivo de ambas aportaciones es realizar una teoría analítica para que penetre la estructura de los argumentos; y, descriptiva, por los elementos de tipo empírico que incorporan.

En el caso de Alexy la argumentación jurídica es una parte del discurso moral. Por esa razón, nuestro autor se ve obligado al estudio de algunas teorías metaéticas con la finalidad de descubrir compatibilidades con su teoría.

Como punto de partida, para la discusión ética, Alexy señala que el modelo más simple del discurso práctico es el que se presenta en una

¹⁰⁹ Cfr. Manuel Atienza, *Las razones del derecho...*, p. 177.

discusión entre dos personas sobre si *a* debe ser hecho o sobre si *a* es bueno.

Sobre la respuesta a este modelo existen dos posibilidades para llegar a un acuerdo. Una, sería demostrar que la afirmación es verdadera, y la otra posibilidad, conseguir el acuerdo del interlocutor. En el primer caso, se trata de *justificar* una convicción moral; en el segundo, obtener la adhesión de la otra persona desde la perspectiva psicológica.¹¹⁰ Para una teoría argumentativa, lo más trascendental es la justificación, ya que ésta siempre implicará un conjunto de argumentos.

Ahora bien, Alexy señala que la principal cuestión a discutir es la siguiente: “¿Es posible la justificación de convicciones morales, y, en caso de que lo sea, cómo es posible?”¹¹¹ Según Alexy, hay dos posiciones metaéticas que responden positivamente a esta interrogante, haciéndolo de manera simple e indubitable: el naturalismo y el intuicionismo.

Alexy es categórico al afirmar: “Una teoría del discurso práctico racional como la aquí defendida es *superflua* si se puede sostener alguna de estas teorías”¹¹². Por esa razón, al igual que el maestro de Kiel, es importante realizar un breve estudio de las mismas.

2. UNA TEORÍA ANALÍTICO-NORMATIVA DEL DISCURSO JURÍDICO

Para realizar una teoría de la argumentación jurídica se necesita reconocer, entre otras cuestiones, la forma por la cual se presenta generalmente el discurso jurídico, es decir, por medio de normas. De esta forma, si bien la argumentación jurídica tiene que cumplir con las características propias de una racionalidad práctica, no se puede perder de vista que el carácter normativo del derecho presenta sus propias características y limitaciones.

¹¹⁰ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación...*, *pasimm*, pp. 51, 52 y 95.

¹¹¹ *Ibidem.*, p. 52.

¹¹²El subrayado es nuestro, *Loc. Cit.*

Antes de establecer las características propias del discurso jurídico, Alexy establece las características del discurso práctico para determinar las relaciones y puntos de contacto del mismo con el fenómeno jurídico.

2.1 *Fundamentación en las decisiones jurídicas*

Al dar inicio al estudio de la fundamentación de las decisiones jurídicas Alexy señala, como uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la metodología jurídica contemporánea, el saber que la aplicación de las normas no se constriñe a su mera deducción abstracta.¹¹³ Dicha afirmación encuentra su sustento, entre otras, en las siguientes razones: vaguedad del lenguaje jurídico; posibilidad de conflictos normativos; casos que requieren ser regulados jurídicamente, sin encontrarse previamente considerados en el ordenamiento jurídico, y, la posibilidad de emitir resoluciones contrarias a la interpretación literal de las normas, en ciertos casos en particular.¹¹⁴ Es, precisamente, el principal problema de la metodología jurídica el tratar de establecer y analizar reglas que ayuden a fundamentar las decisiones jurídicas¹¹⁵ en aquellos casos en que el proceso tradicional no resulte suficiente.

En un primer acercamiento a la solución del conflicto de fundamentación de decisiones jurídicas, se aplican los diferentes

¹¹³ Alexy, *Op. Cit.*, p.23; así como, entre otros, Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, (Ariel Derecho), pp. 308 y ss; Juan Vallet de Goytisolo, *Metodología Jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, (Monografías), p. 396 y s; Antonio Hernández Gil, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, (Obras Completas, Tomo V), pp. 425 y ss; Jaime Giraldo Angel, *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*, 5ª ed., Bogotá, Librería del Profesional, 1992, pp. 138 y ss; Agustín Gordillo, *El método en Derecho., Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Editorial Civitas, 1988, (Monografías), pp. 45 y ss; y, Bert Van Roermund, *Derecho, Relato y Realidad*, trad. Hans Lindahl, Madrid, Ténos, 1997, pp. 99 y ss.

¹¹⁴ Robert Alexy, *Op. Cit.*, p.23 y s. Cabe señalar que para este jurista la enumeración anterior es enunciativa más que limitativa.

¹¹⁵ Sobre la importancia que pueden tener en una nación las decisiones jurídicas ver Luis Loreto, "La crítica de las decisiones judiciales", en *Revista de Derecho y Legislación*, Año XXXIII, Caracas, Septiembre-Octubre de 1944, pp. 95 a 99, en el cual señala la importancia de las decisiones jurídicas, destacando las judiciales, por el papel que desempeñan en la aplicación del derecho.

métodos de interpretación jurídica que la ciencia del derecho ha establecido a lo largo de su historia reciente.¹¹⁶ Por mencionar algunos de los sistemas más reconocidos: la interpretación literal, el encontrar el espíritu de la ley, la búsqueda de la teleología de la norma, la apreciación conceptual y de intereses jurídicos.

El error en la aplicación de estos métodos ha sido el considerar que uno o una concurrencia de ellos, por sí solos, han de ser los que resuelvan la totalidad de los problemas jurídicos. No se toma en consideración aspectos casuísticos en el análisis aporético del derecho. Una de las bases de las teorías jurídicas modernas, como la teoría kelseniana, parten precisamente de un escepticismo hacia la metodología jurídica como tal, basándose, por ende, más en la vertiente sistemática que en la metodología para el razonamiento jurídico.

Desde la perspectiva teórica del autor de nuestro estudio, el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas no es sólo el determinar reglas para la interpretación e integración de los casos no previstos de forma parcial o total en las normas jurídicas, sino, además, su ordenación jerárquica para que en su aplicación exista un orden de prelación en virtud de que cada regla puede conducir a resultados diferentes.¹¹⁷ Como afirma Alexy: “Atendiendo a este hecho, sólo se pueden considerar adecuados para fundamentar con seguridad un

¹¹⁶ Digo historia reciente porque la mayoría de los libros de metodología jurídica contemporánea no hacen referencia a metodologías anteriores a la Revolución Francesa; prácticamente todas inician en específico, con la Escuela Exegética Francesa, como excepción a esta práctica genérica ver Vallet de Goytisolo, *Op. Cit.*, pp. 125 a 145, en donde el autor resalta la importancia de la metodología de los juristas romanos y el *ius commune* en la ciencia del derecho contemporánea; destacan en el análisis metodológico de los juristas romanos el libro de Max Kaser, *En torno al método de los juristas romanos*, trad. Juan Miguel, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1964, y de Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, 5a Ed. London, Oxford University Press, 1967; en lo que concierne a la metodología jurídica medieval Paolo Grossi, *El orden jurídico medieval*, trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 1996, (Monografías Jurídicas), 256 pp; sin embargo, el libro clásico, en materia de teoría de la argumentación que hace referencia a la metodología jurídica romana y medieval es el de Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, Taurus, 1964, (Ensayistas, No. 39), 148 pp.

¹¹⁷ Robert Alexy, *Op.Cit.*, p. 25.

resultado, si es posible establecer criterios estrictos para su ordenación jerárquica. Esto no se ha logrado, sin embargo, hasta hoy”¹¹⁸.

Aunado a los problemas anteriores, se encuentra la *natural indeterminación* de las reglas de interpretación e integración jurídica, mismas que pueden llevar también a soluciones distintas “[...] si dos intérpretes tienen diferentes concepciones sobre el objetivo de la norma en cuestión”¹¹⁹. Esta cualidad provoca considerar a las reglas¹²⁰ tradicionales de interpretación como insuficientes para la fundamentación de las decisiones jurídicas, en efecto, no es correcto aplicar o considerar a un solo método jurídico como el adecuado o suficiente para resolver la totalidad de los problemas que el razonamiento jurídico presenta.

Para integrar dicha carencia metodológica Robert Alexy señala las siguientes posibilidades que, desde su perspectiva, han sido aplicadas en el derecho:

a) La búsqueda de un sistema de enunciados, más que de reglas de fundamentación, del que puedan deducirse todas las premisas normativas necesarias.¹²¹ Si se aplica este proceso, el problema es que el sistema jurídico no puede *reconocer* ninguna estructura con contenidos valorativos superiores a las normas jurídicas que lo integran.

Una de las posibles soluciones, propuestas por Alexy, a este planteamiento sería que el sistema de principios¹²² fuera de origen

¹¹⁸ *Loc. Cit.*

¹¹⁹ *Loc. Cit.*

¹²⁰ Inclusive el propio Alexy señala cómo para algunos juristas como Müller o Rotteuthner son nuevos puntos de partida para razonar las discusiones jurídicas, *Loc. Cit.*

¹²¹ *Ibidem.*, p.26.

¹²² Ver el Capítulo II de la Cuarta Parte del presente trabajo jurídico, así como Alfonso García Figuera, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, (El Derecho y la Justicia), *passim*, pp. 185 a 216 y 327 a 409; en donde el autor analiza la gran importancia que tienen para Alexy los principios, principalmente, en la crítica a postulados del positivismo jurídico.

distinto al sistema normativo¹²³; lo que diferenciaría este distinto punto de partida, es el contenido aporético, en este caso, de donde se obtienen tales principios y cómo se utilizan para fundamentar las decisiones jurídicas. La *praxis* de este método resultaría de gran complejidad, toda vez que pueden entrar en oposición y contradicción entre sí. En otras palabras, podría haber una confrontación entre un sistema de razonamiento problemático y otro sistemático.

Este sistema “no permite, por sí solo, una decisión sobre cómo tiene que ser el juego de los principios en un caso concreto y qué valoraciones particulares hay que realizar”¹²⁴. De ninguna forma Alexy pretende que el método de principios generales sea inaplicable;¹²⁵ su intención sólo es demostrar que no es un camino definitivo y seguro.

b) Elegir la solución a partir de normas jurídicas, reglas metodológicas y enunciados de sistemas jurídicos no determinados de forma posterior.¹²⁶ El problema en la aplicación de este proceso es la necesaria valoración en la toma de decisiones para elegir ciertas acciones o estado de cosas, dando origen a los siguientes cuestionamientos: ¿dónde y en qué medida son necesarias las

¹²³ Vid. Federico Puig Peña, “Los principios generales del derecho como fuente normativa de la decisión judicial” en *Revista de Derecho Privado*, Vól. XL, Madrid, Enero-Diciembre, 1956, p. 1050 y s., en donde señala que los principios generales del Derecho tienen virtualidad propia con independencia de las normas formuladas positivamente; aclarando que estos principios se incorporarán a los Códigos “hasta la primera mitad del siglo XIX. La usó, por primera vez, el Código Civil Sardo, llamado también Albertino, cuyo art. 15, decía así: ‘ Si la cuestión no puede ser resuelta por el texto o por el espíritu de la ley se tendrá en cuenta en casos semejantes que las leyes hubieren especialmente previsto y los principios que sirven de fundamento a las leyes análogas; si, aun así, la cuestión sigue dudosa se recurrirá a los principios generales del derecho, tomando en consideración todas las circunstancias de hecho.’” Finalmente, cabe aclarar que Robert Alexy no habla de forma expresa de estos principios ya que constitucionalmente no son considerados en Alemania, *Ibidem.*, p. 1051.

¹²⁴ Robert Alexy, *Op. Cit.*, p.26.

¹²⁵ Para ver la aplicación concreta de algunos principios dentro del derecho ver Carlos E. Alchourron, “Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, Octubre- Diciembre, 1961, Vól. IV, pp. 177 a 199, en donde el autor estudia las condiciones de aplicación de los argumentos *a fortiori* y *a pari*, como dos especies del argumento de analogía, concluyendo, entre otras cuestiones, que es infundado el escepticismo de algunos juristas en la aplicación de una o otra forma de argumentación.

¹²⁶ Robert Alexy, *Op. Cit.*, p. 27.

valoraciones?; ¿cómo actúan estas valoraciones en los argumentos calificados como jurídicos? y, ¿son racionalmente fundamentables tales valoraciones?¹²⁷ Alexy no pretende solucionar en un primer momento los anteriores cuestionamientos, en virtud de que son el objeto del resultado de su investigación¹²⁸. A pesar de lo anterior, Alexy considera necesario, de inicio, tomar una postura respecto a ciertas cuestiones fundamentales. De esta forma, considera que la jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones; es difícil encontrar casos en los que no exista ninguna duda sobre la forma en que debe resolverse; no hay realmente circunstancias jurídicas que puedan considerarse como completamente claras. Es así como cualquier argumento puede tener contra argumentos¹²⁹ o argumentos en contra.

Robert Alexy señala que las valoraciones de las decisiones jurídicas pueden considerarse morales, como en el caso de Kriele; pero también como justificaciones para el cumplimiento de objetivos sociales, como en el caso de Hart. El problema de estas calificaciones es semántica: cómo puede definirse razón moral u objetivos sociales. Alexy pretende librarse de esta dificultad sin hacer referencia al concepto de moral.¹³⁰ Únicamente destaca que las valoraciones siempre son *relevantes moralmente*;¹³¹ siempre que se admita que con cualquier decisión jurídica se afectan los intereses de por lo menos una persona y que la justificación de la limitación de intereses de una persona puede plantearse como cuestión moral.¹³²

El decisor, en consecuencia, “se debe orientar en un sentido jurídicamente relevante de acuerdo con valoraciones moralmente correctas”¹³³. Aquí surge otro problema metodológico: ¿las valoraciones

¹²⁷ *Ibidem.*, p. 28 y s.

¹²⁸ *Loc. Cit.*

¹²⁹ *Loc. Cit.*

¹³⁰ Sin embargo, este punto se encuentra más desarrollado en su obra *El concepto y la validez del derecho*, Trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994, (Col. Estudios Alemanes), 208 pp.

¹³¹ *Ibidem.*, p.30.

¹³² *Loc Cit.*

¹³³ *Loc Cit.*

moralmente correctas dependen solamente de las convicciones morales de naturaleza subjetiva por parte del responsable de la aplicación del derecho? Alexy piensa que no, que tal posibilidad sería necesaria exclusivamente si no existiera en absoluto ninguna otra alternativa para objetar estas valoraciones.

Las distintas formas de realizar las valoraciones son: a) ajustar las decisiones a los valores de la colectividad o de círculos determinados; b) no olvidar las convicciones de las personas a las que representa; c) apelar a un orden valorativo objetivo, independiente del Derecho, o bien, recogido en la Constitución o en el conjunto del ordenamiento jurídico.¹³⁴ Para Alexy estas formas de justificar las valoraciones tienen diversos problemas en su aplicación.

El tratar de fundamentar las decisiones en los valores de la colectividad o de círculos determinados se dificulta por la falta de determinación exacta en la mayoría de los casos. Por otra parte, no es suficiente justificación el hecho de que una valoración se encuentre extendida entre la sociedad o un grupo determinado. “Contra esto estaría el hecho de que es posible que las convicciones normativas sólo estén extendidas porque los que las sostienen, aún no han tenido ocasión suficiente de someterlas a una comprobación crítica”¹³⁵. En el caso de “círculos determinados”, además de las anteriores objeciones, deben fundamentarse de forma suficiente para convencer a las personas a las que se dirige, por ejemplo, a los juristas o jueces.¹³⁶ La excepción que puede presentarse, idealmente en el caso de los jueces, es que puedan existir decisiones que sean resultado de una discusión crítica de tipo institucional.

Con respecto a que el decisor debe tomar en cuenta las convicciones de aquellos en cuyo nombre habla Robert Alexy, considera que no deben considerarse únicamente las convicciones extendidas sino

¹³⁴ *Ibidem.*, pp. 30 y ss.

¹³⁵ *Ibidem.*, p. 31

¹³⁶ *Loc. Cit.*

también los criterios de lo correcto.¹³⁷ Esta fundamentación de las valoraciones resulta correcta, pero definitivamente incompleta.¹³⁸

La tercera posibilidad para fundamentar las valoraciones es apelar a un orden valorativo-objetivo, ya sea enunciados de derecho natural, derecho positivo o consideraciones distintas a las meramente jurídicas. La principal dificultad que puede encontrarse en este método es la necesidad de una mejor fundamentación y un procedimiento para su precisión;¹³⁹ ya que las bases argumentativas así obtenidas pueden resultar vagas o discutibles.¹⁴⁰

Estas propuestas, al decir de Alexy, no pueden resolver el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas, ya sea aplicándolas singularmente o en su conjunto,¹⁴¹ ya que en las sociedades modernas hay diferentes formas para resolver los distintos casos prácticos, razón por la que su pretensión es sugerir nuevos caminos a la metodología jurídica para resolver este tipo de problemas. Una vez aclarado lo anterior, Alexy reflexiona sobre algunas de las ideas fundamentales en las que basa su teoría de la argumentación jurídica.

2.2 Ideas centrales en la investigación de Alexy

Robert Alexy plantea diversos puntos de partida para estructurar su teoría argumentativa sin negar la influencia que tienen sobre la misma las discusiones éticas de la filosofía del lenguaje y las teorías de la argumentación modernas.

Es así como en una primera aproximación a la argumentación jurídica, sus rasgos principales, se determinan por la actividad lingüística, que tiene por objeto la corrección de los enunciados normativos. Alexy denomina a esta actividad como discurso y, toda vez

¹³⁷ *Loc. Cit.* Robert Alexy considera que su teoría pretende, entre otras cosas, desarrollar un modelo similar.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 32

¹³⁹ *Ibid.*, p. 33

¹⁴⁰ *Ibidem.*, p. 32 y s.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 33

que se trata de la corrección de enunciados normativos, lo denomina como discurso práctico. De esta forma, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general.¹⁴² Para analizar el discurso jurídico, hace referencia a diversas perspectivas, que pueden ser empíricas, analíticas o normativas.

La perspectiva empírica describe o explica todo lo relativo al actuar jurídico, especialmente el judicial, tratando de determinar, entre otras cuestiones, la frecuencia, uso y efecto de los argumentos, su motivación o las concepciones dominantes sobre su validez. Esta perspectiva presupone al menos una clasificación general de diferentes tipos de argumentos.¹⁴³

El punto de vista analítico tiene como objeto el estudio de la estructura lógica de los argumentos realmente efectuados o posibles.

En cambio, la perspectiva normativa establece y fundamenta criterios para la racionalidad del discurso jurídico.¹⁴⁴

Robert Alexy indica que en la metodología jurídica tradicional se mezclan estas tres perspectivas, ya que puede haber una infinidad de relaciones entre ellas. Esto de ninguna forma representa un defecto, sino que existe una falta de claridad metodológica en su aplicación. Esta distinción ayuda a Alexy a denominar su trabajo como analítico normativo, ya que además de establecer criterios para la racionalidad del discurso jurídico pretende incluir un análisis de la estructura lógica de las fundamentaciones, sin olvidar que la idea básica es que el discurso jurídico resulta un caso especial del discurso práctico general.

Sin embargo, hay una pregunta elemental que debemos hacernos: ¿qué tienen en común los discursos jurídicos con el discurso práctico general? En ambas formas de discurso, asegura Alexy, se trata de la

¹⁴² Robert Alexy, *Op. Cit.*, p.34; en este aspecto, resulta importante reconocer la influencia que ejercen sobre Alexy las teorías de Stephen E. Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958 y Jurgen Habermas, principalmente con su obra *Teoría de la acción comunicativa*, trad. M. Jimenez, Madrid, Taurus, 1987.

¹⁴³ Robert Alexy, *Op. Cit.*, p.35.

¹⁴⁴ *Loc. Cit.*

corrección de enunciados normativos; es decir, se plantea una pretensión de corrección. Por otro lado, el discurso jurídico es un caso especial, porque su argumentación se estructura bajo una serie de condiciones limitadoras.¹⁴⁵

Entre las limitaciones del discurso jurídico se hallan la sujeción a la ley, los precedentes judiciales, la dogmática jurídica y las reglas procesales. El enunciado jurídico es racionalmente fundamentable, siempre y cuando se establezca respetando estas condiciones limitadoras.

Otro de los problemas que Robert Alexy plantea es el relativo al significado de que un enunciado normativo sea racionalmente fundamentado. Para resolver este problema analiza diversas teorías sobre dicho tema y posteriormente plantea su propia teoría en torno al discurso práctico racional. Su finalidad no es crear axiomas, de los que se puedan deducir determinados enunciados normativos, sino un grupo de reglas y formas con cierto *status* lógico distinto y cuya utilización sea suficiente para que el argumento tenga la pretensión de ser correcto.¹⁴⁶

De esta forma, Alexy tratará de acreditar la teoría del discurso como una herramienta importante para la teoría del derecho, ya que al cumplirse los criterios determinados por las reglas del discurso, éstos pueden ser calificados como justos. “La teoría del discurso es, por tanto, una de las varias formas que probablemente son posibles de análisis de este concepto tan central para la jurisprudencia”¹⁴⁷. Las limitaciones, debido a lo amplio que es la aplicación del discurso, no solamente son aceptables, sino también razonables y necesarias. Si bien se puede estar seguro de esta necesidad, otro de los problemas es indicar cómo se tienen que producir estas condiciones delimitadoras. La salida que pretende dar Alexy es precisar las reglas para considerar estas condiciones delimitadoras y las formas de argumentos que pueden ser

¹⁴⁵ *Loc. Cit.*

¹⁴⁶ *Ibidem.*, p.36

¹⁴⁷ *Ibidem.*, p. 38.

tomados como punto de partida.¹⁴⁸ En su teoría de la argumentación, además, confiesa que sólo pretende discutir algunas de estas reglas y formas generales.

Tal y como se ha señalado, uno de los problemas básicos, es cómo se relaciona la argumentación jurídica con la argumentación práctica general. Para establecer esta relación, Alexy sugiere las siguientes tesis: de secundariedad, de la adición y de la integración.

La tesis de la secundariedad tiene como punto de partida que el proceso de fundamentación tiene que realizarse según los criterios del discurso práctico general y que la fundamentación jurídica sólo sirve para una legitimación del resultado obtenido de esa forma. Es decir, la argumentación jurídica resulta subsidiaria del discurso práctico.¹⁴⁹

Por su parte, la tesis de la adición afirma que la argumentación jurídica llega hasta un punto determinado en el que ya no es posible aplicar argumentos específicamente jurídicos y que requiere, por ende, de la ayuda de la argumentación práctica general.

Finalmente, la tesis de la integración considera que el uso de argumentos específicamente jurídicos debe unirse, en todos los niveles, con el de los argumentos prácticos generales. Esta es la postura de Robert Alexy, la idea básica a partir de la cual desarrollará toda su teoría de la argumentación jurídica.¹⁵⁰

A pesar de que se logra un avance metodológico al saber que Alexy empleará una teoría de integración, no queda todavía clara la forma en que debe lograrse esa conexión entre argumentos jurídicos y argumentos prácticos generales. En ese sentido, surge una interrogante: ¿Hasta dónde puede resultar compatible la solución del sistema jurídico positivo con otras soluciones jurídicas y de naturaleza

¹⁴⁸ *Loc. Cit.*

¹⁴⁹ *Ibidem* p. 39

¹⁵⁰ *Loc. Cit.*

dogmática? Para dar una respuesta analicemos la argumentación jurídica racional.

3. CREACIÓN DE UNA ARGUMENTACIÓN JURÍDICO-RACIONAL

Robert Alexy indica cómo la teoría jurídica contemporánea ha planteado la necesidad de elaborar una teoría de la argumentación jurídica racional que tenga su desarrollo en las zonas en que no se dan los presupuestos de la demostración lógica. Es así como se ha descubierto la existencia de dichas zonas por medio de lo que nosotros conocemos, por ejemplo, como lagunas del derecho. Sin embargo, en la actualidad aún no resulta claro cuál es el método de argumentación racional que puede funcionar en esos espacios. Por otra parte, Alexy también hace referencia a algunas consideraciones del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el que se sugiere como deseable argumentar racionalmente; de esta forma, el juez no está constreñido a la aplicación de la ley, sino que debe aplicar el derecho por medio de decisiones que impliquen un conocimiento valorativo y sociológico de las consecuencias de la aplicación del derecho en la sociedad moderna.

El mismo Alexy aclara que su teoría de la argumentación es compatible con la teoría de sistemas y que, por ende, no se puede considerar su investigación como un ataque directo a la posición de Luhmann.¹⁵¹

También reconoce los defectos de su teoría de la argumentación, e indica que carece de estudios analíticos sobre la estructura argumental de las diferentes decisiones y de las discusiones científicas, sobre las reglas seguidas y formas de argumentos usados en diversas áreas jurídicas, sobre la estructura de argumentación de cadenas de decisiones, así como sobre la estructura de la argumentación en el proceso. Además de estas apreciaciones analíticas, Alexy considera que

¹⁵¹ *Ibidem.*, p. 46.

es importante integrar la teoría con investigaciones empíricas sobre las acciones concretas al tomar una decisión jurídica.

Y concluye de la siguiente forma:

Sería suficiente con que las investigaciones aquí realizadas pudieran ser una contribución para la fundación de una teoría de la argumentación jurídica racional, de una teoría de la cual se pudiera esperar que un día esté tan firmemente fundamentada y tan ampliamente elaborada que no sólo puede arrojar luz sobre el carácter de la ciencia jurídica como disciplina normativa, sino que pueda servir también al jurista práctico de apoyo en su actividad.¹⁵²

4. EL DISCURSO PRÁCTICO. SUS ELEMENTOS DIFERENCIADORES

4.1 *El naturalismo*

Los naturalistas, clasificación hecha por G. E. Moore,¹⁵³ cuya obra principal es *Principia Ethica* editada en Cambridge en 1903, consideran que las expresiones normativas como “bueno” y “debido” pueden ser definidas por medio de expresiones descriptivas. Es decir, podría seguirse un método similar al de las ciencias naturales o las ciencias sociales de naturaleza empírica.¹⁵⁴

Para Moore el naturalismo presenta una falacia a la que denomina como “la falacia naturalista”; la cual critica con su argumento de la cuestión abierta *open-question*.

La “falacia naturalista” consiste en que no existe ninguna definición dentro de la moral que abarque todos los supuestos en los que pretende aplicarse. Ahí es, precisamente, donde entra el argumento de la *open-question*.

¹⁵² *Ibidem.*, p. 46 y s.

¹⁵³ Para conocer la evolución filosófica de G.E. Moore puede verse su obra *The Early Essays* editado por Temple University Presss, Filadelfia, 1989, existe traducción al castellano: *Ensayos éticos*, trad. Carmen Castells Auleda, Barcelona, Ediciones Paidós, 1993, (Pensamiento Contemporáneo, Núm. 25), 134 pp.

¹⁵⁴ Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 53.

Este argumento ha sido criticado porque puede haber definiciones en las que no quepa su aplicación, pues no prevé la solución en caso de sinónimos y existen expresiones que pueden ser definidas de forma descriptiva.

George Nakhnikian señala las tesis fundamentales del naturalismo: a) los enunciados éticos son juicios genuinos; b) la verdad o la falsedad de los enunciados éticos se determina mediante métodos de experimentación y observación característicos de las ciencias naturales, y, c) las palabras éticas son definibles mediante palabras que se refieren a propiedades de objetos o de estados de cosas, las cuales pueden ser discriminables de manera científica.¹⁵⁵ Desde el punto de vista de Nakhnikian, estos son los únicos puntos en los que existe acuerdo entre los naturalistas y añade que las diferencias son en cuestiones o aspectos de detalle.¹⁵⁶

La unión de estas tres tesis fundamentales tiene una implicación metodológica básica: la ética normativa es una investigación empírica. Sobre el particular, Nakhnikian afirma que el procedimiento usual es definir conceptualmente los aspectos éticos, es decir, el punto c), una vez hecho lo cual, se deducen los puntos a) y b).¹⁵⁷ En este procedimiento los juicios de valor son verificables conforme a criterios empíricos. De tal forma que: “Un principio moral tiene que ser práctico; ha de ser capaz de determinar y guiar conductas, resolviendo conflictos entre principios menos generales”¹⁵⁸. Si esto fuera así, la primera consecuencia sería la posibilidad de hacer una ética normativa, ya que con el tiempo puede alcanzarse acuerdo sobre los criterios de verdad o falsedad en lo moral.

Pero, ¿qué sucedería si aplicáramos esta teoría a lo jurídico? Las consecuencias serían interesantes. Entre otras, la posibilidad de

¹⁵⁵ Cfr. George Nakhnikian, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, trad. Eugenio Bulygin y Genaro R. Carrió, México, Fontamara, 1991, (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Núm. 5), p. 13.

¹⁵⁶ *Loc. Cit.*

¹⁵⁷ *Ibidem.*, p. 14.

¹⁵⁸ *Ibidem.*, p. 15.

justificar una norma jurídica no tendría que recurrir a una justificación teológica o irracional, sino a principios verificables objetivamente.

Para Nakhnikian, esta teoría presenta una seria dificultad: la normatividad de los términos éticos, ya que si “el naturalismo puede definir los términos éticos por medio de términos empíricos, puede, *a fortiori*, hacer lo mismo con los términos jurídicos”¹⁵⁹, ya que ambos tienen la cualidad de ser normativos. Para este jurista, la consecuencia de esta aseveración nos llevaría al problema de la codificación de los sistemas jurídicos, entendiendo por tal no “a la práctica jurídica de escribir el derecho en documentos, sino al procedimiento lógico de tratar de hacer explícita la estructura formal del derecho”¹⁶⁰.

Esta tarea codificadora, desde el punto de vista de Nakhnikian, tiene consecuencias axiomáticas, ya que todo el derecho de un país puede deducirse por esta vía metodológica. Esto no significa que los sistemas jurídicos de cada nación sean iguales. De hecho, habría que realizar la tarea deductiva y ver si existe coincidencia entre ellos. De este argumento, concluye que la naturaleza del derecho, es por naturaleza desarticulada y cuenta con una textura abierta y “sin terminar”, razón por la cual, es imposible la axiomatización lógica del derecho.¹⁶¹

El problema principal de Nakhnikian son sus generalizaciones: ¿quiénes son naturalistas?, ¿de dónde presupone un consenso metodológico entre ellos?, ¿por qué califica al naturalismo como axiomático? y el sistema de principios que maneja, ¿no es relativista? Tratando de resolver estos cuestionamientos, continuaré con el análisis de las teorías naturalistas. En este sentido, existe una importante crítica a la falacia naturalista elaborada por Carlos Massini a la que haremos alusión a continuación.¹⁶²

¹⁵⁹ *Ibidem.*, p. 17.

¹⁶⁰ *Loc. Cit.*

¹⁶¹ *Ibidem.*, p. 18.

¹⁶² Para tal efecto, *Vid.* Carlos I. Massini Correas, *La falacia de la “falacia naturalista”*, Mendoza, Argentina, Editorial IDEARIUM, 1995, 145 pp.

Massini explica cómo la noción de bueno tiene la característica, según Aristóteles y Tomás de Aquino, de ser analógica. Es decir, se refiere a una enorme *diversidad* de realidades, la cual “puede radicar en una prioridad o posterioridad en cuanto a la propiedad de la predicación (analogía de atribución), o en una proporcionalidad en cuanto a la atribución del concepto (analogía de proporcionalidad). Esto hace posible que se hable de una acción *buena*, de una *buena* persona, de un hábito *bueno*, de una *buena* regla de obrar, de que Dios es *bueno*, en sentidos que, si bien no son idénticos, guardan entre sí cierta semejanza”¹⁶³. Resulta evidente el desconocimiento o falta de comprensión de Moore de este carácter analógico de lo *bueno*. Esto es lo que lo lleva a sostener la propiedad simple e indefinible de esta noción.

La noción de naturalismo ético de Moore también resulta sospechosa. En efecto, en términos éticos no es posible utilizar un concepto de naturaleza con el cual trabajan las ciencias naturales o que sea utilizado de forma corriente por el lenguaje vulgar. Lo que debe atender es la experiencia sensible acerca del hombre y su conducta.¹⁶⁴ En ese sentido, Massini reitera que el hacer referencia a la *naturaleza humana* de ninguna forma tiene un carácter teórico o meramente descriptivo. Más bien persigue un carácter práctico-ético, busca, por medio de la acción, la perfección humana.¹⁶⁵ En ese sentido, debemos preguntarnos: ¿podría existir una teoría ética que excluya *toda* consideración a la naturaleza humana? Considero que no. Simplemente se quedaría sin objeto de estudio.

El dar por ciertas las críticas de Moore conduce “a la ética de nuestros días a la perplejidad, el desconcierto y el extrañamiento de lo humano”. Ahí radica la falacia de la “falacia naturalista”. Una ética que no tenga por origen al hombre pierde su razón de existir.

¹⁶³ *Ibidem.*, p. 36.

¹⁶⁴ *Ibidem.*, p. 45.

¹⁶⁵ *Ibidem.*, p. 46.

4.2 *El intuicionismo*

Para los intuicionistas el discurso moral no proviene de expresiones empíricas, sino de algo así como una intelección apriorística o un sexto sentido.¹⁶⁶ De tal forma que, según Moore, sólo hay una propiedad moral directamente reconocible, la propiedad *bueno*. Si esto es verdad, aún quedaría por resolver el cuestionamiento: ¿cómo llegar a dicha noción de *bueno* o a otros conceptos de la moral?

Para responder a esta interrogante, en el intuicionismo, el discurso práctico se resuelve mediante evidencias de algún tipo.¹⁶⁷ En ese sentido, señala Moore: “Es falso porque es falso, y no hay otra razón: pero lo *declaro* falso, porque su falsedad es evidente para mí, y yo considero que ello es una razón suficiente para mi aserción”¹⁶⁸.

Si esta característica es la distintiva del intuicionismo, su principal problema práctico sería el hecho de que las personas tienen vivencias diferentes, por lo cual no existirían elementos ciertos para diferenciar las vivencias correctas de las falsas. Pero, más importante aún, cómo puede encontrarse lo trascendente, sobre todo si se pretende que sea el fundamento de una ética determinada.

En concreto, para los intuicionistas no puede existir una identidad de significado “entre un *definiendum* ético y su *definiens* naturalista”¹⁶⁹. El naturalismo presta más atención al hecho de tratar de mostrar que estos elementos de la definición tienen la característica de ser, ambos, normativos.

La posición intuicionista, según Nakhnikian, puede ser resumida de la siguiente forma: los enunciados éticos son juicios que pueden calificarse como verdaderos o falsos, los valores de verdad son conocidos *a priori* mediante una intuición racional directa y los términos éticos nombran propiedades normativas objetivas no naturales; es decir, “no

¹⁶⁶ Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 55.

¹⁶⁷ *Ibidem.*, p. 56.

¹⁶⁸ Citado por Alexy, *Loc.Cit.*

¹⁶⁹ Cfr. Nakhnikian, *Op. Cit.*, p. 21.

pueden ser definidos en términos que se refieren a propiedades empíricas”¹⁷⁰.

Estas propiedades normativas objetivas, a las que se hace referencia, son de naturaleza racionalista. Pero, ¿qué consecuencias tendría la aplicación de esta teoría al razonamiento jurídico? De entrada, se tendrían que eliminar todos los intentos para definir empíricamente los términos jurídicos, de forma tal que las “premisas jurídicas básicas no podrían ser consideradas proposiciones empíricamente fácticas, ya que contienen un vocabulario extralógico irreducible empíricamente”¹⁷¹.

Resulta evidente que la aplicación de esta ética desvincularía al derecho de toda realidad social. Se caería, tal y como lo pretende hacer el positivismo más acendrado, en una justificación de los orígenes del derecho basada *exclusivamente* en el *deber ser*.

Según Macintyre, lo que Moore creyó haber descubierto fue: a) lo *bueno* es una propiedad simple e indefinible a la cual llegas de manera intuitiva, b) toda acción se valora en atención a sus consecuencias, en ese sentido se trata de una percepción meramente utilitarista, y c) todas las acciones humanas tienen un fin: la perfección en la amistad y la contemplación de lo bello en la naturaleza o en el arte.¹⁷² De estas tres afirmaciones se puede deducir lo siguiente: cada una de estas posturas es independiente entre sí y la primera afirmación es *palmaria*mente falsa. Por su parte, las otras dos parecen ser discutibles. Pero, para entender las consecuencias de esta teoría, es importante ver las líneas generales del denominado emotivismo.

4.3 *El emotivismo*

Para Alexy, esta teoría se halla inmersa en las corrientes psicológicas. Según el emotivismo, la función de las proposiciones normativas no se

¹⁷⁰ *Ibidem.*, p. 23.

¹⁷¹ *Ibidem.*, p. 24.

¹⁷² Alasdair Macintyre, *Tras la virtud*, Trad. Amelia Varcárcel, Barcelona, Editorial Crítica, 1987, p. 30.

limita a expresar algo, sino a expresar y/o provocar sentimientos y/o actitudes. Por ende, su pretensión es representar una nueva expresión del lenguaje de la moral.¹⁷³

Es una nueva concepción del lenguaje de la moral, contrapuesto a las teorías anteriores. Para Stevenson, uno de sus representantes, “el uso esencial de los juicios morales no consiste en referirse a hechos, sino en influir en alguien”.¹⁷⁴ Las expresiones morales son instrumentos de influencia psíquica. Según este autor, una fundamentación puede ser racional —si pueden deducirse como razones hechos— y no racional, o persuasiva si se acude a otros medios adecuados para influir.¹⁷⁵ El elemento persuasivo está unido con el racional en la mayoría de las argumentaciones prácticas.¹⁷⁶

El emotivismo¹⁷⁷ tiene entre sus principales exponentes a A. J. Ayer, en su libro *Language, Truth and Logic*, en el cual considera que los enunciados que funcionan normativamente son, de manera esencial, *emotivos*.

En Ayer se entrelazan dos espacios de significación: el cognoscitivo y el emotivo. En el primero de ellos permanece lo que es posible verificar a través de la experiencia; de manera residual, lo emotivo ocupa todo lo demás.¹⁷⁸

Pero, ¿qué significa decir que una expresión es emotiva? Darle ese calificativo implica, precisamente, que persiste una exteriorización o, en su caso, se provoca una emoción. Las expresiones emotivas tienen la característica de no afirmar ni negar absolutamente nada. Sólo se constriñen a *describir* una determinada situación.

En el discurso ético habitual las expresiones tienen una función normativa. Como señala Nahnikian las palabras éticas tienen una

¹⁷³ Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 56.

¹⁷⁴ *Ibidem.*, p.57.

¹⁷⁵ *Ibidem.*, p.59.

¹⁷⁶ *Ibidem.*, p.61.

¹⁷⁷ Para Nahnikian resulta más pertinente denominar a estas teorías como no cognoscitivas. *Vid.* , Nahnikian, *Op. Cit.*, p. 27.

¹⁷⁸ *Loc.Cit.*

peculiar fuerza incitativa.¹⁷⁹ Ayer responde a esta problemática simplemente afirmando que en lo concerniente a la ética no existen conceptos con pretensión de universalidad; más bien, hay pseudoconceptos.¹⁸⁰ Si esta afirmación de Ayer fuese acertada no se puede decir que exista un sistema moral *verdadero*,¹⁸¹ más bien, tiende a relativizar las percepciones de naturaleza ética.

Ahora bien, en el establecimiento de un sistema explicativo del fenómeno jurídico, como el que ahora nos ocupa, también resultaría importante aclarar si los términos jurídicos son empíricos o no. Para Nakhnikian si se acepta lo primero se dejaría de llamar *normativos* a los términos jurídicos.¹⁸² Esta afirmación me parece a todas luces temeraria; ¿acaso pierde su cualidad de normativo aquel término que tiene como punto de partida la realidad o aquella norma que trata de regular una conducta empírica específica? Para mí, el derecho es, y no debe olvidarse, una herramienta para regular los aspectos jurídicos que se presentan en la realidad de una sociedad determinada.

En lo que al emotivismo concierne, parece ser más acertada la opinión de Alasdair Macintyre en su obra *Tras la virtud*.¹⁸³ Para este filósofo, el lenguaje de la moral se encuentra ante un grave estado de desorden. Pero, ¿por qué es esto así? La explicación sólo puede encontrarse si se aclara la historia de lo sucedido en las ciencias de lo imaginario. Esta historia puede dividirse en tres etapas: a) el florecimiento de la ciencia natural, b) la caída de dicha ciencia y c) su restauración, aunque de una forma dañada y desordenada.¹⁸⁴ Esta percepción de las cosas, tomada por Macintyre, evidentemente no es una valoración neutra: se compromete con una especial percepción de la ética; en concreto, con la ética que se identifica con los autores clásicos, particularmente con Aristóteles y Tomás de Aquino.

¹⁷⁹ *Ibidem.*, p. 28.

¹⁸⁰ *Ibidem.*, p. 27.

¹⁸¹ *Ibidem.*, p. 29.

¹⁸² *Loc. Cit.*

¹⁸³ *Vid.* Alasdair Macintyre, *Op. Cit.*, 352 pp.

¹⁸⁴ *Ibidem.*, p. 15.

A pesar de que el mismo Macintyre reconoce esta carencia de neutralidad,¹⁸⁵ su posición no puede pasar desapercibida, en este caso, por las importantes críticas que realiza al emotivismo. Para entender esta posición es importante analizar algunas afirmaciones trascendentales de este filósofo.

En primer término, en la actualidad parece no haber un modo racional de afianzar un acuerdo ético en nuestra cultura. Tal y como afirmamos líneas arriba, se habla de un relativismo en las nociones y ejercicio de la ética. Como si cualquier punto de vista ético pudiera ser válido siempre y cuando cuente con los argumentos suficientes.

El problema que se presenta en estos casos es que en muchas ocasiones estas discusiones emplean conceptos evaluativos o normativos diversos. Peor aún, sus finalidades pueden ser diversas.¹⁸⁶ Estos problemas metodológicos son los que dan la apariencia de justificación de cualquier contexto ético. A esto, Macintyre lo denomina como la inconmensurabilidad conceptual de la argumentación.¹⁸⁷

Unido a lo anterior, la discusión ética contemporánea tiene la pretensión de presentarse como si se tratase de una argumentación racional e impersonal.¹⁸⁸ El problema que se presenta aquí es lo que puede entenderse como racional. Este aspecto aporético nos acompañará a lo largo de este trabajo jurídico.

Una característica más de la discusión ética contemporánea es que las argumentaciones tienen, en la mayoría de los casos, orígenes históricos diversos.¹⁸⁹ Esto es importante porque los conceptos éticos cambian con la realidad social. No es posible que se consideren sin cambio alguno cuando menos en los últimos trescientos años. Desde nuestros ojos, Aristóteles, Kant y Hegel pueden pasar por contemporáneos de nosotros, pues no hay esfuerzo alguno para

¹⁸⁵ *Loc. Cit.*

¹⁸⁶ *Ibidem.*, p. 21.

¹⁸⁷ *Loc. Cit.*

¹⁸⁸ *Ibidem.*, p. 22.

¹⁸⁹ *Ibidem.*, p. 24.

entender sus distintos contextos culturales y sociales, los cuales, forzosamente, incidieron sobre su forma de razonamiento.

En estas características del discurso moral de nuestro tiempo radica el problema básico de su enorme desorden. No existe teoría que represente mejor esta tendencia, según Macintyre, que el emotivismo, ya que “es la doctrina según la cual los juicios de valor, y más específicamente los juicios morales, no son *nada más* que expresiones de preferencias, expresiones de actitudes o sentimientos, en la medida en que éstos posean un carácter moral o valorativo”¹⁹⁰. La pretensión del emotivismo es dar cuenta de *todos* los juicios de valor cualquiera que éstos sean. Con lo hasta aquí expuesto no parecen válidas las pretensiones de universalidad de esta corriente ética. Para Macintyre, el emotivismo sólo es una respuesta a las corrientes intuicionistas fundadas por Moore en los primeros años del siglo XX.¹⁹¹

Vistas las características básicas del emotivismo se destaca que una de sus principales consecuencias es que no hay, ni puede haber, “*ninguna* justificación racional válida para postular la existencia de normas morales impersonales y objetivas, y que en efecto no hay tales normas”¹⁹². Como bien señala Macintyre: “El emotivismo está incorporado a nuestra cultura”¹⁹³. Actuemos, en consecuencia, en la búsqueda de una ética que satisfaga a nuestro tiempo. Mejor aún, es importante contar con una ética que ayude a la estructuración de una argumentación jurídica de naturaleza problemática. Volveré sobre este punto en el siguiente capítulo.

¹⁹⁰ *Ibidem.*, p. 26.

¹⁹¹ *Ibidem.*, p. 29.

¹⁹² *Ibidem.*, p. 35.

¹⁹³ *Ibidem.*, p. 39.

CAPÍTULO II
TEÓRICOS DEL DISCURSO PRÁCTICO EN LA TEORÍA
DE ROBERT ALEXY

La dificultad principal de la teoría de Stevenson¹⁹⁴ es el total desconocimiento del carácter del discurso moral como una actividad guiada por reglas. En cambio, es esta cualidad la que le resulta de sumo interés a Alexy.¹⁹⁵

Las teorías, a las que haré referencia en este capítulo, pueden diferir en muchos aspectos, pero tienen como punto de contacto el considerar al discurso moral como una actividad guiada por reglas. De esta forma, el interés de Alexy radica en responder a la pregunta: ¿Cuáles son las reglas vigentes en los discursos morales? Atendiendo a este cuestionamiento, retomemos los argumentos de Wittgenstein y Austin que le son útiles a Robert Alexy.

1. WITTGENSTEIN Y AUSTIN

Ludwig Wittgenstein asegura en su *Tractatus Lógico-Philosophicus* que el lenguaje sirve para representar al mundo.¹⁹⁶ De tal manera que: “Las palabras del lenguaje nombran objetos;¹⁹⁷ [...] las proposiciones son combinaciones de tales nombres”¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Tratada en el capítulo anterior, en concreto el emotivismo.

¹⁹⁵ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 63.

¹⁹⁶ *Ibidem.*, p. 65.

¹⁹⁷ *Vid.* Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, Trad. Enrique Tierno Galván, Int. Bertrand Russell, 2 a ed., Madrid, Alianza Editorial, 1975, (Alianza Universidad, Núm. 50), donde señala: “El nombre representa en la proposición al

Esta representación del mundo se haya contrapuesta a los distintos *juegos del lenguaje*, mismos que nunca serán suficientemente definidos y sistematizados en la teoría de Wittgenstein.

Alexy selecciona como ejemplos de estos *juegos del lenguaje* los siguientes:

Ordenar y actuar según órdenes- Describir un objeto según el aspecto o según las medidas-Crear un objeto según una descripción (dibujo)-Relatar un suceso- Hacer suposiciones sobre un suceso-Plantear una hipótesis y comprobarla-Representar los resultados de un experimento mediante cuadros y diagramas-Inventar una historia y leerla- Representar teatro-Cantar al corro-Hacer adivinanzas-Hacer bromas; contar chistes-Resolver un problema de cálculo aplicado-Traducir de un idioma a otro- Pedir, agradecer, blasfemar, saludar, orar.¹⁹⁹

A pesar de lo extensiva e incontable que pueda resultar la ejemplificación de *juegos del lenguaje* puede decirse que no existen rasgos característicos de los mismos. Para solventar esta dificultad Wittgenstein llamará como *parecido de familia* a “una complicada red de semejanzas que se solapan y entrecruzan. Semejanzas en lo grande y en lo pequeño”²⁰⁰. La importancia de esta aseveración de Wittgenstein radica en que la función descriptiva del lenguaje es sólo una de entre otras muchas posibles. El derecho, como discurso práctico guiado por reglas, no escapa a esta *evidentia*.

En los juegos del lenguaje *el hablar y la acción* están estrechamente unidos. Para que se presente este *juego* se requiere, precisamente, de un conjunto de reglas. Eso no significa, de ninguna manera, que todas las

objeto”. En el idioma original: “Der Name vertritt im Satz den Gegenstand”, 3.22, p. 54.

¹⁹⁸ En concreto Wittgenstein afirma: “La proposición elemental consta de nombres. Es una conexión, una concatenación de nombres”. En alemán: “Der Elementarsatz besteht aus Namen. Er ist ein Zusammenhang, eine Verkettung, von Namen”. Wittgenstein, *Op. Cit.*, 4.22, p. 96. Así mismo, Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p.65.

¹⁹⁹ *Loc.Cit.*

²⁰⁰ Citado por Alexy, *Ibidem.*, p. 66.

reglas se hallen determinadas en su completitud. Por ejemplo, ¿acaso es posible determinar todas las diferentes variaciones normativas en el juego de ajedrez?²⁰¹

Si se da por acentado que las reglas existen, esto significa que también puede haber faltas a las mismas. La noción de falta, según Wittgenstein, existe sólo si la regla permite diferenciar entre comportamientos correctos e incorrectos.²⁰² Pero para que las reglas existan, las personas que las utilizan deben estar convencidas de la necesidad de cumplirlas. A este comportamiento Wittgenstein lo denominará *convicciones fundamentales*, mismas que generan una específica *forma de vida*.²⁰³ En consecuencia, las reglas y convicciones fundamentales definen una forma de vida, es decir, una especial representación del mundo.

De las ideas de Wittgenstein, la teoría de la argumentación de Alexy rescata que el uso meramente descriptivo y explicativo del lenguaje es sólo uno entre muchos posibles, los juegos del lenguaje son comprendidos únicamente a través de circunstancias fácticas y los mismos son actividades que se guían por reglas.²⁰⁴

La crítica a la descripción como función básica del lenguaje es la coincidencia básica de Wittgenstein con J. L. Austin, el cual califica a este monismo metodológico como *la falacia descriptiva*.²⁰⁵ Sin embargo, difiere en creer que exista una gran diversidad para los usos del lenguaje. En el mismo sentido, opina que en ciertos casos es necesario crear un determinado sistema conceptual²⁰⁶ a partir de la noción de *acto del habla*.

²⁰¹ Tomo el ejemplo del ajedrez porque es uno de los favoritos de Wittgenstein.

²⁰² Citado por Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 67.

²⁰³ *Loc. Cit.*

²⁰⁴ *Ibidem.*, p. 68.

²⁰⁵ La principal obra de J. L. Austin es *How to do things words*, London, Oxford- New York, 1962, p. 3. Hay traducción al español J. L. Austin, *Cómo hacer cosas con palabras, Palabras y acciones*, Trad. Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1990, (Paidós Studio, Núm. 22), p. 43.

²⁰⁶ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 69.

Se entenderá por *actos del habla* a las acciones que se realizan diciendo algo. Según Austin, dentro de cada acto del habla se pueden diferenciar dos y a menudo tres actos diferentes de una misma acción²⁰⁷. Estos actos son: el locucionario, el ilocucionario y el perlocucionario.

El acto locucionario consiste en la expresión de un enunciado con un significado determinado. Este acto, a su vez, se divide en tres: el acto fonético, que es la expresión de determinados sonidos; el fático, que es la expresión de palabras atendiendo a una determinada gramática; y, el acto rético, que es el uso de palabras para enunciar el *sentido* de algo sobre un aspecto determinado, es decir, su *referencia*. Este último es el que tradicionalmente se ha designado como *significado*.²⁰⁸

El *acto ilocucionario* es lo que se hace diciendo algo. Como afirma Alexy: “Lo que se hace *diciendo* algo se debe diferenciar de lo que se hace *por* decir algo. Lo primero depende de *convenciones*; lo último, de los *efectos prácticos* en una situación determinada”²⁰⁹.

Finalmente, el acto perlocucionario tiene como característica principal el generar efectos, tales como: sorpresa, alegría o susto mediante cierto tipo de expresiones.²¹⁰

Para Robert Alexy el punto central de la teoría de Austin es el acto del habla como acto ilocucionario, es decir, como acción convencional²¹¹. La importancia de este tipo de actos radica en que si los actos del habla son acciones convencionales, eso significa que no pueden existir sin reglas que predeterminen su actuar. De tal forma que la noción del *acto del habla* remite al concepto de *regla*.

Ahora bien, Austin considera que no es posible enunciar explícitamente estas reglas, sino que lo que puede hacerse es clasificar

²⁰⁷ J. L. Austin, *Philosophical Papers*, London, Oxford- New York, 1970, en concreto el ensayo “Truth”.

²⁰⁸ J. L. Austin, “How to Talk”, en *Philosophical Papers*, pp. 134 y s.

²⁰⁹ Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 70.

²¹⁰ *Loc. Cit.*

²¹¹ *Loc. Cit.*

los efectos de estos actos; por ejemplo, en verdaderos o falsos, en correctos o incorrectos.²¹² Estos efectos son comunes a diversos tipos de actos.

Lo que rescatará Alexy de Austin es el hablar del lenguaje como una actividad guiada por reglas, así como la afirmación de que el lenguaje normativo no se diferencia sustancialmente del descriptivo.²¹³

2. LA TEORÍA DE HARE

R.M. Hare en *The Language of Morals* describe a la ética como “el estudio del lenguaje de la moral”²¹⁴. Pero esto resulta insuficiente ya que no sólo es necesario comprender los conceptos morales, sino que es más importante explicar la forma de razonamiento de la moral. Es así como a la ética se le plantean dos tareas estrechamente unidas entre sí: el análisis lógico de las expresiones morales y la investigación sobre la argumentación moral.²¹⁵ Si se conocen las expresiones morales, de éstas se deducirán las reglas para la argumentación moral.

En este orden de ideas, para Hare es importante entender, en primer término, las expresiones morales para luego determinar sus respectivas reglas.

En torno a las expresiones morales, hay que decir que siempre implicarán imperativos. En sentido, la teoría de Hare puede calificarse como prescriptivista.²¹⁶

En esta teoría, el estudio de los términos morales se divide en: imperativos y valorativos. Los enunciados imperativos, a su vez, se dividen en frásticos y neústicos. Sobre esta diferenciación aclara Alexy:

²¹² J.L Austin, *Como hacer cosas con palabras...*, pp. 60 y ss.

²¹³ Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, pp. 72 y ss.

²¹⁴ *Ibidem.*, p. 73.

²¹⁵ *Ibidem.*, p. 74.

²¹⁶ *Loc. Cit.*

A los enunciados “cierra la puerta” y “tú estás cerrando la puerta” corresponden los enunciados “tú cierre de la puerta en el futuro inmediato, *por favor*” y “tú cierre de la puerta en el futuro inmediato, *sí*”. A la primera parte de estos enunciados la llama Hare “frástico” a la segunda (“por favor” y “sí” respectivamente) “neústico”. Según este análisis, las órdenes y las aserciones tienen el mismo frástico; se diferencian sólo de su neústico.²¹⁷

Esta diferenciación es fundamental, pues Hare considera que no pueden deducirse imperativos de proposiciones puramente descriptivas, ya que por definición no contienen un neústico imperativo. En consecuencia, “no se pueden derivar imperativos de proposiciones meramente descriptivas”²¹⁸.

Al igual que los términos morales, la argumentación moral de Hare diferencia el significado descriptivo del valorativo. A la presente diferenciación le corresponden las dos reglas fundamentales de la argumentación moral: el principio de universalidad y el principio de prescriptividad.²¹⁹ Estas reglas son las que otorgan la cualidad de racionalidad al discurso moral.

El principio de universalidad tiene como punto de partida la universalidad de las expresiones descriptivas. En consecuencia, si hay expresiones valorativas con algún componente descriptivo, éste podría universalizarse.

El principio de universalidad exige la existencia de una *razón* que determine ciertas particularidades de determinada cuestión, de forma tal que sólo si se cumplen con esas cualidades nos encontremos ante esa cuestión en lo particular.²²⁰ Por dar un ejemplo, si determinamos que algo es frío, todo aquello que presente cualidades similares deberá entenderse como frío.

²¹⁷ *Loc. Cit.*

²¹⁸ *Loc. Cit.*

²¹⁹ *Ibidem.*, p. 79.

²²⁰ *Ibidem.*, p. 80.

Ahora bien, el determinar racionalmente un conjunto de particularidades lleva, forzosamente, al establecimiento de un conjunto de reglas. Razón y regla se hayan, pues, estrechamente unidas.²²¹ A estas reglas Hare las denominará principios morales. La universalidad en estos principios se refiere a que no aparecen expresiones singulares, por ejemplo, nombres propios.²²²

El principio de universalidad ayuda a determinar contenidos racionales mínimos para el discurso moral. Sin embargo, necesita relacionarse con el principio de prescriptividad para fortalecer la racionalidad discursiva.²²³

La prescriptividad se encuentra en el corazón de la *lógica* del lenguaje normativo. El destinatario de una norma debe aceptar y conocer las consecuencias que tiene el incumplimiento de las mismas. En Hare la argumentación moral no consiste en la deducción de juicios a partir de principios morales, sino en asumir y consentir con dichas consecuencias.²²⁴ Al final de cuentas, su pensamiento parece estar lleno de una percepción meramente utilitarista.

El problema de fondo de llevar a la aceptación como una justificación de la moral es que no siempre, dentro del discurso jurídico, por ejemplo, se contará con la aceptación de las partes involucradas.

Para librar este problema, Hare diferencia entre argumentos que se refieren a intereses y argumentos que se apoyan en ideales. En el primer caso, los sujetos están *obligados* no sólo a tomar en cuenta sus ideales, sino también los del prójimo. En el segundo caso, el tener un ideal significa contar con algo extraordinariamente bueno.²²⁵ El problema se presenta si alguien pretende hacer prevalecer sus ideales a costa del otro. Resulta evidente, en este caso, la debilidad subyacente en la distinción entre intereses e ideales. Quizá lo que podría ayudar en

²²¹ *Loc. Cit.*

²²² *Loc. Cit.*

²²³ *Ibidem.*, p. 81.

²²⁴ *Ibidem.*; p. 84.

²²⁵ *Ibidem.*; p. 87.

esta diferenciación es entender que en el primer caso, generalmente, participa el derecho y su coactividad.

Resulta evidente que una teoría como la de Hare no puede sustentarse desde el punto normativo, exclusivamente sobre principios utilitaristas, requiere, forzosamente de partir de ciertos principios normativos tales como la igualdad de derechos o la equidad.

No obstante lo anterior, Alexy rescata de esta postura la concepción de universalidad y comprobación de los juicios morales.

3. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN TOULMIN

El cuestionamiento principal en Toulmin es: “Qué es lo que hace de un conjunto particular de hechos, R, una buena razón para una conclusión ética particular, E”²²⁶. Para responder a este interrogante, el autor diferencia entre: reglas de inferencia lógicas y científicas y reglas de inferencia “específicas para argumentos éticos”²²⁷. Una característica de estas últimas es que permiten el paso de razones fácticas a conclusiones normativas.

Ahora bien, ¿cómo encontrar criterios para las buenas razones? Toulmin utiliza la idea de Wittgenstein de que el lenguaje es una herramienta que se puede usar para fines diversos. En consecuencia, los criterios para su uso correcto depende de los fines que tendrá que cumplir en determinado contexto social.²²⁸ En ese sentido, la función o el fin de la ética es “correlacionar nuestros sentimientos y conducta de tal manera que el cumplimiento de los fines y deseos de cada uno resulten entre sí tan compatibles como sea posible”²²⁹.

La ética logra el equilibrio entre deseos e intereses, tratando de evitar el sufrimiento que pueda ser evitable. A partir de esta función,

²²⁶ *Ibidem.*; p. 91.

²²⁷ *Loc. Cit.*

²²⁸ *Ibidem.*; p. 92.

²²⁹ *Ibidem.*, p. 93.

Toulmin diferencia entre dos formas y dos niveles de argumentación de la moral. Citando a Alexy:

La primera forma se da cuando una acción se justifica porque una regla moral vigente en la sociedad del hablante la ordena. La segunda forma aparece cuando para la fundamentación de una acción (o de una regla) se aduce que ella causa menos daño que la alternativa discutida. En la primera forma se justifica mediante la indicación de una regla; en la segunda, mediante la indicación de las consecuencias. La primera forma es deontológica, la segunda teleológica. La segunda forma sirve directamente a la meta de la ética mencionada anteriormente, evitar el sufrimiento evitable. En la primera forma esto es así sólo en la medida en que las normas morales vigentes en una sociedad armonicen la vida en común de los hombres de tal manera que se evite el sufrimiento evitable.²³⁰

Para Toulmin, esto se presenta de forma general. En el primer caso, se une la argumentación moral a las normas morales existentes. En el segundo, se desarrolla una función crítica de la moral, adaptando los sistemas morales a las nuevas circunstancias que se presentan en la realidad social.

De estas dos formas se desprenden dos niveles de argumentación moral. En la primera forma, se presenta la justificación de acciones individuales; en la segunda, la justificación de reglas morales.²³¹

Para Toulmin la lógica argumentativa tiene más similitudes con la jurisprudencia que con la matemática.²³² Por ejemplo, así como el derecho establece reglas según las cuales pueden hacerse valer ciertas pretensiones, la lógica determina las reglas bajo las cuales se fundamentan y rebaten ciertas afirmaciones.

²³⁰ *Ibidem.*, p. 93 y s.

²³¹ *Ibidem.*, p. 94.

²³² *Ibidem.*, p. 95 y Manuel Atienza, *Op. Cit.*, p. 105.

Según Toulmin, la lógica y la jurisprudencia se parecen tanto que él considera la tesis de que la lógica es jurisprudencia generalizada. Para este autor, los argumentos, en lo esencial, tienen la misma estructura. De inicio, todos tienen la pretensión de ser aceptados. En caso de que dicha pretensión sea puesta en duda, hay que fundamentarla de manera suficiente. Esto sólo puede hacerse aduciendo hechos como razones.²³³ Es decir, pueden establecerse reglas valorativas de inferencia.

Uno de los principales problemas de esta teoría es el concerniente a la justificación de las reglas valorativas. Su procedimiento puede ser definido, según Alexy, como empírico-definitorio. Es empírico porque se llega a sus reglas mediante una descripción de la *praxis* de la argumentación de la moral. Es decir, a cierto tipo de lenguaje puede definírsele como moral.²³⁴ El aspecto problemático radica en ¿cómo distinguir un lenguaje moral cuando el mismo Toulmin reconoce que las palabras pueden usarse para fines distintos? Por otra parte, eso de indicar que una regla se sigue por un hecho da como resultado una fundamentación estremadamente débil. ¿Acaso todos los hechos generan reglas?

Robert Alexy también destacará la vaguedad de la regla fundamental de Toulmin. “Evita el sufrimiento evitable” es una mera idea de naturaleza utilitarista.²³⁵ En efecto, ¿qué hay que considerar como sufrimiento?, ¿realmente evitar el sufrimiento de uno ayudará a eludir el de varios?

Una cuestión rescatable de la tesis de Toulmin es la idea de incorporar a los argumentos el estudio de las falacias; es decir, para este caso en particular, de las formas en que se argumenta incorrectamente. Estas falacias se pueden incluir dentro de cinco categorías diferentes: de

²³³ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 96.

²³⁴ *Ibidem.*, p. 100 y s.

²³⁵ *Ibid.*, p. 101.

falta de razones, de razones irrelevantes, de razones defectuosas, de suposiciones no garantizadas y de ambigüedades.²³⁶

Falta de razones. Consiste en efectuar una pretensión y argumentar en su favor avanzando razones cuyo significado es equivalente a la pretensión original.

Razones irrelevantes. Se presenta cuando los argumentos no son útiles para la pretensión que se desea. Por ejemplo: hay un problema en torno a la competencia de ciertas autoridades y los argumentos son en torno a la antigüedad con la que han sido creadas. Aquí debe buscarse congruencia entre el problema y su forma de razonamiento.

Razones defectuosas. Los argumentos son congruentes al problema planteado pero inadecuados. Por ejemplo: tratamos de resolver un problema jurídico aplicando una regla general, sin tomar en cuenta que se trata de una excepción.

Suposiciones no garantizadas. Se parte de razones que comúnmente no son aceptadas por los miembros de una comunidad. Por ejemplo: utilizar una analogía inadecuada.

Ambigüedades. Se presenta cuando una frase o una palabra se emplean de forma equívoca.²³⁷ Aquí encontramos las diversas dificultades propias del lenguaje y, en lo jurídico, las dificultades propias del lenguaje jurídico como metalenguaje propiamente dicho.

Toulmin considera relevantes, además de las falacias, las relaciones existentes entre el lenguaje y el razonamiento. En ese sentido, destaca las características propias de distintas actividades en la argumentación, diferenciando al derecho, la ciencia, el arte, los negocios y la ética.

En lo que concierne a la argumentación jurídica, Toulmin piensa que este ámbito es el que proporciona el foro más intenso para la práctica y análisis del razonamiento, ya que, en principio, provee un foro

²³⁶ Manuel Atienza, *Op. Cit.*, p.118.

²³⁷ *Loc.Cit.*

para argumentar de forma distinta hechos determinados.²³⁸ En un segundo término, las discusiones pueden centrarse en aspectos propiamente jurídicos. Esta es la estructura básica de lo que en derecho se conoce como primera y segunda instancias.

Lo interesante de la argumentación jurídica es la forma en la que cambian los argumentos dependiendo de la instancia y el problema a resolver. En el primer caso, al tratarse de un hecho con relevancias jurídicas los argumentos se referirán a las pruebas presentadas. En cambio, en la segunda instancia, al discutirse un problema de derecho los argumentos se refieren a leyes, doctrina o precedentes judiciales. Evidentemente, el uso del lenguaje es diferente en uno y otro caso. El derecho no tiene una aplicación lineal, si se tratara de caracterizarla de alguna forma, más bien se hablaría de niveles técnicos distintos.

A pesar de los problemas que la teoría de Toulmin presenta no puede negarse la existencia de ideas rescatables. Tal es el caso del traslape de las reglas de la lógica a la moral. También es fundamental su consideración de que la argumentación moral no parte de la nada, requiere del trabajo anquilosado a lo largo de los años, es parte del material adquirido históricamente; o, el reconocimiento de reglas expresas o premisas previas a cualquier tipo de argumentación. El reconocimiento de que las reglas del lenguaje son útiles para cumplir con ciertas funciones o fines también puede ser rescatado para usarlo en la argumentación jurídica.²³⁹

4. EL RAZONAMIENTO DISCURSIVO DE BAIER

Esta teoría es rescatada por Robert Alexy fundamentalmente por dos razones: contiene un análisis de la estructura de la argumentación

²³⁸ No se trata de versiones distintas de los hechos como señala Atienza, *Op.Cit*, p. 119, lo que se modifica es la interpretación y valoración en torno a un solo hecho.

²³⁹ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 102.

moral y una concepción muy diferenciada del concepto de generabilidad.²⁴⁰ Veamos estos dos aspectos.

4.1 *La argumentación moral de Baier*

Para este filósofo la *mejor acción* es la que esta apoyada por las *mejores acciones*.²⁴¹ Para establecer cuáles son esas razones es necesario efectuar un proceso al que Baier denomina como *deliberación*.²⁴² Este procedimiento involucra tanto a un individuo como a varios. De esta forma, las *mejores razones* son el resultado de una adecuada *deliberación*.

Este importante proceso puede presentarse en dos niveles distintos. El primero, cuando se consideran los hechos y se pregunta por su relevancia. El segundo, cuando se analizan las razones obtenidas en el primer nivel.²⁴³ En el primer caso, se plantea la cuestión de que se puede considerar como razón a favor de una proposición normativa en lo singular. La respuesta de Baier es que sólo las reglas pueden cumplir con esta función. Reconoce que se pueden dar razones tanto a favor como en contra, sin embargo, la acción obligatoria será aquella que cuente con las *mejores razones*. En el caso de existencia de razones tanto a favor como en contra de determinado hecho, lo que sucede de manera frecuente en el derecho;²⁴⁴ es necesario analizar cuál es la mejor razón. Aquí es donde entra el segundo nivel deliberativo.

En el segundo nivel se establecen las reglas que determinan los casos en los que unas reglas prevalecen sobre otras. A estas reglas las define Baier como “reglas de prioridad”²⁴⁵.

Lo hasta aquí expuesto resulta fundamental dentro de la discusión jurídica porque siempre habrá tanto razones a favor como en contra de

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 103.

²⁴¹ El subrayado es nuestro.

²⁴² Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 104.

²⁴³ *Loc. Cit.*

²⁴⁴ *Vid. Supra* el apartado referente a Toulmin.

²⁴⁵ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 105.

una resolución jurídica. Pero, ¿cómo encontrar la mejor razón para un caso concreto? Baier responde que esto se resuelve mediante el encuentro del punto de vista moral.²⁴⁶ El problema a resolver ahora es: ¿Cuáles son los criterios que caracterizan al punto de vista moral?

Dando respuesta a esta última interrogante se encuentran dos tipos de criterios o condiciones: los formales y los materiales. Los primeros consisten en la exigencia de dirigir, de actuar mediante *reglas* y no mediante los fines determinados por el propio interés; asimismo, estas reglas deben regir para todos, por lo cual deben ser abiertas y enseñables en forma general. De esta exigencia pedagógica, resultan tres aspectos para deliberar en torno a las reglas morales:

1. Las reglas morales no pueden ser *autofrustrantes*. Es decir, cuando al cumplirlas se genera su propio fracaso. Alexy pone el siguiente ejemplo: “Pide ayuda si lo necesitas, pero tú no ayudes a nadie que lo necesite”²⁴⁷.

2. Las reglas morales no pueden ser *autodestructivas*. Esto sucede cuando el fin del que las sigue fracasa tan pronto se conoce que éste las cumple. Ejemplo: “Haz promesas incluso cuando no las quieras cumplir”²⁴⁸.

3. Hay reglas *moralmente imposibles*, es decir, que ni siquiera pueden ser objeto de enseñanza general. Ejemplo: “Di siempre lo que sabes que no es verdad”²⁴⁹. La enseñanza de esta regla conduciría a que el oyente añadiera a todos los enunciados una negación.

Respecto a los criterios materiales, Baier también incorpora tres condiciones para lograr que las normas morales supongan el mismo beneficio para todos:

²⁴⁶ *Loc. Cit.*

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 106.

²⁴⁸ *Loc. Cit.*

²⁴⁹ *Loc. Cit.*

1. El seguimiento de una regla debe contribuir *directamente al bien común de todos*. El campo de aplicabilidad se encuentra limitado a los casos en los cuales los intereses coinciden al menos en parte. En el mismo sentido, la regla no puede ser aplicable cuando existan conflictos de intereses.

2. Para estos últimos casos existe el criterio de *reversibilidad*. Considerado por Baier como central: “El comportamiento sobre el que se discute debe ser aceptable por los afectados, independientemente de si estos están en el lado de los que dan o de los que reciben”²⁵⁰.

3. Una acción está prohibida si su *realización general tiene consecuencias negativas*. En la vida práctica esto se traduce en la interrogante: ¿Dónde iríamos a parar si todos hicieran eso?

4.2 Concepto de generalizable

Con base en lo anterior, Baier reconoce que la fundamentación de las reglas, condiciones o criterios de la moral no pueden basarse exclusivamente en el punto de vista del interés. Tampoco deben preguntarse las razones por las cuales una persona determinada debe aceptarlo en determinada situación. Señala Baier: “La cuestión debe más bien ser la de si un mundo en el que los hombres se sitúen en este punto de vista es mejor, desde el punto de vista de cualquier persona, que uno en el que todos actúen inmoralmente”²⁵¹.

El problema de la teoría de Baier, es su circularidad y su falta de claridad conceptual. Si para fundamentar el punto de vista moral se requiere el punto de vista de cualquier persona, éste requerirá también el nuestro. Por otro lado, ¿cómo definir conceptos tales como consecuencias negativas?

²⁵⁰ Citado por Alexy, *Ibidem.*, p. 107.

²⁵¹ *Ibidem.*, p. 108

Aún así, no puede negarse que su intento de análisis estructural y la búsqueda de aspectos generales serán fundamentales, como el propio Alexy reconoce, en una teoría del discurso práctico racional.

5. PROPUESTA DEL DISCURSO RACIONAL DE HABERMAS

Para Robert Alexy son fundamentales el estudio de la Teoría de Habermas y la de la Escuela de Erlagen porque en el centro de su discusión se encuentran aspectos pragmáticos que pueden ser útiles para el derecho, al considerarse como una ciencia racional y práctica.

Jürgen Habermas.²⁵² Este filósofo contemporáneo considera que todas las expresiones normativas, como mandatos y valoraciones, pueden ser fundamentadas de manera esencialmente idéntica a las proposiciones empíricas, con una diferencia: a la *verdad* de las proposiciones empíricas corresponde aquí la *corrección* de las expresiones normativas.²⁵³ Eso no significa que ambos aspectos estén separados. Al contrario, una teoría jurídica que tenga como punto de partida lo normativo, de forma exclusiva, tiende a romperse al ser enfrentada a la realidad social.²⁵⁴

5.1 *Crítica a la teoría de la verdad como correspondencia*

En Habermas los criterios de verdad, desarrollados en su teoría consensual, implican el acuerdo potencial de *todos* los demás. En otras palabras: “Yo sólo puedo atribuir a un objeto un predicado si también cualquier otro que *podiera* entablar un diálogo conmigo, atribuyera al

²⁵² Su más reciente trabajo sobre el tema que hoy nos ocupa es *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, editado en Frankfurt por Suhrkamp Verlag, hay traducción al español: Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Int. Y Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 1998, (Col. Estructuras y Procesos – Serie Filosofía), 6 92 pp.

²⁵³ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 110 y s.

²⁵⁴ Habermas, *Facticidad y validez...*, p. 297 y ss.

mismo objeto el predicado”²⁵⁵. En otras palabras, las expresiones lingüísticas tienen para sus diversos usuarios *significados idénticos*.²⁵⁶

Frente a esta percepción se encuentra la teoría de la correspondencia, según la cual sólo se puede designar como verdadero un enunciado o juicio si existe el estado de cosas que el enunciado expresa. Un estado de cosas existente configura un hecho. La verdad entonces es la concordancia entre enunciados y hechos.²⁵⁷

En un primer acercamiento especulativo, la teoría de la correspondencia no parecería tener problema alguno. Es más, resulta acorde con la máxima aristotélica: “Decir lo que es, que es, y de lo que no es, no es, es verdadero”. Sin embargo, al analizar con mayor detenimiento se puede concluir que el trasfondo del problema es determinar qué es aquello con lo que debe corresponder un enunciado para considerarse verdadero. En concreto: ¿Qué debe entenderse por un hecho?

Si aplicamos en estricto sentido la teoría de la correspondencia, resulta que los hechos son similares a los objetos. Pero esto es una explicación simplona. Hay hechos que no pueden ser oídos, presenciados, vistos o tocados y, sin embargo, son verdaderos.

Habermas soluciona esta dificultad señalando que es necesario distinguir entre hechos y objetos de la experiencia.²⁵⁸ De tal forma que los hechos son lo que los enunciados: cuando son verdaderos, expresan, no son aquello a lo que se refieren los enunciados. Es decir, no son como las cosas que pueden ser acontecimientos que suceden sobre la faz de la tierra.

Para Habermas, la verdad es una “pretensión de validez que unimos a actos de habla constatativos. Una proposición es verdadera si

²⁵⁵ Citado por Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 111. Una posición similar es la noción de auditorio universal a la que hace referencia Chaim Perelman, *Tratado...*, pp. 71-78.

²⁵⁶ Habermas, *Facticidad y validez...*, p. 73.

²⁵⁷ Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 112.

²⁵⁸ *Loc. Cit.*

está justificada la pretensión de validez de los actos del habla con los que afirmamos cualquier proposición mediante el uso de enunciados”²⁵⁹.

Esta afirmación es importante porque ahora la justificación de una aserción no depende de la verdad de la aserción, sino más bien de su justificación. Como señala Alexy: “El concepto de verdad es, si se quiere, trasladado del nivel de la semántica al nivel de la pragmática”²⁶⁰.

Con esto pueden lograrse dos objetivos: primero, mostrar que la verdad no consiste en la problemática relación enunciado–mundo; segundo, pueden equipararse proposiciones normativas y no normativas, en cuanto a su capacidad de verdad.²⁶¹

Es fundamental tener la certeza de que una proposición normativa puede ser tan cierta y válida como una que no lo es. Por ejemplo, al decir “el agua es cristalina”, puede corresponder en grado de certeza si “a es debe ser b”.

5.2 Diferencia entre acción y discurso

Dentro de la teoría de Robert Alexy se retoma la diferencia entre dos formas fundamentalmente distintas de comunicación: acción y discurso.

La acción es un juego del lenguaje en que la pretensión de validez planteada en el acto de habla es reconocida de forma tácita. En los discursos, en cambio, su pretensión de validez es cuestionada y se investiga su justificación.²⁶² La acción es información que no se encuentra en duda, no se plantea si es verdadera o no. Apenas una acción es cuestionada, se abandona su campo para entrar al del discurso.

²⁵⁹ Citado por Alexy, *Loc.Cit.*

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 113

²⁶¹ *Loc.Cit.*

²⁶² *Ibid.*, p. 114.

Los discursos se descargan de acciones y experiencias. En ellos se introduce información y su resultado consiste en la aceptación o rechazo de pretensiones de validez problemáticas. Lo único que se produce en el proceso discursivo son argumentos.²⁶³

La relación entre acción y discurso plantea una serie de problemas. El primero de ellos sería el de las posiciones observacionales. “La tierra es redonda”, sólo puede utilizar directamente la experiencia. No requiere del discurso. Si esto fuera así la diferencia entre acción y discurso sería superflua.

Sin embargo, se ha demostrado que las observaciones proposicionales no son firmes. En efecto, esos “enunciados básicos” siempre tendrán el carácter de hipotéticos.²⁶⁴ Por ejemplo, el término redonda implica una teoría respecto a la geometría. Siempre, cualquier proposición observacional, dependerá de alguna teoría o, cuando menos, punto de acuerdo. Recordemos, por ejemplo, cuando en Europa se consideraba a la tierra como plana. Sólo el cambio experimental, en concreto el descubrimiento de América, pudo modificar este “enunciado básico”. En consecuencia, siempre existirá la posibilidad de una comprobación discursiva aún en el caso de las proposiciones observacionales,²⁶⁵ como el ejemplo que hemos dado respecto de la redondez de la tierra.

Con la diferencia que se ha realizado entre acción y discurso puede definirse el hecho de la siguiente forma: “Es lo que expresa una proposición que puede ser fundamentada discursivamente”²⁶⁶. Acción y discurso se encuentran estrechamente ligados en el mundo del lenguaje.

²⁶³ *Ibid.*, p. 115

²⁶⁴ *Loc.Cit.*

²⁶⁵ Esta afirmación no resulta nada novedosa si se toma en cuenta que el cuestionamiento de todo tipo de principios ya se encuentra propuesto en el *Organon* de Aristóteles.

²⁶⁶ Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 116.

5.3 Justificación de las proposiciones normativas

Para Habermas un juego del lenguaje que funcione presupone el reconocimiento de cuatro pretensiones de validez, a saber: “Se pretende la *inteligibilidad* de la expresión, la *verdad* o *adecuación* de su contenido preformativo y la *veracidad* del sujeto hablante”²⁶⁷.

Cada una de estas pretensiones de validez cuentan con su problemática particular. La *inteligibilidad*²⁶⁸ se plantea en cualquier tipo de discurso. La veracidad en los actos del habla constatativos, por ejemplo, las aseveraciones. La pretensión de corrección o adecuación, a los actos que imponen reglas. Finalmente, el otorgarle veracidad al sujeto hablante se presenta fundamentalmente en los actos que expresan intenciones o actitudes.²⁶⁹ Por dar un ejemplo, la sentencia de un juez presupone una base mínima de veracidad respecto de la solución que emite.

Ahora bien, para Habermas, algunas de estas justificaciones pueden resolverse desde el discurso, otras no. No pueden dilucidarse desde la perspectiva discursiva la inteligibilidad, ya que pueden existir discursos poco claros; tampoco pueden resolverse desde esta perspectiva las cuestiones referentes a la veracidad del hablante, ya que ésta sólo puede reconocerse por medio de sus acciones.

En cambio, las justificaciones indispensables para las proposiciones normativas en toda teoría del discurso son la pretensión de la corrección y la verdad de su contenido proposicional. Retomando el mismo ejemplo del juez: Al emitir una sentencia puede estar mintiendo; sin embargo, la sentencia, por sí misma, para ser considerada en el discurso debe contener una pretensión de la corrección fundada en la certeza de sus proposiciones.

²⁶⁷ Citado por Alexy, *Loc.Cit.*

²⁶⁸ Del latín *intelligibilis*, cualidad de inteligible, es decir, que puede ser entendido. *Vid.* Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21 ava. Ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1992.

²⁶⁹ Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, *Loc.Cit.*

Con esto, como señala Alexy, “los juicios de valor y de deber se equiparan en lo fundamental a los juicios empíricos en cuanto a su capacidad de verdad”²⁷⁰. Este es un punto importante para avanzar en el estudio del discurso jurídico como parte del discurso práctico.

De esta forma, debe entenderse que la pretensión de la corrección y la veracidad de las proposiciones se presentan en el discurso atendiendo a una regla discursiva previamente establecida. Volviendo al ejemplo: El juez emite su sentencia atendiendo a un cuerpo de normas de derecho positivo. Sobre este punto de vista, Alexy objeta la necesidad de distinguir entre lo que se hizo y lo que se dijo. Por ejemplo, el juez emitió su sentencia conforme al derecho positivo, pero, no obstante, ¿es adecuada? Aquí es donde entra la expresión: “Aseguro que esta decisión es injusta”²⁷¹. Lo anterior nos permite entender la necesidad de incorporar juicios de valor en este tipo de expresiones.²⁷²

En otras palabras, en la justificación de las proposiciones normativas, al menos en el derecho, también deben buscarse justificaciones en los juicios valorativos.²⁷³

5.4 *Lógica discursiva*

Para Habermas lo que puede hacer a un argumento mejor que otro es la lógica del discurso, cuyo objeto sean las propiedades formales de los contextos de argumentación. Esta lógica tiene la característica de ser pragmática.²⁷⁴

En la base de la lógica del discurso se encuentran argumentos, que se definen como: “La fundamentación que nos motiva a reconocer la

²⁷⁰ *Ibidem.*, p. 117.

²⁷¹ Recordemos la expresión de Radbruch: “El derecho puede ser injusto, pero es derecho en tanto que su sentido es ser justo”, en *Filosofía del Derecho*, p. 11.

²⁷² Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 118.

²⁷³ Esta idea de Alexy no es original, se trata de la *aporía fundamental* mencionada por Theodor Viehweg en su *Tópica y Jurisprudencia*, p.

²⁷⁴ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 120.

pretensión de validez de una afirmación o de una orden o, en su caso, de una valoración”²⁷⁵.

Lo que se busca a través del discurso, como conjunto de argumentos, es lograr un *consenso fundado*;²⁷⁶ es decir, aquel que se logra por medio de la *fuerza del mejor argumento*. Ahora bien, lo que otorga esa fuerza a los argumentos es cada uno de los *sistemas lingüísticos* utilizados para cada tipo de discurso. Cada uno de estos distintos sistemas se diferencian dependiendo del tipo de discurso a desarrollarse. Por ejemplo, dentro del sistema lingüístico del derecho no es lo mismo hablar de la teoría del derecho que de la práctica del mismo. En ambos casos la *fuerza del mejor argumento* descansa en aspectos diferentes. En lo teórico pueden ser los autores o doctrinas citadas; en lo práctico, si las resoluciones responden o no a la necesidad de justicia y equidad de una sociedad determinada.

Los esquemas lingüísticos hacen las veces de reglas a cumplir dentro de los diferentes discursos. Los argumentos utilizan esquemas de fundamentación previamente establecidos; es decir, se encuentran dentro de esquemas cognitivos específicos.

Para lograr el *consenso fundado* al que hemos hecho referencia, la fuerza de un argumento descansa “en un desarrollo cognitivo que garantiza la adecuación del sistema de descripción que precede a toda argumentación”²⁷⁷. Desde este punto de vista, ¿qué se entiende por verdad? Por lo aquí expresado pareciera ser que los criterios de verdad se presentan siempre y cuando se adecuen al sistema lingüístico y sus reglas de aplicación. Sin embargo, Habermas niega expresamente esta afirmación al considerar que los sistemas lingüísticos y conceptuales no pueden ser susceptibles de verdad.²⁷⁸ Es decir, también deben buscar un consenso fundamentado. Resulta evidente que esta noción puede llegar a caer en la trampa del relativismo. Como señala Alexy: “Este

²⁷⁵Citado por Alexy, *Loc.Cit.*

²⁷⁶ *Ibidem.*, p. 120.

²⁷⁷Habermas, citado por Alexy, *Ibid.*, p. 122.

²⁷⁸ *Loc.Cit.*

criterio de verdad es ciertamente problemático. Sin embargo, no puede ser discutido aquí en todos sus aspectos. Su discusión se debe limitar a su funcionalidad como criterio de racionalidad de los discursos prácticos. *En lugar de ‘la lógica del discurso’ en general, en adelante se hablará sólo de la ‘lógica del discurso práctico’*²⁷⁹.

Para esta teoría consensual, el discurso práctico busca una situación ideal de diálogo, en la que todos los hablantes tengan los mismos derechos y no exista ninguna coacción. Esto sólo es posible en aquellos aspectos que “todos pueden querer”; es decir, una norma cuyas consecuencias directas o indirectas genere satisfacción a las necesidades de *cualquier individuo* y sea aceptada por todos.²⁸⁰

En ese sentido, la noción de necesidad forma parte importante en la teoría del discurso de Habermas y, generalmente, se presenta en distintos niveles discursivos. En cada uno de estos niveles se modifican tanto los pasos a seguir como la necesidad a cubrirse.

Habermas diferencia cuatro niveles discursivos, a los que se les contrasta cuatro pasos del discurso diferentes, a saber:

El primer paso consiste, en el discurso teórico, en el paso de la acción al discurso mediante la problematización de una afirmación (entrada en el discurso). El segundo paso consiste en que se dé al menos un argumento (discurso teórico). El tercero es el paso a una modificación del sistema lingüístico elegido al principio (discurso metateórico). El último es, finalmente, el paso a la “reflexión sobre la transformación sistemática del lenguaje de fundamentación” en el que “con la ayuda del movimiento circular característico de la reconstrucción racional nos cercioramos de lo que *debe* valer como conocimiento.”²⁸¹

Como señala Alexy, es en el último nivel en donde se encuentra el fundamento práctico de las normas fundamentales del discurso

²⁷⁹ El subrayado es mío. Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 123.

²⁸⁰ *Loc. Cit.*

²⁸¹ *Ibidem.*, p. 125 y s. Analizando estos pasos no puedo dejar de sorprenderme en la similitud existente con el método tópico seguido por Aristóteles en su *Organon*.

teórico.²⁸² Es precisamente en este nivel donde las *necesidades* se interpretan conforme a lo factible y lo alcanzable. Aquí es donde se encuentran los discursos prácticos y teóricos.

Ahora bien, de lo que trata esta teoría es de ir y venir de un nivel a otro hasta que se produzca una situación de consenso, y esto sólo se logra cuando existe una *situación ideal de diálogo* como veremos a continuación.

5.5 *Situación ideal de diálogo*

Para Habermas esta situación se presenta cuando la comunicación no es impedida ni por causas contingentes exteriores ni por coacción alguna.²⁸³

Como si de un espejo se tratase, Habermas deriva exigencias para cada uno de los actos señalados en el numeral anterior.

1. *Entrada en el discurso.* Todos los participantes deben tener la misma posibilidad de utilizar actos del habla comunicativos, de tal forma que cualquiera pueda iniciar el discurso y perpetuarlo con réplicas y preguntas o respuestas.

2. *Discurso teórico.* Todos los participantes deben tener la misma capacidad para interpretar, justificar o problematizar la pretensión de validez de un acto del habla de forma tal que sea continuamente criticado. Hasta aquí las exigencias que se refieren al discurso. Las siguientes se relacionan con los contextos de acción.

3. *Discurso metateórico.* Sólo se admiten hablantes que tengan las mismas posibilidades de utilizar actos del habla representativos.

4. *Transformación sistemática del lenguaje.* Sólo se admiten en el discurso hablantes que tengan la posibilidad de usar actos del habla

²⁸² Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 126.

²⁸³ *Loc. Cit.*

regulativos; es decir, de ordenar y oponerse, de permitir o prohibir, entre otros.²⁸⁴

Dando cumplimiento a todas las exigencias anteriores se puede llegar a un consenso. En cambio, de no cumplirse con las mismas, nos encontraríamos ante un pseudoconsenso basado en el engaño.²⁸⁵

La situación ideal de diálogo nunca se llevará a efecto en su totalidad; se trata, simplemente, de una situación ideal. No obstante, estas exigencias son útiles puesto que son la base para las pretensiones de validez planteadas en el actuar cotidiano.²⁸⁶ En ese sentido, la situación ideal de diálogo de Habermas es una presunción, por lo cual se considera uno de los puntos débiles de su teoría.

5.6 Aspectos de Habermas destacados por Alexy

Alexy reconoce que la teoría de Habermas puede considerarse, a simple vista, como poco práctica para la moral cotidiana, o para las ciencias normativas tales como la jurisprudencia²⁸⁷. No obstante lo anterior, considera que existen varios aspectos que pueden ser rescatables. Destaca, por ejemplo, el hecho de reconocer que la teoría del discurso es una actividad orientada por reglas.

Otro aspecto rescatable es la noción de fundamentación en el discurso que va estrechamente ligado a cuestiones de necesidad. Los argumentos que justifiquen aspectos de *necesidad* en cuestiones concretas se encontrarán objetivamente mejor fundados.

En lo concerniente al consenso, Alexy reconoce la posibilidad de que en la práctica se presenten situaciones que no lleven esta cualidad.²⁸⁸ No obstante, la pretensión de corrección y la búsqueda de situaciones ideales de diálogo permiten una aproximación a un resultado justo. En materia jurídica, por ejemplo, las decisiones de

²⁸⁴ *Ibidem.*, p.126 y s.

²⁸⁵ *Ibidem.*, p. 128

²⁸⁶ *Ibidem.*, p.128 y s.

²⁸⁷ *Ibidem.*, p. 137.

²⁸⁸ *Ibidem.*, p. 141.

derecho nunca dejarán de ser discutibles. Para comprender algunos de estos puntos, Alexy abreviará en algunas otras teorías del discurso práctico.

6. LA ESCUELA DE ERLANGEN

La teoría que ahora nos ocupa es un intento de aplicación del método constructivista al campo de la ética.²⁸⁹ Para esta teoría, cada paso dentro de la ciencia debe estar establecido por reglas que sean seguras. Dando seguimiento a estos postulados, P. Lorenzen constituyó ciertas reglas para el diálogo en su famosa obra *Philosophie der Praxis*, escrita en 1969.

La pretensión básica de esta Escuela es construir con bases sólidas la ética, tomando como punto de partida la idea de que su fin es la eliminación pacífica de conflictos. En otras palabras: la ética tiene la misión de “establecer principios para la eliminación de conflictos a través del diálogo”²⁹⁰. Como señala Robert Alexy, “la idea de la racionalidad del fin constituye el fundamento de la ética constructivista”²⁹¹.

6.1 Principios de la ética constructiva

Para que la ética logre su finalidad de eliminación de conflictos, deben cumplirse dos principios: el de razón y el de moral,²⁹² como veremos a continuación.

6.1.1 Principio de razón

En el *principio de razón*, también denominado *de deliberación*, se pretende cumplir cabalmente con la exigencia de cumplimentar tres niveles de comunidad racional. El *primer nivel* busca asegurar el mismo

²⁸⁹ *Ibidem.*, p. 143.

²⁹⁰ Citado por Alexy, *Ibidem.*, p. 145.

²⁹¹ *Loc. Cit.*

²⁹² *Ibidem.*, p. 146.

uso de las palabras para el que habla y para el aludido.²⁹³ El *segundo nivel* se presenta cuando el interpelante acepta los enunciados que le exige aceptar el interpelado.²⁹⁴ Esta exigencia se refiere a la sinceridad y seriedad de la discusión. El *tercer nivel* exige que la comunidad de palabras y enunciados no quede limitada a los participantes en el discurso. “Es necesario que las palabras puedan enseñarse, y que los enunciados sean aceptables para cualquiera”²⁹⁵. Precisamente, se califica como racional aquel discurso que cumpla, principalmente, con las exigencias del tercer nivel.

Ahora bien, frente a estos niveles de comunidad racional existen, a su vez, tres niveles distintos de fundamentación. El primer nivel es la fundamentación de una acción mediante la indicación de un fin, el segundo es la fundamentación de un fin mediante la indicación de una norma y el tercero es la fundamentación de dicha norma.²⁹⁶

Para Alexy, el segundo nivel de fundamentación es trascendental para cumplir con el principio de razón en las deliberaciones prácticas. La Escuela de Erlagen denomina este principio como *el principio de la razón práctica* y tiene como virtud primordial el establecimiento de normas no sólo para un caso concreto, sino para casos de naturaleza similar.²⁹⁷

A pesar de cumplir con el principio de racionalidad, esto resulta insuficiente para conseguir el objetivo de la ética de eliminación de conflictos. Puede suceder que existan discursos racionalmente planteados pero incompatibles entre sí. Para resolver esta incompatibilidad se utiliza el principio de moral.

²⁹³ *Loc.Cit.*

²⁹⁴ *Ibidem.*, p. 148.

²⁹⁵ *Ibidem.*, p. 148 y s. Al final de cuentas, se trata del consenso habermasiano del que ya hemos dado cuenta.

²⁹⁶ *Ibidem.*, p. 149.

²⁹⁷ *Loc.Cit.*

6.1.2 Principio de moral

O. Schwemmer, miembro de la Escuela de Erlagen, en su *Philosophie der Praxis* formuló este principio de la siguiente forma: “¡Formemos conjuntamente [...] nuestro conocimiento y nuestra comprensión y, en su caso, nuestra voluntad!”²⁹⁸ En ésta, poco clara, percepción del principio moral se encuentra una exigencia de *tolerancia*, pero, ¿cómo lograr el acuerdo cuando nos encontramos ante discursos, racionalmente planteados, pero incompatibles entre sí? La respuesta no es sencilla, para avanzar en ella se tiene que ir a la base de la fundamentación de las normas utilizadas en el discurso.

Para resolver este problema, la Escuela de Erlagen sugiere utilizar una *base de interpretación*²⁹⁹ que tome en cuenta la génesis histórica de una norma. En ese sentido, deben considerarse las necesidades humanas caracterizadas culturalmente y el desarrollo de las normas elaboradas durante ese proceso. Para darle un toque de objetividad, esta corriente exige una comprobación empírica, tanto como sea posible, de esta *base de interpretación* y su aplicación a una sociedad determinada.³⁰⁰

Una vez hecho lo anterior, se procede a realizar una *crítica cultural*, en la cual se enjuicia el sistema normativo a partir de reflexionar si aquélla impide o exige el cumplimiento del principio de razón. Pero, ¿no nos confrontaríamos, bajo esta argumentación, a una circularidad, lo moral se origina en lo racional y lo racional en lo moral?

Para evitar esta circularidad, la Escuela de Erlagen actúa bajo lo que denomina como *génesis crítica* de un sistema normativo, que consiste en constatar en cada paso “si éste estaría justificado o no,

²⁹⁸ Citado por Alexy, *Ibidem.*, p. 151.

²⁹⁹ *Ibidem.*, p. 153.

³⁰⁰ Como puede apreciarse esta idea nos lleva a un relativismo moral si no es debidamente atemperada.

según el principio de deliberación y el principio moral, si se hubiera deliberado sobre el mismo”³⁰¹.

6.2 Puntos destacados por Alexy

Para Robert Alexy, la preocupación de la Escuela de Erlagen de entender el origen fáctico y crítico de un discurso tiene aspectos fructíferos utilizables en la argumentación jurídica. Para demostrar tal aserto menciona especialmente dos casos a guisa de ejemplo.

El primero de ellos se presenta cuando en sus inicios una norma resulta ser perfectamente razonable, pero ha modificado su sentido habida cuenta del cambio de las circunstancias reales.³⁰² En este caso, la evolución fáctica es un argumento más que suficiente para modificar una norma. Un ejemplo sería una norma jurídica creada para atender una determinada circunstancia, la cual se extingue, pero la norma sigue vigente y aplicándose a las personas.

El segundo caso se trata de normas que no se han producido bajo circunstancias racionales y, por ende, no habían sido aprobadas en una deliberación inicial.³⁰³ En este caso, la irracionalidad de la norma puede ser un argumento más que suficiente para que la norma no sea aplicada.

La característica de ambos casos consiste en que se fundamentan en el ámbito individual exclusivamente. Esta es, desde la perspectiva de Alexy, el principal problema de esta teoría. No se le puede negar la razón al maestro de Kiel. También una norma puede producirse bajo condiciones sociales irracionales o bajo condiciones irracionales de socialización individual. En ese sentido, concluye Alexy, siguiendo a Habermas: “Toda norma aducida en un discurso debe poder pasar una comprobación tanto de su génesis social como individual”³⁰⁴.

³⁰¹ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 153.

³⁰² *Ibidem.*, p. 154.

³⁰³ *Loc. Cit.*

³⁰⁴ *Ibidem.*, p. 155.

7. LA TEORÍA ARGUMENTATIVA DE CHAÏM PERELMAN

Chaïm Perelman ha pasado a la historia como uno de los clásicos de la filosofía y el derecho del siglo XX. Su trabajo ha llegado a ser comparado con la obra de Aristóteles y Cicerón. Toda proporción guardada, es indudable que la teoría de la argumentación de Chaïm Perelman ha influido en la mayoría de las teorías argumentativas, en particular, las referentes a la argumentación jurídica.

Lo esencial de su teoría ya se encontraba considerado en la teoría aristotélica, en concreto, en las obras del estagirita conocidas como *Tópicos*, *Retórica* y *Refutaciones Sofísticas*.³⁰⁵ Interesado por la lógica, Perelman estudia, en sus primeros años de estudiante, a Gottlob Frege. Sin embargo, los resultados lo dejan insatisfecho. No todos los razonamientos parten de hechos o premisas ciertas. Existen razonamientos lógicos que tienen como punto de partida lo plausible. Tratar de resolver problemas con estas nuevas condiciones llevaron a Perelman al estudio de la retórica clásica, en particular, como ya se ha señalado, a Aristóteles, Cicerón y Quintiliano.³⁰⁶

En esta búsqueda, desde la década del cincuenta, Perelman trató de mostrar cómo, además de la comprobación empírica y la deducción lógica, existe una serie de posibilidades para la argumentación y fundamentación racional. Este esfuerzo se verá coronado con la publicación del libro hecho con L. Olbrechts – Tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, publicado en 1958.³⁰⁷

Una vez hecho el *Tratado de la argumentación*, era necesario trabajar en su aplicación pragmática. Así, Perelman se preguntó: ¿Cuál es el principal campo del conocimiento humano que labora con verdades plausibles? Sin lugar a dudas, nuestro jurista pensó en el derecho como el campo propicio para aplicar su teoría. En 1976, Chaïm Perelman

³⁰⁵ Jesús González Bedoya en el Prólogo de Chaim Perelman, *Tratado de la argumentación.*, p. 24.

³⁰⁶ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 157.

³⁰⁷ Chaim Perelman, *Tratado de la argumentación. Op.Cit.*

incursiona en el ámbito jurídico con su obra *Logique Juridique. Nouvelle rhétorique*, editada en París.³⁰⁸ En este libro Perelman reconocerá las aportaciones de la denominada Escuela de Maguncia en Alemania, corriente iniciada por Theodor Viehweg en su *Tópica y jurisprudencia*³⁰⁹.

En su obra, Perelman llega a la conclusión de que los juicios de valor no pueden fundamentarse: ni mediante observaciones empíricas —exclusivamente— como hace el naturalismo, ni a través de evidencias de cualquier tipo, como hace el intuicionismo.³¹⁰ Nuestro jurista se percata de que, al menos, los principios básicos de cualquier sistema normativo son arbitrarios.³¹¹ En consecuencia, una primera aproximación a la resolución de la lógica argumentativa es lo que Perelman denomina ‘nueva retórica’.³¹²

Alexy piensa que la teoría de la argumentación de Perelman es útil para fundamentar una teoría de la argumentación práctica que pudiera justificar la posibilidad del uso práctico de la razón.³¹³ Para tal efecto, Alexy considera necesario analizar el sistema lógico de Perelman.

7.1 Una teoría lógica de la argumentación

Chaïm Perelman considera su teoría argumentativa en sentido amplio.³¹⁴ Es decir, la elabora como una teoría que complementa a la lógica formal, en vez de sustituirla.³¹⁵ Como señala Perelman:

La lógica formal moderna se ha constituido como el estudio de los medios de demostración empleados en las matemáticas. Pero, resulta que su campo está limitado, pues todo lo que ignoran los matemáticos es desconocido para la lógica formal. *Los lógicos*

³⁰⁸ Hay traducción al español, Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Trad. Luis Díez – Picazo, Madrid, Editorial Civitas, 1988, (Monografías) 250 pp.

³⁰⁹ *Vid.* Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, *Op.Cit.*

³¹⁰ *Vid. Infra*, el Capítulo I de esta Segunda Parte.

³¹¹ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 156.

³¹² *Vid.* Perelman, *Tratado de la argumentación*, pp. 35 a 41.

³¹³ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 157.

³¹⁴ *Loc.Cit.* y Perelman, *Tratado de la Argumentación, pasim*, p. 34 y 41.

³¹⁵ *Vid.* Chaim Perelman y L. Olbrechts – Tyteca, *La Nueva retórica*, Trad. Marie- Claire Fischer, México, Colofón, 1995, (Biblioteca Jurídica; Textos Vivos, Núm. 16), p. 43.

*deben completar con una teoría de la argumentación la teoría de la demostración así obtenida. Nosotros procuraremos construirla analizando los medios de prueba de los que se sirven las ciencias humanas, el derecho y la filosofía; examinaremos las argumentaciones presentadas por los publicistas en los periódicos, por los políticos en los discursos, por los abogados en los alegatos, por los jueces en los considerandos, por los filósofos en los tratados.*³¹⁶

Según Perelman, la teoría de la argumentación tiene la característica de ser una teoría lógica por las siguientes razones: primero, por analizar adecuadamente la estructura de los argumentos, conociendo sus aspectos de naturaleza formal; segundo, por poder expresar el valor de las distintas argumentaciones.³¹⁷ Alexy hace corresponder a cada una de las razones anteriores, dentro de la teoría de Perelman, una parte analítica y una parte normativa, respectivamente.³¹⁸

Siguiendo estos lineamientos, Perelman pretende crear una lógica que sea útil para tomar una decisión o una solución razonable; es decir, que implique el uso práctico de la razón.³¹⁹ Una vez más, le damos la voz a Perelman:

Para elaborar una lógica de ese tipo he creído que lo mejor era inspirarme en el método utilizado por el célebre lógico Gottlob Frege, para renovar la lógica formal. Partiendo de la idea de que en las deducciones matemáticas se encuentran las mejores muestras de un razonamiento lógico, Frege ha analizado las técnicas de prueba para separar los procedimientos de aquellos que no se contentan con recurrir a la intuición y a la evidencia y tratar de demostrar sus teoremas de una manera rigurosa. *¿No podría hacerse un análisis analógico, partiendo de los razonamientos en los cuales están implicados los valores y*

³¹⁶ El subrayado es mío, Vid. Perelman, *Tratado de la argumentación*, p. 41; así como Perelman, *La nueva retórica*, p.43.

³¹⁷ Perelman, *Tratado de la argumentación*, Loc.Cit.

³¹⁸ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 158.

³¹⁹ Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 135.

*consiguiendo de este modo destilar lo que se podría llamar una lógica de los juicios de valor?*³²⁰

Estos son los principales argumentos que Perelman menciona para considerar su teoría como una teoría lógica. Eso sí, con una lógica distinta a la que, como hemos visto, denomina *nueva retórica*.

Por otro lado, para que se presente esa nueva retórica dentro de toda argumentación es necesario considerar la función que desarrolla todo auditorio.³²¹

7.2 Argumentación como función del auditorio

Chaïm Perelman define al auditorio, desde el punto de vista retórico, como “el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación”³²². Para que el orador pueda cumplir con su objetivo es necesario que piense, de forma más o menos consciente, en aquellos a los que trata de persuadir y que configuran su auditorio.³²³

Para que el orador logre la adhesión del auditorio a su discurso, debe adaptar éste al auditorio. Por ello, el conocimiento previo del auditorio es un requisito fundamental en la retórica.³²⁴ De esta forma, el orador debe adaptarse al auditorio. Señala Perelman: “En la argumentación, lo importante no está en saber lo que el mismo orador considera verdadero o convincente, sino cuál es la opinión de aquellos a los que va dirigida la argumentación”³²⁵; así, la argumentación es una función del auditorio.³²⁶

³²⁰ El subrayado es mío. *Ibidem.*, p. 135 y s.

³²¹ Perelman, *Nueva retórica*, p. 37.

³²² Perelman, *Tratado de la argumentación*, p. 55.

³²³ *Loc. Cit.*

³²⁴ *Ibidem.*, p. 56 y Alexy, *Teoría de la argumentación..*, p. 158.

³²⁵ Perelman, *Tratado de la argumentación*, p. 61.

³²⁶ Alexy, *Teoría de la argumentación*, p. 159.

7.3 Demostración y argumentación

Puesto que el pensamiento axiomático no se preocupa por los contenidos, es duramente criticado por Perelman. En este tipo de razonamiento basta con que se cumpla con las reglas de un sistema deductivo previamente establecido. Sin embargo, Perelman considera que, cuando se trata de argumentar para conseguir la adhesión de un auditorio en lo particular, es necesario conocer sus condiciones psíquicas o sociales, porque: “Toda argumentación pretende la adhesión de los individuos y, por tanto, supone la existencia de un contacto intelectual”³²⁷.

Para que el contacto intelectual sea posible se requiere de la existencia de un lenguaje común y de una técnica que permita una adecuada comunicación,³²⁸ como requisitos mínimos para que esto sea posible. Para ejemplificar su aserto, Perelman toma la novela de Lewis Carroll, *Alicia en el País de las Maravillas*: “Los seres de ese país comprenden más o menos el lenguaje de Alicia. Pero, para ella, el problema reside en entrar en contacto con ellos, en iniciar una discusión; pues, en el mundo de las maravillas no hay ningún motivo para que las discusiones comiencen. No se sabe porque uno se dirige al otro”³²⁹.

Para que la demostración funcione no se necesita únicamente que cumpla con los requisitos que le requiera el sistema, es necesario, además, lograr el acuerdo del auditorio.³³⁰ De esta manera, la vinculación entre las premisas y la conclusión requiere, forzosamente, de la adhesión del auditorio.³³¹ Para que la argumentación no pierda calidad, el orador debe fijarse a quién se dirige, ya que:

³²⁷ Perelman, *Tratado de la argumentación*, p. 47 y s.

³²⁸ *Ibidem.*, p.49.

³²⁹ *Loc.Cit.*

³³⁰ Afirmación similar a la utilizada por Nicolai Hartman al unir el pensamiento sistemático con el problemático. Sobre el particular, véase el estudio introductorio de Eduardo García de Enterría en Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, pp. 13 y ss.

³³¹ Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 160.

(...) no hay que discutir con todo el mundo, ni hay que ejercitarse frente a un individuo cualquiera. Pues, frente a algunos, los argumentos se tornan necesariamente viciados: en efecto, contra el que intenta por todos los medios parecer que evita el encuentro, es justo intentar por todos los medios probar algo por razonamiento, pero no es elegante.³³²

No cabe la menor duda de que las ideas de Perelman resultan completamente aplicables al derecho. Cuando el juez emite una sentencia, sus considerandos no van dirigidos a cualquier auditorio, sino en concreto al que configuran los juristas. Solo a ellos puede convencer o no la fundamentación y argumentos que el juzgador esgrima. El derecho no podría funcionar aplicando un sistema meramente axiomático.³³³ La naturaleza problemática del derecho y su constante evolución no lo permiten.

Alexy coincide con Perelman. También la demostración que no tiene fundamento en el pensamiento axiomático puede ser racionalizable. Esto puede hacerse a través de lograr la adhesión del auditorio atendiendo a sus características. Para comprender esta afirmación, resulta importante analizar otro de los conceptos fundamentales en la teoría de la *Nueva Retórica*, me refiero a la noción de auditorio universal.

7.4 *El auditorio universal*

Para darle entrada a la noción de *auditorio universal*, Perelman reconoce que toda argumentación que esté sólo encaminada a convencer a un auditorio determinado, por ejemplo a los juristas, ofrece un importante inconveniente: el orador, al adaptarse a las opiniones de los oyentes, se expone a basarse en tesis que resulten extrañas u opuestas a otro tipo de personas.³³⁴ La única manera de evitar este inconveniente es

³³² Aristóteles, *Tópicos*, 164 b.

³³³ Desafortunadamente así lo creen la mayoría de las teorías positivistas.

³³⁴ Perelman, *Tratado de la argumentación*, p. 71.

elaborando argumentos que convengan a un mayor número de oyentes. Es más, intentar que toda persona acepte, racionalmente, el discurso.

El orador buscará así la aprobación unánime de su discurso, tratando de alcanzar el *acuerdo del auditorio universal*.³³⁵ Para Perelman, ésta es una de las pretensiones de los filósofos, no porque esperen conseguir el consentimiento efectivo de todos los hombres, sino porque consideran que todos aquellos que comprendan sus razones no tendrán más remedio que aceptar sus conclusiones.³³⁶

Concluye Perelman:

Por tanto, *el acuerdo de un auditorio universal no es una cuestión de hecho, sino de derecho*. Porque se afirma lo que es conforme a un hecho objetivo, lo que constituye una aserción verdadera e incluso necesaria, se cuenta con la adhesión de quienes se someten a los datos de la experiencia o a las luces de la razón.³³⁷

A partir de estas afirmaciones, Perelman otorga validez a los argumentos. Posee más valor el discurso que convenga a un auditorio universal que el discurso que logre adhesión de un auditorio determinado. Para Alexy, el principal problema de esta afirmación es que el acuerdo de todos no puede lograrse nunca.³³⁸

En mi opinión, Perelman sólo establece el supuesto del auditorio universal como una meta *ideal* para cualquier discurso. Los argumentos deben estructurarse de tal forma que no sólo convengan a nuestro auditorio primario, sino a todas las personas que comprendan racionalmente nuestro discurso.

De ninguna forma el auditorio universal se refiere a todos los hombres, sino sólo a la “humanidad ilustrada”³³⁹. Robert Alexy comenta que, en este caso, se presenta una dificultad más: ¿Qué entiende

³³⁵ *Ibidem.*, p. 72.

³³⁶ *Loc.Cit.*

³³⁷ *Loc.Cit.*

³³⁸ Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 161.

³³⁹ *Ibidem.*, p. 162.

Perelman por “ilustrada” y “racional”?³⁴⁰ El propio Alexy sostiene que, para ser congruentes con la teoría que nos ocupa, son ilustradas y racionales las personas que puedan entrar en el juego de la argumentación, por lo cual “el auditorio universal puede, por ello, determinarse como la totalidad de los hombres en el estado en que se encontrarían si hubieran desarrollado sus capacidades argumentativas”³⁴¹; lo que resulta similar a la situación ideal de diálogo sugerida por la teoría de Habermas. Como señala Alexy: “Lo que en Perelman es el acuerdo del auditorio universal, es en Habermas el consenso alcanzado bajo condiciones ideales”³⁴².

Para Robert Alexy, lo anterior puede mostrarnos que la expresión *auditorio universal* tiene para Perelman cuando menos dos significados no excluyentes sino complementarios: el auditorio que un individuo o una sociedad se representan como característico; y, el conjunto de todos los hombres como seres que argumentan.³⁴³

7.5 *Persuadir y convencer*

Sobre el tema, Perelman dice: “Nosotros nos proponemos llamar *persuasiva* a la argumentación que sólo pretende servir para un auditorio particular, y denominar *convinciente* a la que se supone que obtiene la adhesión de todo ente de razón. El matiz es mínimo y depende, esencialmente, de la idea de que el orador se forma de la encarnación de la razón”³⁴⁴.

Perelman comenta que, generalmente, en la práctica, no se efectúa esta distinción.³⁴⁵ Sin embargo, la diferencia cobra una nueva dimensión cuando se la relaciona con los argumentos eficaces y válidos. Una argumentación es eficaz cuando consigue aumentar la intensidad de adhesión en los oyentes, de manera tal que lleven a cabo la acción

³⁴⁰ *Loc. Cit.*

³⁴¹ *Ibidem.*, p. 163.

³⁴² *Loc. Cit.*

³⁴³ *Loc. Cit.*

³⁴⁴ Perelman, *Tratado de la argumentación*, p. 67.

³⁴⁵ *Ibidem.*, p. 69.

prevista o, al menos, se genere una predisposición que se manifieste en el momento oportuno.³⁴⁶

Los argumentos válidos son aquellos que pueden ser aplicables tanto a un contexto argumentativo determinado como al auditorio universal.³⁴⁷

Apunta Alexy: “Quien busca sólo el acuerdo de un auditorio particular trata de persuadir; quien se esfuerza por lograr el auditorio universal busca convencer”³⁴⁸. Si bien los límites entre una cuestión y otra no son claros ni precisos, Perelman considera necesario mantener la distinción para comprender, y aproximarse a, la fuerza de los argumentos utilizados en el discurso, así como su alcance.³⁴⁹ Estos aspectos serán retomados por Alexy en su teoría argumentativa.

7.6 *La estructura de la argumentación*

En lo que concierne a la estructura argumentativa perelmaniana es importante distinguir entre premisas y técnicas de la argumentación. Las primeras se aceptan como punto de partida de los razonamientos; las segundas, a la forma en que se desarrollan, a través de un conjunto de procedimientos de enlace y disociación³⁵⁰. Cabe señalar que en ambos casos se requiere de la aprobación del auditorio³⁵¹.

Para que las premisas le sirvan como punto de partida a la argumentación, se requiere lograr un punto de acuerdo. Para tales efectos, Perelman agrupa a los acuerdos en dos categorías. La primera, referente a lo *real*, comprende los hechos, las verdades y las

³⁴⁶ *Ibidem.*, p. 91.

³⁴⁷ *Ibidem.*, p. 92.

³⁴⁸ Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 164.

³⁴⁹ Perelman, *Tratado de la argumentación*, p. 70.

³⁵⁰ *Ibidem.*, p. 119.

³⁵¹ *Loc. Cit.*

presunciones; la segunda, referente a lo *preferible*, abarca los valores, las jerarquías³⁵² y los lugares³⁵³ de lo preferible.³⁵⁴

Esta primera aproximación a la estructura de la argumentación resulta importante, puesto que, en principio, sólo las premisas que se refieren a lo real tienen pretensión de validez frente a un auditorio universal; en cambio, los valores, las jerarquías y los tópicos sólo pueden encontrar reconocimiento en auditorios particulares: si bien ésta era la postura original de Perelman en su *Tratado*,³⁵⁵ cambiará en un trabajo posterior³⁵⁶ en el que considera que los aspectos plausibles también pueden lograr el consenso de un auditorio universal.

En lo referente a las técnicas de argumentación, Perelman, analiza las distintas formas de argumento, la interacción entre ellas y su estructura. Bajo esta lógica existen, para la *Nueva Retórica*, dos tipos generales de argumento: los que sirven para la asociación y los útiles para la disociación. Se entiende por asociación: la unión de elementos distintos que permita establecer una solidaridad entre ellos;³⁵⁷ la disociación, en cambio, es un proceso de ruptura que separa elementos unidos a un todo con miras a su respectivo análisis.³⁵⁸

En Perelman hay tres tipos de argumentos asociativos: los cuasilógicos, los que se basan en la estructura de lo real y los que se fundamentan en esa misma estructura. Los primeros se aproximan al pensamiento formal, los segundos se presentan conforme a la naturaleza de las cosas y los terceros toman en cuenta situaciones particulares. Como ejemplo de esto último se encuentra la analogía.³⁵⁹

³⁵² Las jerarquías implican relaciones de prioridad. Perelman ejemplifica con la superioridad de los hombres sobre los animales, o de los dioses sobre los hombres. Perelman, *Tratado de la argumentación*., p. 139.

³⁵³ O tópicos, como los denomina Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, pp. 53 y ss.

³⁵⁴ Perelman, *Tratado de la argumentación*, p. 120.

³⁵⁵ *Ibidem.*, p.139.

³⁵⁶ *Fün Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, citado por Alexy, *Teoría de la argumentación*.,p. 165.

³⁵⁷ Perelman, *Tratado de la argumentación*, p. 299.

³⁵⁸ *Ibidem.*,p. 299 y s.

³⁵⁹ *Ibidem.*, p. 301.

Perelman reconoce que esta sistematización de forma implica que los tipos de argumentos se presenten de forma aislada. Los razonamientos pueden implicar, en la realidad, los distintos tipos de argumentos. Es más, “podemos considerar que algunos argumentos pertenecen tanto a uno como a otro de estos grupos de esquemas”³⁶⁰.

Finalmente, en la disociación no sólo se divide lo que se encuentra en una unidad, también se modifican los argumentos por medio de nuevas subdivisiones. Esta técnica posibilita la búsqueda de nuevas soluciones. Perelman utiliza como principal problema en la disociación la pareja “apariencia–realidad”³⁶¹. Tomemos el siguiente ejemplo: “El palo, hundido parcialmente en el agua, parece que está doblado cuando lo miramos, y recto, cuando lo tocamos; pero, en *realidad*, no puede estar doblado y recto al mismo tiempo”³⁶². Hasta aquí Perelman.

7.7 Algunos comentarios de Alexy

Para Robert Alexy el principal problema de la teoría de la *Nueva retórica* es que renunció a utilizar el instrumental de la filosofía analítica, lo que afecta su análisis de las premisas y las técnicas de argumentación. Como ejemplo de ello señala: “Las interesantes observaciones de Perelman sobre la analogía, para nombrar sólo un ejemplo, podrían haberse proseguido considerablemente recurriendo a la lógica moderna”³⁶³. Precisamente, la teoría argumentativa de Robert Alexy buscará, como veremos, aplicar los avances de la filosofía analítica.

No obstante, Alexy no deja de reconocer la importancia de Perelman al indicar que en las argumentaciones no se trata de realizar inferencias precisas, como en la matemática, sino de utilizar diversos instrumentos lingüísticos para convencer a los interlocutores,³⁶⁴ sin que esto quiera decir que se prescinda de la lógica, ya que, como señala el

³⁶⁰ *Ibidem.*, p. 302.

³⁶¹ *Ibidem.*, p. 633.

³⁶² *Loc. Cit.*

³⁶³ Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 167.

³⁶⁴ *Loc. Cit.*

jurista de Kiel, todo análisis argumentativo debe iniciar con la revisión lógica de su estructura. Sobre el resto de la teoría de Perelman no tiene observación alguna.

8. RACIONALIDAD DE LOS DISCURSOS PRÁCTICOS

Todas las teorías revisadas en el presente capítulo son importantes para Robert Alexy por una causa: demuestran la racionalidad que tienen los discursos prácticos. En consecuencia, el derecho como parte del discurso práctico puede ser racionalizable.

Dentro de los conceptos que ayudan a esta racionalidad de la argumentación, Alexy se quedará con varios: auditorios universales y particulares, generabilidad, imparcialidad de los argumentos, contextos históricos y sociales, consenso fundamentado, acuerdo, tolerancia, por mencionar algunos de ellos.

No obstante lo anterior, Alexy reconoce que los criterios para la racionalización de la argumentación aún son débiles.³⁶⁵ Lo que da fuerza a esto, examina, es el *principio de inercia* reconocido por Perelman. Según este principio, “una idea que haya sido aceptada una vez, no puede rechazarse sin un motivo suficiente”³⁶⁶. Esto constituye, para el propio Perelman, el fundamento de la estabilidad de nuestra vida intelectual y social.³⁶⁷ Aplicado a la ciencia jurídica, esto se conoce como la apelación al precedente y a las normas aceptadas; aunque de ninguna forma significa que lo existente deba permanecer invariable, simplemente lo que este principio enuncia es que para abandonar o cambiar un argumento debe haber razones suficientes para hacerlo.³⁶⁸

De las teorías éticas y procedimentales aquí estudiadas, Alexy rescata cinco principios de racionalidad práctica, indispensables en la

³⁶⁵ *Ibidem.*, p. 170.

³⁶⁶ *Loc. Cit.*

³⁶⁷ *Loc. Cit.*

³⁶⁸ Aquí veo una posición similar a la de Karl Popper en su *Lógica de la Investigación Científica*, Trad. Víctor Sánchez Anaya, Madrid, Técnos, 1990, (Col. Estructura y función), pp. 89-106.

argumentación, a saber: consistencia, eficiencia, coherencia, universalidad y sinceridad.³⁶⁹ Estos principios siempre estarán presentes a lo largo de toda la propuesta argumentativa de Alexy. No obstante, para Alexander Peczenik esta lista es redundante. Según su punto de vista lo importante es determinar la racionalidad mínima, entendida como una:

[...] práctica que satisface la exigencia de consistencia lógica y está orientada hacia la combinación óptima de dos ideas regulativas: la idea de que uno debería ser capaz de expresar con generalidad tanto la descripción como la evaluación y la idea de que tanto la descripción como la evaluación deben ser apoyadas por razones.³⁷⁰

³⁶⁹ Sobre la importancia de estos principios en la ulterior teoría de la argumentación jurídica de Alexy, Cfr. Mario Ruiz Sanz, “El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior – Universidad de Zaragoza, 1994, Nueva Época, Tomo XI, p. 350.

³⁷⁰ Aleksander Peczenik, *Grundlagen der juristischen argumentation*, pp. 167 y ss. Citado por Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, (Col. El Derecho y la Justicia; Núm. 21) p. 253.

CAPÍTULO III

TEORÍA DEL DISCURSO PRÁCTICO DESDE LA CONSIDERACIÓN ARGUMENTATIVA DE ROBERT ALEXY

Una vez que Robert Alexy ha estudiado diversas teorías en torno al discurso práctico racional general, retoma lo que considera valioso y establece las bases de su teoría del discurso. Por esa razón, este capítulo resultaría incomprensible si no se tomara en cuenta lo analizado en los dos capítulos anteriores.

1. FUNDAMENTACIÓN DE PROPOSICIONES NORMATIVAS

Para abordar el problema de la fundamentación de proposiciones normativas, Alexy reconoce que éstas no pueden examinarse según el método de las ciencias empíricas o utilizando apreciaciones psicológicas o sociológicas.³⁷¹

A los juicios de valor y de deber se les une una pretensión de corrección y, si son cuestionados, se puede llevar a cabo una discusión sobre su justificación.³⁷² Dentro de la discusión el resultado dependerá de si existen o no reglas previamente establecidas.

Precisamente, para racionalizar la fundamentación de proposiciones normativas, Alexy considera necesario establecer reglas de discusión racional;³⁷³ de otra forma la justificación podría caer en controversias interminables. Las reglas pueden referirse tanto a las

³⁷¹ Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 175.

³⁷² *Ibidem.*, p. 176.

³⁷³ *Ibidem.*, p. 177.

proposiciones como a los participantes en el discurso. Por esa razón, Alexy las denomina “reglas pragmáticas”³⁷⁴.

El hecho de que un discurso normativo sea regido por reglas es lo que da el carácter de racional al mismo. Eso no significa, de modo alguno, que el simple establecimiento de las mismas garantice una certeza en el resultado. Tan sólo se cuenta con una pretensión, como ya se ha señalado. En este punto, Alexy establece: “La racionalidad, por consiguiente, no puede equipararse con la certeza absoluta. En esto consiste la idea fundamental de la teoría del discurso práctico racional”³⁷⁵.

Es así como los problemas de fundamentación de los discursos prácticos pueden abordarse adecuadamente con el establecimiento de reglas. Alexy ejemplifica con el derecho, ya que se trata de un caso especial del discurso práctico general que tiene lugar bajo ciertas reglas limitadoras, como la ley, la dogmática o los precedentes judiciales.³⁷⁶

2. TEORÍAS DEL DISCURSO POSIBLES

Alexy considera que las teorías del discurso pueden ser de tres tipos: empíricas, analíticas y/o normativas. Es empírica cuando en ella “se describen y explican la correlación entre determinados grupos de hablantes y el empleo de determinados argumentos, el efecto de los argumentos o las concepciones predominantes, en determinados grupos sobre la validez de los argumentos”³⁷⁷. Es analítica cuando estudia la estructura lógica de los argumentos realmente utilizados y de los posibles. Finalmente, es normativa cuando se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso.³⁷⁸

³⁷⁴ *Loc. Cit.*

³⁷⁵ *Loc. Cit.*

³⁷⁶ *Loc. Cit.*

³⁷⁷ *Ibidem.*, p. 178.

³⁷⁸ *Loc. Cit.*

Entre estos tres tipos de teorías del discurso se presentan distintos tipos de relaciones. Tanto las teorías analíticas como las normativas presuponen el examen de la estructura lógica de los argumentos. Más problemática resulta la relación entre las teorías empíricas y las normativas. A las primeras, les corresponde describir las reglas consideradas como válidas por individuos tomados en cuenta en su individualidad; sin embargo, esta descripción no es suficiente para fundamentar las reglas. Para estos efectos requiere de una teoría de naturaleza normativa.³⁷⁹

La diferenciación hecha por Alexy resulta fundamental para comprender que los discursos generalmente no se presentan en un contexto aislado. En la realidad, un discurso de naturaleza normativa puede tocar realidades empíricas regidas por reglas distintas. La teoría del discurso práctico es de una gran complejidad. Para comprenderla, es necesario que se analice, como lo hace Alexy, la fundamentación de las reglas del discurso.

3. FUNDAMENTACIÓN DE LAS REGLAS DEL DISCURSO

Como la teoría del discurso racional es una teoría normativa, se plantea el problema de la fundamentación de las reglas del discurso racional. Para resolver este problema, Alexy sugiere, antes del establecimiento de reglas, determinar la forma en que se encuentran las reglas del discurso. Propone esta vía para no encerrarse en un círculo vicioso: para que existan ciertas reglas se requieren de otras que previamente las reconozcan, llegando a normas de un segundo o tercer nivel. En esta búsqueda de la fundamentación de las reglas del discurso racional, Alexy sigue cuatro vías.

³⁷⁹ *Loc.Cit.*

3.1 Reglas técnicas

Se consideran reglas técnicas las que prescriben los medios para conseguir determinados fines.³⁸⁰ La fundamentación que tienen como punto de partida estas reglas se denomina *técnica*.³⁸¹ Alexy comenta que contra este tipo de fundamentación se exponen dos objeciones. La primera consiste en la fundamentación del fin mismo: ¿qué reglas deben aplicarse en esta tarea si es el fin el que debe justificar *todas* ellas?³⁸² La segunda objeción radica en que un fin que pueda ser la base de *todas* las reglas de un discurso puede caer en dos problemas: o bien, ser tan general que normas incompatibles entre sí puedan ser propuestas (por ejemplo: la seguridad jurídica), o bien, “el estado de cosas señalado como fin es definido ya por el cumplimiento de estas normas”³⁸³ (como ejemplo de esta última objeción se encuentra la justicia, ya que puede existir, por un lado, como fin, y, por otro, en las reglas para ser alcanzada. Simplemente, lo justo es lo que se produce o descubre mediante ciertas reglas. Un ejemplo es “dar a cada quién lo que le pertenece”).

Este par de objeciones es válido, aunque no por ello Alexy deja de reconocerle valor a la fundamentación técnica, ya que puede resultar útil para la justificación de reglas concretas a través de fines delimitados—independientemente de que éstas tengan que ser a su vez fundamentadas—. Como ejemplo de reglas técnicas en el derecho, pueden mencionarse las reglas de interpretación que privilegian la literalidad normativa. Estas reglas son útiles siempre y cuando resuelvan cuestiones jurídicas que carezcan de complejidad.³⁸⁴

³⁸⁰ *Loc.Cit.*

³⁸¹ *Loc.Cit.*

³⁸² El subrayado es mío. *Ibidem.*, p. 179.

³⁸³ *Loc.Cit.*

³⁸⁴ Reconozco lo complejo del término casos difíciles en la teoría jurídica contemporánea, al referirse básicamente a las ocasiones en que al no existir una regla clara el juez tiene que actuar con cierto grado de discrecionalidad. Sobre el particular, véase por ejemplo Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Trad. Marta Gustavino, Barcelona, Planeta – De Agostini, 1993, (Col. Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo, Núm. 40), p. 146.

3.2 Reglas de hecho

Las reglas de esta naturaleza se aplican cuando rigen de hecho una determinada circunstancia. A una fundamentación basada en este tipo de reglas se le denomina *empírica*.³⁸⁵ Su principal réplica es la constatación de que si bien se trate de una norma que rija en los hechos, tenga, así mismo, la característica de ser racional. Por otra parte, el que una regla se aplique fácticamente no significa que no exista oposición por otra regla de la misma naturaleza. Además, la misma regla puede ser opuesta a una praxis existente.³⁸⁶

Una forma de evitar los problemas anteriores es acudir directamente a la praxis para confrontar si la regla aún resulta aplicable. Como señala Alexy, que se aplique una norma en los hechos no significa necesariamente que sea la mejor.³⁸⁷ Por estas razones, concluye: “Una fundamentación empírica en el sentido que se ha indicado es por ello siempre sólo provisional, dependiendo de las correcciones mediante otros modos de fundamentación”³⁸⁸.

3.3 Reglas definatorias

Este sistema de reglas define un determinado juego del lenguaje y propone la aceptación de un sistema a partir del cumplimiento de las mismas. A la fundamentación basada en este tipo de reglas, Alexy la denomina como *definitoria*.³⁸⁹

El principal problema que presenta un sistema de fundamentación de esta naturaleza es que no admite más razones que las establecidas en el propio sistema.³⁹⁰ Esto hace que la fundamentación resulte limitada ante la conceptualización previamente

³⁸⁵ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 180.

³⁸⁶ *Loc.Cit.*

³⁸⁷ *Ibidem.*, p. 181.

³⁸⁸ *Loc.Cit.*

³⁸⁹ *Loc.Cit.*

³⁹⁰ *Ibidem.*, p.182.

establecida. Esta situación también se presenta en la forma de razonamiento conocida como sistemática, la cual no permite la aplicación de elementos que no se encuentran dentro del sistema.³⁹¹

El problema anterior también provoca la prácticamente nula renovación de un sistema de fundamentación de esta naturaleza; en efecto, no pueden aparecer definiciones nuevas o cambiar las anteriores. Es necesario, en esta tesitura, respetar hasta las últimas consecuencias las definiciones que hayan sido previamente establecidas.

La única virtud de una definición definitoria, según Alexy, es que “permite la construcción de sistemas de reglas completamente nuevos”³⁹².

3.4 Reglas de comunicación lingüística

A la fundamentación que tiene como base el uso de reglas de la comunicación lingüística se le denomina *pragmático-universal*.³⁹³ Tiene ese nombre ya que en la elaboración de reglas de este tipo inciden tanto aspectos lógicos como empíricos.

La fundamentación *pragmático-universal* pretende mostrar que la validez de determinadas reglas es constitutiva de la posibilidad de determinados actos del habla y “que no podemos renunciar a estos actos de habla sin abandonar formas de comportamiento que consideramos como específicamente humanas”³⁹⁴. A estos, Habermas los denomina: “presupuestos generales e ineludibles de posibles procesos de comunicación”³⁹⁵.

Los principales problemas que enfrenta este tipo de reglas son de definición. En efecto, cómo precisar cuando se trate de presupuestos generales e ineludibles; qué reglas constituyen un determinado tipo de actos del habla; y, peor aún, qué actos del habla son necesarios para las

³⁹¹ Vid. Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, p. 51 y s.

³⁹² Alexy, *Teoría de la Argumentación...*, p. 182.

³⁹³ *Loc. Cit.*

³⁹⁴ *Ibidem.*, p. 182 y s.

³⁹⁵ *Loc. Cit.*

formas de comportamiento específicamente humanas.³⁹⁶ Esta compleja problemática hace que el tipo de reglas anteriormente señalado sea útil para, relativamente, pocas reglas fundamentales.³⁹⁷

3.5 Reflexiones de Robert Alexy sobre la fundamentación

Alexy considera que existen más métodos para la fundamentación del discurso racional. No obstante, regresando a las reglas ya mencionadas estas tienen importantes puntos débiles puesto que:

En la fundamentación técnica debe presuponerse fines no justificados. Además, existe siempre el peligro de que los fines sean demasiado abstractos. O que contengan ya las reglas a fundamentar. El método empírico toma la praxis existente como medida de lo racional; el definitorio es, en fin de cuentas, arbitrario; y el pragmático – universal sirve, en el mejor de los casos, para fundamentar pocas reglas fundamentales.³⁹⁸

No obstante lo anterior, Alexy señala que por algo este tipo de reglas ha prevalecido. Esto, de ninguna forma, significa que sean racionales,³⁹⁹ simplemente no han sido criticadas de manera contundente. Para el profesor de Kiel, en consecuencia, debe dejarse a los participantes en el discurso la aplicación particular de cada tipo de reglas.⁴⁰⁰

Finalmente, concluye: “El que no se proceda sólo mediante reglas fundamentadas no es irrazonable. Puesto que tal cosa no es posible, y dado que es razonable empezar de alguna manera la discusión, es también razonable empezarla sobre la base de reglas no justificadas”⁴⁰¹.

³⁹⁶ *Ibidem.*, p. 183.

³⁹⁷ *Loc. Cit.*

³⁹⁸ *Loc. Cit.*

³⁹⁹ *Ibidem.*, p. 184.

⁴⁰⁰ *Loc. Cit.*

⁴⁰¹ *Loc. Cit.*

4. REGLAS Y FORMAS DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL

Sobre el particular, leamos a Alexy:

Las reglas que definen el discurso práctico racional son de distinto tipo. Hay reglas que sólo rigen en el discurso práctico y reglas que rigen también en otros juegos del lenguaje. Existen obligaciones, prohibiciones y permisiones. Algunas reglas exigen cumplimiento estricto, y otras contienen exigencias que sólo pueden cumplirse en forma aproximada.⁴⁰² Además, hay reglas que regulan el comportamiento dentro del discurso práctico, y reglas que determinan el paso a otras formas de discurso. Finalmente, las formas de argumentos deben distinguirse de las reglas del discurso.⁴⁰³

Con base en lo anterior, Alexy enuncia las reglas y formas que a su consideración pueden rescatarse de las diversas teorías éticas y del discurso práctico racional. No escapa a su consideración el hecho de que se trata de una enunciación incompleta. Por ello, sugiere que si algún día pudiese perfeccionarse el listado podría elaborarse algo así como un *código de la razón práctica*.⁴⁰⁴ Pero mientras esto es teóricamente posible, analicemos las reglas y formas enunciadas por Alexy.

4.1 Reglas fundamentales

Este primer grupo de reglas se presenta en los discursos que tratan sobre la verdad o la corrección. Sin su existencia, es imposible siquiera entablar cualquier tipo de comunicación.

⁴⁰² Esta diferenciación va a ser útil en la teoría de Alexy cuando distinga entre Reglas y Principios. Sobre el particular, *Vid.* Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p.

⁴⁰³ Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 184.

⁴⁰⁴ *Ibidem.*, p. 185.

1. *Ningún hablante puede contradecirse.* Esta regla da cumplimiento a uno de los requisitos mínimos de la lógica, tanto clásica como deóntica.⁴⁰⁵

2. *Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.* Con esta regla se asegura la sinceridad de la discusión y es constitutiva para toda comunicación de naturaleza lingüística.⁴⁰⁶

3. *Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes.* Es la exigencia de congruencia. Se refiere al uso de expresiones por un hablante. Esta regla, aplicada a expresiones valorativas, adquiere la siguiente forma: *Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.*⁴⁰⁷

4. *Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.* Una vez más, el principio de congruencia. Sin embargo, ahora dirigido a distintos hablantes. Esta regla exige “una comunidad de uso del lenguaje”⁴⁰⁸.

4.2 Reglas de razón

“En los discursos prácticos se trata de la justificación de la aserción de enunciados normativos”⁴⁰⁹. Es evidente que un discurso práctico sin aserciones no es posible. El hablante, cuando afirma algo, no solo cree en lo que dice, sino también lo considera fundamentable; es decir, que es verdadero y correcto. En este ejercicio del habla rige la siguiente regla: “Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que

⁴⁰⁵ *Ibidem.*, p. 186.

⁴⁰⁶ *Loc. Cit.*

⁴⁰⁷ *Ibidem.*, p. 187.

⁴⁰⁸ *Loc. Cit.*

⁴⁰⁹ *Ibidem.*, p. 187 y s.

afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación”⁴¹⁰.

Alexy denomina la regla anterior como la “regla general de fundamentación”⁴¹¹. De esta regla se desprenden tres más, mismas que corresponden a la situación ideal de diálogo sugerida por Habermas.⁴¹²

La primera regla se refiere a la admisión en el discurso y puede enunciarse de la siguiente manera: *Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.*⁴¹³

La segunda regla se refiere a la libertad de discusión y se subdivide en tres sugerencias:

- i) *Todos pueden problematizar cualquier asección.*
- ii) *Todos pueden introducir cualquier asección al discurso.*
- iii) *Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.*⁴¹⁴

La tercera regla tiene la función de proteger el discurso de la cohesión y puede enunciarse así: *A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en las reglas anteriores, mediante la coherción interna o externa al discurso.*⁴¹⁵

Alexy señala que podría cuestionarse si esta última regla es realmente una regla del discurso racional, o simplemente se trata de una condición para que ésta se lleve a cabo.⁴¹⁶ No obstante, sigue considerando que se trata de una regla por la importancia que representa. Por otra parte, aclara que el cumplimiento de estas reglas nunca será total, sino únicamente de forma aproximada⁴¹⁷ y que, además, existe la posibilidad de equivocarse en su cumplimiento.

⁴¹⁰ *Ibidem.*, p. 188.

⁴¹¹ *Ibidem.*, p. 189.

⁴¹² *Vid. Supra*, Cap. II, Numeral 6.

⁴¹³ Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 189.

⁴¹⁴ *Loc. Cit.*

⁴¹⁵ *Loc. Cit.*

⁴¹⁶ *Loc. Cit.*

⁴¹⁷ *Ibidem.*, p. 190.

El teórico de Kiel indica que estas reglas pueden ser un importante *instrumento de crítica* de las restricciones de derechos y oportunidades de los participantes en el discurso, siempre y cuando no sean justificables.⁴¹⁸ De manera que estas reglas definen un *ideal* a cumplirse dentro del discurso, el cual sólo puede ser alcanzado mediante la práctica.

Estas reglas también pueden cumplir el papel de *explicación* de la pretensión de verdad o corrección,⁴¹⁹ pues definen las condiciones más importantes para lograr la racionalidad del discurso. Por eso se llaman *reglas de razón*.

4.3 Reglas sobre la carga de la argumentación

Por medio de estas reglas se permite a cualquiera problematizar respecto a toda afirmación, y son a saber:

1. *Quien pretenda tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo.*⁴²⁰ Esto es así porque, según las reglas de la razón, todos los individuos son iguales.

2. *Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello.*⁴²¹ Con la finalidad de limitar que un hablante exija de manera continua a sus interlocutores dar razones. Pero esta regla tiene como excepción la siguiente regla:

3. *Quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en casos de contraargumentos.*⁴²²

4. *Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refieran como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esta afirmación o manifestación.*

⁴¹⁸ *Loc. Cit.*

⁴¹⁹ *Loc. Cit.*

⁴²⁰ *Ibidem.*, p. 191.

⁴²¹ *Ibidem.*, p. 192.

⁴²² *Loc. Cit.*

Estas reglas sobre la carga de la argumentación sugeridas por Robert Alexy son de suma importancia para generar orden y congruencia en el discurso práctico general; orden, para que la discusión no vaya hasta el infinito y congruencia, para no incorporar temas que resulten innecesarios.

4.4 *Formas de argumento*

Antes de que Alexy explique otras reglas del discurso, considero oportuno señalar cuáles son las formas de argumento características del discurso práctico. Sobre esto expone lo siguiente:

Objeto inmediato del discurso práctico son las *proposiciones normativas singulares* (N). Hay dos maneras fundamentales de fundamentarlas. En la primera se toma como referencia una *regla* (R) presupuesta como válida; en la segunda se señalan las *consecuencias* (F) de seguir el imperativo implicado en N.⁴²³

En ambos casos existe un punto de contacto, el presuponer que se cumplen las condiciones establecidas en una regla, tales como las características de una persona, de una acción o de un objeto, la existencia de un determinado estado de cosas o que suceda un determinado acontecimiento. A la regla que aduce este estado de cosas Alexy la denomina como (T)⁴²⁴.

Por otra parte, quien aduce una razón para cumplir con ciertas proposiciones normativas presupone una regla que expresa que la producción de estas consecuencias es obligatoria o es buena. Para esquematizar lo anterior, Alexy sugiere el siguiente enunciado general: “la noción de una razón, como siempre, lleva consigo la noción de una regla que afirma que algo es una razón para alguna otra cosa”⁴²⁵.

⁴²³ *Ibidem.*, p. 193.

⁴²⁴ *Loc. Cit.*

⁴²⁵ *Ibidem.*, p. 194.

Por lo aquí expuesto, Alexy sugiere las siguientes formas argumentativas:

- | | |
|----------|----------|
| 1. T | 2. F |
| <u>R</u> | <u>R</u> |
| N | N |

Las cuales son subformas de la forma más general, misma que se expresa así:

G
R
N

Alexy estima que puede desarrollarse todo un discurso teórico para determinar la verdad de T o sobre si F es realmente una consecuencia de la acción implicada en N.⁴²⁶ Pero, señala, lo más relevante para una teoría de la argumentación son las discusiones en torno a la regla (R). De tal forma que existen diversas posibilidades para defender R.

R puede justificarse señalando el estado de cosas que se da si R tiene vigencia (ZR), o señalando el estado de cosas futuro que se producirá si se sigue R (ZF). ZR y ZF se distinguen entre sí porque para la descripción de ZR es necesario incluir una referencia a R, al lado de la indicación de las consecuencias que pueden describirse con independencia de R. Teniendo en cuenta esta diferencia, está justificado, sin embargo, por razones de simplificación, tanto en el caso de ZR como en el de ZF, hablar de *consecuencias de la regla R* (FR).⁴²⁷

R también puede ser justificada a través de FR, caso en el que es válido indicar que una razón para una aserción presupone una regla. Para ello, Alexy, considera necesario una regla de segundo nivel (R').⁴²⁸

⁴²⁶ *Loc. Cit.*

⁴²⁷ *Ibidem.*, p. 194 y s.

⁴²⁸ *Ibidem.*, p. 195.

Por otra parte, además “de la indicación de FR, también es posible indicar una regla adicional R’ que exija R bajo una condición T’ que no puede clasificarse como una consecuencia de R”⁴²⁹. Como ejemplo de T’, es decir, condiciones referentes a la regla, pueden ejemplificarse las razones por las cuales una regla es creada de una manera determinada.

En atención a estas consideraciones, Alexy considera que existen dos formas de argumentos de segundo nivel:

1. FR	2. T’
<u>R</u>	<u>R</u>
R	R

Estas también son subformas de la forma general expresada con anterioridad.⁴³⁰ En cada una de las subformas anteriores, la aplicación de *una* regla lleva a *un* resultado.⁴³¹

Pero, ¿qué sucede si se aplican reglas distintas? Alexy indica que se puede llegar a resultados incompatibles entre sí a pesar de que las fundamentaciones sean las mismas. Para evitar este problema sugiere que se decida cuál fundamentación tiene prioridad. A las reglas que se utilizan con este fin, Alexy las denomina *reglas de prioridad*⁴³².

Dentro de la teoría de Alexy puede haber dos tipos de *reglas de prioridad*: las que establecen que algunas reglas gozan de prioridad bajo cualquier circunstancia y las que determinan que sólo prevalecerán si se cumplen con determinadas circunstancias o condiciones (C). Si denomináramos (P) a una relación de preferencia entre dos reglas, las reglas de prioridad pueden tener la forma siguiente⁴³³:

1. Ri P Rk o bien Ri’ P R’k

⁴²⁹ *Loc. Cit.*

⁴³⁰ *Loc. Cit.*

⁴³¹ *Ibidem.*, p. 196.

⁴³² *Loc. Cit.*

⁴³³ *Loc. Cit.*

2. $(R_i P R_k) C$ o bien $(R'_i P R'_k) C$

Estas reglas de prioridad pueden justificarse usando los argumentos de segundo nivel. En caso de conflicto entre las reglas de prioridad, pueden aplicarse reglas de prioridad de segundo nivel.⁴³⁴

Robert Alexy no agota en estas formas de argumento todas las posibilidades de creación de reglas. Desde su consideración, pueden existir muchas diferenciaciones ulteriores. Da el ejemplo de argumentos para consecuencias negativas⁴³⁵ o el caso de búsqueda de reglas que generen las mejores consecuencias.

Son las diferentes combinaciones de formas de argumento las que producen estructuras de argumentos específicas. Alexy, en concreto, distingue dos clases de estructuras argumentativas: las regresivas y las aditivas.⁴³⁶ En las primeras, un argumento sirve como apoyo para otro; en las segundas, se utilizan argumentos independientes entre sí para la justificación de una proposición o regla.⁴³⁷ Alexy reitera que las estructuras de argumentos son finitas. Ahora bien, existen reglas que no sea posible justificar, sin embargo, eso no significa que se pierda la característica de racionalidad. Como señala Alexy: “La exigencia de racionalidad no significa que todas las reglas tengan que justificarse a la vez, sino sólo que toda regla puede ser objeto de justificación.”⁴³⁸

Una vez explicadas las reglas y formas de argumentos, de acuerdo con la teoría alexiana, es posible pasar a explicar sus reglas para la fundamentación del discurso práctico general.

⁴³⁴ *Loc. Cit.*

⁴³⁵ *Loc. Cit.*

⁴³⁶ *Ibidem.*, p. 197.

⁴³⁷ *Loc. Cit.*

⁴³⁸ *Loc. Cit.*

4.5 Reglas de fundamentación

Para la racionalidad del discurso práctico racional, en principio, basta con cumplir las formas de argumento analizadas en el numeral anterior. No obstante, como todo tipo de argumento puede ser justificado se requiere estudiar las reglas para la fundamentación.

Un primer grupo de reglas contiene las distintas formas de generabilidad, las cuales pueden enunciarse de la siguiente manera:

1. “Cualquiera debe poder estar de acuerdo con las consecuencias de las reglas afirmadas o presupuestadas por él para cualquier otro.”⁴³⁹

2. “Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.”⁴⁴⁰

3. “Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.”⁴⁴¹

Estas reglas, enunciadas por Alexy, son fundamentales para dar inicio a cualquier discurso. Desde mi perspectiva, el punto de partida de este tipo de reglas es el consenso; buscar un acuerdo entre los distintos participantes del discurso. Si no fuera por la existencia de este tipo de reglas, el discurso sería imposible. Sin embargo, cumplir con las reglas anteriores de ninguna manera garantiza que exista un acuerdo racional.⁴⁴²

Para la búsqueda de esta racionalidad de origen es necesario rescatar el procedimiento de la génesis crítica⁴⁴³, con miras a analizar cómo se ha desarrollado la aceptación de una determinada regla, principalmente desde el punto de vista histórico. Ahora bien, una regla moral no pasa la prueba de su génesis histórica en los siguientes casos:

⁴³⁹ *Ibidem.*, p. 198, véase también, *supra*, Capítulo II, Numeral 2, la Teoría de Hare.

⁴⁴⁰ *Loc.Cit.*, ver adicionalmente, *supra*, Capítulo II, Numeral 5, la Teoría de Habermas.

⁴⁴¹ *Loc.Cit.,Vid.,supra*, Capítulo II, Numeral 4, la Teoría de Baier.

⁴⁴² *Ibidem.*, p. 199.

⁴⁴³ *Loc.Cit.* Esta idea fue desarrollada con amplitud por la Escuela de Erlagen, *Vid., supra*, Capítulo II, Numeral 6.

i) Si originariamente se pudo justificar con racionalidad, pero con el tiempo ha perdido su justificación; o

ii) Si originalmente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes para su permanencia.⁴⁴⁴

Aunque las reglas anteriores son importantes para explicar aspectos genéticos de naturaleza social de las reglas, Alexy manifiesta la importancia de considerar reglas que tengan como punto de partida un origen individual.⁴⁴⁵ Por ello, Alexy complementa las reglas anteriores de la siguiente manera:

iii) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.⁴⁴⁶

Esta última regla tiene por efecto completar, como se ha dicho, las dos reglas anteriores. No obstante, tal y como lo reconoce el propio Alexy, quedarían por aclararse conceptos como el de “condiciones de socialización no justificables”⁴⁴⁷.

La última regla de fundamentación se refiere al hecho de que el discurso práctico se desarrolla con la finalidad de resolver cuestiones *prácticas realmente existentes*⁴⁴⁸. Por lo cual dicho discurso debe poder ser llevado a la práctica. Para tales efectos la regla de referencia sería:

Única. *Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados.*

A pesar de que Robert Alexy reconoce la importancia de que el discurso práctico resuelva situaciones *realmente existentes*,

⁴⁴⁴ *Loc.Cit.*

⁴⁴⁵ *Ibidem.*, p. 199 y s.

⁴⁴⁶ *Ibidem.*, p. 200.

⁴⁴⁷ *Loc.Cit.*

⁴⁴⁸ El subrayado es mío.

prácticamente ésta será la única enunciación que haga a los aspectos problemáticos, en lo que concierne a la fundamentación de los distintos tipos de discurso. Esta situación no es menor si se toma en consideración que hay teorías de la argumentación jurídica, como la tópica⁴⁴⁹, que tienen como base en su evolución teórica precisamente el desarrollo de reglas empíricas que resuelven problemas específicos. Desde mi punto de vista, en este rubro a Robert Alexy le hace falta mayor reflexión, o ¿acaso la naturaleza o particularidades de un problema jurídico no pueden determinar la forma y estructura de los argumentos de un discurso? Sobre estas apreciaciones volveremos en la siguiente parte de este trabajo.⁴⁵⁰

4.6 Reglas de transición

Para el caso de problemas que no pueden ser resueltos con los medios de la argumentación práctica —como cuestiones de hecho, problemas lingüísticos o cuestiones referidas a la misma discusión—, Alexy sugiere las siguientes reglas⁴⁵¹:

i) *Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico)*

ii) *Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.*

iii) *Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.*

Alexy las llama *reglas de transición*⁴⁵². Son fundamentales porque en muchas ocasiones los hablantes pueden estar de acuerdo en las cuestiones normativas y no así en los hechos o significados lingüísticos.⁴⁵³

⁴⁴⁹ Vid. Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, Op. Cit.

⁴⁵⁰ Vid. *Infra*, Tercera Parte, Capítulo I, El pensamiento problemático. La herencia no continuada.

⁴⁵¹ Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 200 y s.

⁴⁵² *Ibidem.*, p. 201.

⁴⁵³ *Loc. Cit.*

Para concluir esta parte es necesario analizar los límites del discurso práctico general desde la perspectiva alexiana.

5. LÍMITES DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL

Existe mutabilidad en los discursos en la teoría alexiana. Aunque hemos estudiado las anteriores reglas del discurso, eso de ninguna manera significa que sean útiles de manera única e irrevocable.⁴⁵⁴ Además, los discursos, como todo producto humano, pueden modificarse a lo largo de la historia. Por esa razón, las reglas del discurso deben encontrarse en posibilidad de ser revisadas cada vez que sea necesario.

Los límites del discurso práctico general son determinados por sus propias reglas. De esta forma, se determinan los sujetos del discurso, forma y estructura de los argumentos. Si no se cumple con estas reglas, Alexy señala que nos encontramos ante una “imposibilidad discursiva”, o bien, ante una “necesidad discursiva”⁴⁵⁵.

En el caso de que se emitan argumentos o participen hablantes sin violentar las reglas previas del discurso nos encontramos ante una “posibilidad discursiva”⁴⁵⁶. Esta situación puede, a su vez, ser objeto del discurso práctico. Como indica Alexy: “Los límites del discurso práctico general fundamentan la necesidad de reglas jurídicas. Con ello se produce el paso al discurso jurídico”⁴⁵⁷. Pasemos ahora a la teoría de la argumentación jurídica propiamente dicha.

⁴⁵⁴ *Loc. Cit.*

⁴⁵⁵ *Ibidem.*, p. 202.

⁴⁵⁶ *Loc. Cit.*

⁴⁵⁷ *Loc. Cit.*

TERCERA PARTE
ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO I

EL PENSAMIENTO PROBLEMÁTICO. LA HERENCIA NO CONTINUADA

Tal y como se ha señalado en la Parte Primera del presente trabajo jurídico, Robert Alexy ha reconocido la enorme influencia que en su teoría han tenido tanto la tónica jurídica como la nueva retórica⁴⁵⁸. De hecho, afirma, no se puede proponer una teoría de la argumentación jurídica sin tratar estas teorías.⁴⁵⁹

En este Capítulo, analizaré algunos aspectos no tratados de manera suficiente por Alexy en su teoría de la argumentación. Además, dedicaré algunas líneas a las escuelas mencionadas, por el tratamiento que hacen a un aspecto básico dentro de la argumentación jurídica: *la determinación del problema jurídico*⁴⁶⁰. Este tema es fundamental, dado que, tal y como veremos, el ‘problema’ es el que determina la selección, jerarquía y estructura de los argumentos.

Es sorprendente que el propio Alexy —quien reconoce la importancia de que un discurso práctico se refiera a aspectos de la realidad⁴⁶¹ y resuelva situaciones de la vida práctica— olvide las importantes aproximaciones teóricas que existen en torno a las aporías jurídicas.

Sobre este aspecto Alexy sólo enuncia la regla de fundamentación a la que ya hemos hecho referencia: “Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados”⁴⁶². No obstante, me pregunto: ¿Bastará con cumplir con esta regla?, ¿esta regla será la única que sirva para atender los aspectos problemáticos en la fundamentación del discurso jurídico?, ¿dónde quedan la aplicación de la justicia y la equidad en la

⁴⁵⁸ *Vid. Supra*, Parte Primera, Capítulo I, Numeral 2, así como Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica...*, pp. 34 y ss.

⁴⁵⁹ *Loc. Cit.*

⁴⁶⁰ Sobre la importancia de la naturaleza problemática del derecho véase, el ya clásico, Eric Wolf, *El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho*, Trad. Eduardo A. Vásquez, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1962, pp. 11 y ss.

⁴⁶¹ Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica...*, p. 200.

⁴⁶² *Loc. Cit.*

solución de problemas?, ¿dónde están las complejas relaciones jurídicas? Dificiles preguntas que no pueden ser respondidas sino por medio del estudio de las Escuelas de Maguncia y Bruselas.

Otra dificultad que no podemos soslayar, como el propio Alexy reconoce, es la temporalidad de cualquier regla⁴⁶³. En el derecho, este aspecto tiene una notoria aplicación: salvo que se trate de principios generales del derecho o disposiciones genéricas de explorado derecho, las cuestiones jurídicas evolucionan de manera constante. En consecuencia, ¿por qué no abordar con mayor detenimiento esta cualidad en la argumentación jurídica?

Para tratar de dar respuesta a las anteriores interrogantes, estudiemos algunas particularidades que inciden en el aspecto problemático del derecho. La herencia no continuada de Alexy.

1. ESCUELA DE MAGUNCIA

El nombre de esta Escuela procede de una conferencia que dio Theodor Viehweg, el 21 de julio de 1950, en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de Maguncia, en Alemania, a la que denominó: “Tópica y axiomática en la jurisprudencia”⁴⁶⁴. De esta conferencia nacería una de las más importantes obras jurídicas del siglo XX: *Tópica y Jurisprudencia*, del mismo autor. A la escuela de referencia también se le ha denominado como “Grupo de Mainz” y se han integrado, entre otros juristas, Ballweg, Schreckenberger, Seibert, Rodingen, quienes han adoptado la tópica jurídica en campos diversos, tales como la semiótica jurídica, la comunicación jurídica, retórica jurídica, análisis empírico de las argumentaciones jurídicas, por mencionar algunos de ellos.⁴⁶⁵

⁴⁶³ *Ibidem.*, p. 201 y ss.

⁴⁶⁴ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, p. 21; en nuestro país existe, inspirada por esta conferencia, la obra de José Manuel Romero Guevara, *Pensamiento tópico y axiomático en el derecho*, Puebla, Editorial José M. Cajica, 1972, (Biblioteca Cajica de Cultura Universal, Núm. 112), 294 pp.

⁴⁶⁵ *Vid.* Juan Antonio García Amado, “Tópica, Derecho y Método Jurídico”, en *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Núm. 4, 1987, p. 161.

La obra de Viehweg, muy seguida por diversos juristas alemanes, da inicio a la denominada 'jurisprudencia problemática'⁴⁶⁶, que ha superado la convencional contraposición entre jurisprudencia conceptual y de intereses⁴⁶⁷. A través de la jurisprudencia problemática, en Alemania y otras partes del mundo, se da cabida al derecho natural como crítica al positivismo jurídico impuesto por la Escuela de la Exégesis y las Jurisprudencias de Conceptos o de Intereses. A la jurisprudencia problemática también se le denomina tópica jurídica. Pero, ¿qué es la tópica?

El pensamiento tópico era conocido en la antigüedad por Aristóteles⁴⁶⁸ y Cicerón⁴⁶⁹; fue la base alrededor de la cual se edificó la técnica jurídica de los romanos; presidió la obra de los juristas del derecho común; fue empleado, todavía, a principios del siglo XVIII por Giambattista Vico, y en la actualidad se menciona en estudios de gran profundidad de manera frecuente. Pese a ello, son pocos los juristas que la conocen a cabalidad.⁴⁷⁰

La tópica renació del descanso obligado que le había proporcionado el cartesianismo, ante la insuficiencia de los códigos y para cumplir con la más importante de las tareas del derecho: la función social de transformarlo de manera constante y acorde a las necesidades de su tiempo.⁴⁷¹

El método tópico se encuentra vinculado al movimiento de base iusnaturalista, iniciado por la Escuela de Maguncia, en la Alemania de la década de los cincuenta. El fundamento de esta escuela, como ya

⁴⁶⁶ Vid., Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1986, (Cuadernos Civitas), p. 74.

⁴⁶⁷ *Loc.Cit.*

⁴⁶⁸ Aristóteles, *Tópica*, libro perteneciente al *Organon*. Hay traducción al español, *Tratados de Lógica*, Estudio introductorio y notas de Francisco Larroyo, 4. Ed., México, Editorial Porrúa, 1977, ("sepan cuantos...", Núm. 124), 390 pp.

⁴⁶⁹ La única versión a la que he tenido acceso es Cicerón, *Divisions de L'art Oratoire. Topiques*, Trad. Al francés de Henri Bornecque, Paris, Société D'Édition "Les Belles - Lettres", 1924, (Collection Des Universités de France), 120 pp.

⁴⁷⁰ Francisco Dorantes, *Op. Cit.*, p. 183

⁴⁷¹ Martín Díaz y Díaz, "La expropiación forzosa en el pensamiento jurídico de García de Enterría", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, septiembre - diciembre de 1989, p. 154 y ss.

vimos, se encuentra en el trabajo de Theodor Viehweg, quien trata de encontrar una modalidad técnica específica para caracterizar el pensamiento dogmático en su acepción aristotélica; es decir, referido al pensamiento problemático. La tópica describe a la realidad jurídica como problemática por encontrarse ligada al actuar humano constreñido al esquema lógico-deductivo. Lo imprevisible de la conducta humana genera la aporética jurídica considerada por la tópica. El derecho debe encontrarse preparado para resolver problemas que no siempre tendrán una única respuesta, por lo cual es útil un camino que flexibilice las normas que integran el ordenamiento jurídico⁴⁷². En la tópica no se busca incorporar reglas estrictas de razonamiento jurídico, sino enriquecer la decisión del práctico del derecho. Quizá su visión de justicia concreta deviene ingenua, pero la estructura de razonamiento incorpora elementos que los juristas de nuestro tiempo pueden incorporar en su vida cotidiana⁴⁷³. Para el presente trabajo, la tópica también es útil para reflexionar en torno a la argumentación jurídica en Alexy. Veamos por qué.

1.1 *La tópica*

Es esencial —como afirma el ilustre jurista español Eduardo García de Enterría— caracterizar a la ciencia jurídica “como una ciencia necesariamente obediente al tipo de pensamiento tópico”⁴⁷⁴. Por esa razón, y con la finalidad de comprender nuestro objeto de estudio, es indispensable definir lo que es la tópica.

El jurista Lüderssen, miembro de la Escuela de Maguncia, enumera las siguientes acepciones de tópica: teoría de la praxis; doctrina de la argumentación, estilo argumentativo; orientación a la acción o decisión; pensamiento orientado al problema; la forma del pensamiento de la naturaleza de la cosa; manejo de opiniones frente a la

⁴⁷² Francisco Dorantes, *Loc.Cit.*

⁴⁷³ Jr. Gómez Padilla, *5 ensayos de sociología jurídica*, México, Renacimiento, 1981, p. 91 y ss.

⁴⁷⁴ García de Enterría, *Op.Cit.*, p. 59.

deducción a partir de axiomas; doctrina de los “lugares comunes”; “garantía de consenso” e instrumento de innovación⁴⁷⁵.

Dada la falta de acuerdo sobre alguna acepción en específico es difícil encontrar un punto de partida para sistematizar de manera coherente las definiciones anteriores. Consecuentemente, para elaborar un concepto propio es necesario estudiar de manera detenida las definiciones más usuales partiendo, en primer término, del creador de la tópica jurídica actual: Theodor Viehweg.

1.1.1 Definición de Theodor Viehweg

Para Theodor Viehweg, la tópica es la “técnica del pensamiento problemático”⁴⁷⁶, que tiene como punto de partida un problema concreto, es decir, una “aporía”⁴⁷⁷, respecto de la cual no existe aparentemente una salida. Es entonces función de la tópica dar orientaciones a fin de encontrar una respuesta y no dejar sin solución la aporía.

De la definición anterior, es posible encontrar —como lo hace Juan Antonio García Amado— tres elementos centrales en la construcción teórica de Viehweg:

a) La existencia de un problema, el cual será precomprendido en sus términos y en el marco en el que se plantea. Lo anterior es importante para saber el proceso a seguir y determinar el tipo de solución que se desea.

b) Las distintas alternativas o vías de actuación posibles para la adecuada solución del problema. En la teoría de Robert Alexy, aquí entrarían los distintos tipos de argumento jurídico que estudiaremos en el siguiente capítulo.

⁴⁷⁵ Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 85.

⁴⁷⁶ Viehweg, *Op.Cit.*, p. 49.

⁴⁷⁷ *Loc.Cit.* También se ha llegado a denominar a la tópica como técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema. *Vid.*, Manuel Romero, *Op. Cit.*, p. 73.

c) Al buscar una solución se llega a la necesidad de escoger sólo una de las alternativas eligiendo entre las más viables.

Cabe destacar que hay —como lo señala García de Enterría⁴⁷⁸— una aporía que siempre queda intacta e inaccesible, la que Viehweg denomina “aporía fundamental” de la disciplina jurídica, que es la cuestión de “qué es lo justo aquí y ahora”⁴⁷⁹. Es decir, qué es lo justo para este caso y en este momento. La temporalidad a la que hace referencia Alexy.

Viehweg afirma que cada disciplina se constituye a partir del surgimiento de una problemática determinada. En algunas ciencias es posible que “encontremos proposiciones básicas” por la facilidad de sistematización de ellas⁴⁸⁰, esto no sucede en el derecho por dos motivos: la persistencia constante del problema básico o aporía fundamental, y el carácter no definitivo de los enunciados con que se opera para alcanzar soluciones.

Es importante destacar que para alcanzar dichas soluciones entran en función los *topoi*, es decir, puntos de vista más o menos arbitrarios que pueden ser empleados de manera adecuada o inadecuada, dependiendo de la selección que se haga, y que dan distintas soluciones según el caso. En la manera de emplear estos tópicos se diferenciarán formas diversas de tópica, como se verá líneas adelante. Ahora estudiemos otras nociones de tópica.

1.1.2 Nociones más usuales

Para el estudio de los conceptos que son usados con mayor frecuencia analizaré, en primer término, a los autores que estructuran sus conceptos basados en la teoría de Viehweg⁴⁸¹; y en un segundo momento, a los juristas que amplían o contradicen dicha teoría.

⁴⁷⁸ García de Enterría, *Op.Cit.*, p. 57 y ss.

⁴⁷⁹ Viehweg, *Op.Cit.*, p. 129.

⁴⁸⁰ *Loc.Cit.*

⁴⁸¹ *Cfr. Viehweg, Op. Cit.*, p. 101.

a) *Teorías que giran en torno de la teoría de Viehweg, ya sea por una referencia directa al jurista alemán o por incorporar elementos similares:*

Para Lüderssen, la tópica es una “búsqueda racionalizada de premisas”⁴⁸². El problema de esta definición es que no solamente se buscan premisas en el derecho, sino en cualquier otra ciencia, lo que hace comprensible la aplicación de la tópica para cualquier conocimiento. Sin embargo, recordemos que el objeto a definir es la tópica jurídica, por lo que, tal vez, lo que sería necesario agregar a esta definición, como lo hace Bokeloh, es que dicha indagación de premisas se realiza mediante una referencia a un catálogo de tópicos⁴⁸³, evidentemente de naturaleza jurídica.

Canaris —siguiendo la tradición aristotélica— estima que la definición de tópica debe considerar de manera básica la idea de *endoxa* o sentido común. Por esta caracterización tan especial, el connotado jurista relaciona a la tópica con la retórica y, por consiguiente, concluye que la tópica no es provechosa para la jurisprudencia, ya que el problema de la justicia no es simplemente un problema retórico.⁴⁸⁴

Mayer-Maly, sin tantas complicaciones, define simplemente a la tópica como doctrina que se ocupa del lugar y peso de argumentos particulares.⁴⁸⁵

Dentro de esta clasificación, en último lugar, tópica es, según G. Otte, la “discusión de problemas, búsqueda de premisas y utilización como premisas de enunciados que gozan de reconocimiento”⁴⁸⁶.

b) *Teorías que incorporan nuevos elementos a la construcción de Viehweg o que parten de componentes incompatibles con su teoría:*

⁴⁸² García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, p. 86.

⁴⁸³ *Loc. Cit.*

⁴⁸⁴ *Loc. Cit.*

⁴⁸⁵ *Ibidem.*, p. 87.

⁴⁸⁶ *Loc. Cit.*

Wagner afirma que el término ‘tópica’ se refiere a consideraciones valorativas y políticas. Consecuentemente, la *discusión tónica* sería una discusión jurídico-política, y el pensamiento tónico raciocinio que argumenta con valoraciones.⁴⁸⁷

Henkel emplea los mismos términos de la teoría de Viehweg, pero los utiliza de manera distinta, ya que da preponderancia a la lógica y a la sistematización, algo no tan importante en la tesis de Wagner.⁴⁸⁸

Después de analizar las definiciones anteriores, cabe realizar una propia que pueda ser útil al presente trabajo jurídico.

1.1.3 Una definición prescriptiva

El no tener una definición común, aceptada por los distintos juristas, provoca dudas sobre la significación de la tónica jurídica y su campo de acción, suscitando, a su vez, que se cometan errores en la concepción de este término. Es necesario establecer un significado claro y preciso, que sirva de base a cualquier aportación teórica, por modesta que esta sea.⁴⁸⁹

Uno de los problemas teóricos más grandes, no exclusivos del derecho, es la dificultad para elaborar una definición. Este obstáculo se debe a que la mayor parte de los términos jurídicos son equívocos, carácter que afecta a la tónica jurídica, siendo, por tanto, de vital importancia construir una definición a partir de los elementos comunes de los conceptos hasta ahora estudiados.

La definición gramatical de la tónica es el punto de partida para lograr una mejor comprensión de dicho término. La palabra tónica proviene del griego *topikos*, de *topos*, lugar. Este adjetivo ha sido utilizado desde el siglo XVII hasta la fecha para referirse a algo concerniente o relativo a determinado lugar.⁴⁹⁰ Sin embargo, para una

⁴⁸⁷ *Ibidem.*, p. 88.

⁴⁸⁸ *Ibidem.*, p. 90.

⁴⁸⁹ Cfr. Manolo Atienza, *Op.Cit.*, p. 57.

⁴⁹⁰ Martín Alonso, *Enciclopedia del idioma*, México, Aguilar, 1985, III vol.

mejor utilización de este concepto en la ciencia del derecho es necesario analizar, además, el tipo de definición que es conveniente para los intereses teóricos que se persiguen.

Walter Dubislav considera que las actitudes fundamentales en la actividad a definir son⁴⁹¹:

1. La definición es la determinación de la esencia de algo; es decir, la explicación de lo que una cosa es.

2. La definición consiste en una determinación conceptual (construcción conceptual o análisis de un concepto).

3. La definición es una aclaración o exposición sobre el sentido de un signo o sobre la forma en que el mismo suele aplicarse.

4. La definición consiste, fundamentalmente, en una disposición sobre el sentido de un nuevo signo o sobre la forma en que debe ser aplicado.

Es conveniente hacer notar las ventajas de utilizar el tipo de definición prescriptiva o estipulativa, ya que su elemento esencial y constante —como afirma Robinson— es “la elección deliberada, arbitraria y autoconsiente de un nombre para una cosa, o de una cosa para un nombre”⁴⁹². Como se puede apreciar, la mayor parte de los conceptos jurídicos tienen esta característica. Lo anterior es importante en virtud de que es necesario originar un uso distinto del gramatical para la palabra tópica.

Para realizar esta definición es necesario saber que, en especial, las definiciones estipulativas o prescriptivas no pueden ser verdaderas ni falsas, no son proposiciones, sino propuestas o mandatos. Por esta razón, se les denomina *definiciones legislativas*, las cuales tienen las siguientes características: poseen el carácter de norma, no pueden

⁴⁹¹ Citado por Eduardo García Máynez, *Ensayos filosófico-jurídicos*, 1934–1979, 2ª ed., México, UNAM, 1984 (Colección Textos Universitarios), pp. 176 y ss.

⁴⁹² *Ibidem.*, p. 181.

considerarse asertos o enunciados y, por consiguiente, no pueden ser verdaderas ni falsas.

Además de lo anterior, nuestra definición debe contener los siguientes elementos: la *aporía* o problema; las distintas alternativas para la solución de la *aporía*, es decir, los *topoi*, que en ocasiones pueden encontrarse en un catálogo, y, la idea de *endoxa* o sentido común⁴⁹³. También sería necesario, en el caso del derecho, incorporar la idea de *aporía* fundamental.

Tomando en consideración todos los elementos anteriores propongo la siguiente definición: la tónica jurídica es una técnica del pensamiento que tiene como finalidad el resolver un problema o *aporía*, por medio del uso de diversas alternativas de solución o *topoi*, teniendo como guía el reconocimiento general o *endoxa* y sin violentar la equidad⁴⁹⁴. En esta definición, desde mi punto de vista, se encuentra descrita la técnica mínima para la argumentación jurídica.

Si se aceptara la definición sin la noción de *aporía* fundamental o equidad habría que reconocer —como lo hace Juan Antonio García Amado⁴⁹⁵— que la tónica no sólo es aplicable al derecho, sino a cualquier otra ciencia; la diferencia sería la gran ductilidad de los *topoi* en materia jurídica. Asimismo, es evidente que la lógica es un mejor instrumento para las ciencias exactas por la facilidad con que se puede formular *proposiciones básicas* que son posibles de verificar con gran certeza, siendo de esta manera evidente que la tónica —como lo afirma Viehweg— es aplicable con mayor propiedad al derecho por su carácter problemático. Por tanto, es una forma de razonamiento jurídico propiamente dicha. Después de la aclaración anterior, se apreciará la importancia de los *topoi* y las distintas clases de tónica.

⁴⁹³ Sobre la importancia de esta noción Francesco Cavalla, “*Topica giuridica*”, en *Enciclopedia del Diritto*, Italy, Giufre – Editore, 1992, Vól. XLIV.

⁴⁹⁴ Anteriormente no me había percatado de la importancia que tenía el incluir a la *aporía* fundamental como un límite indispensable en el discurso jurídico. Cfr. Francisco Dorantes, *Op. Cit.*, p. 186.

⁴⁹⁵ García Amado, *Teorías de la tónica jurídica.*, pp. 85 y ss.

1.2 Topoi

Es necesario destacar que para poder solucionar un problema en particular entran en función los tópicos, es decir, puntos de vista más o menos arbitrarios que pueden ser empleados de manera adecuada o inadecuada, dependiendo de la selección, y que dan distintas soluciones según el caso. En consecuencia, el principal agente técnico de la tópica es el *topoi*. En este numeral se analizará, primero, la importancia de este concepto en Viehweg y, después, su trascendencia para otros autores.

1.2.1 *Topoi* en Viehweg

Este autor, la mayoría de las veces, utiliza los tópicos como puntos de vista⁴⁹⁶, de tal forma que “siempre que tropezamos con un problema se procede de modo que se traen a colación tentativamente puntos de vista más o menos ocasionales y arbitrariamente seleccionados, a fin de hallar premisas adecuadas y fructíferas que puedan conducirnos a conclusiones iluminadoras”⁴⁹⁷.

Los tópicos serán empleados en virtud del tipo de problema, escogiendo los más pertinentes en cada caso en concreto; asimismo, están llamados a no perder nunca su carácter problemático⁴⁹⁸, precisamente porque la aporía fundamental es imperecedera.

Estos tópicos pueden ser clasificados en catálogos o repertorios de puntos de vista. El uso que se les otorga a los tópicos en las argumentaciones les da coherencia funcional como reglas directivas. Su conocimiento facilita la invención en el discurso, trabajando “con posibilidades de orientación y como posibilidades o hilos conductores del pensamiento”⁴⁹⁹, siendo no solamente relevantes para la solución del problema sino para la comprensión del mismo.

⁴⁹⁶ Viehweg, *Op.Cit.*, pp. 53 – 142.

⁴⁹⁷ García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, p. 119 y s.

⁴⁹⁸ Viehweg, *Op.Cit.*, p. 53.

⁴⁹⁹ *Ibidem.*, p. 56.

Los oradores en un discurso invocan, aceptan o rechazan a los tópicos, abriendo un campo para la creación, provocando argumentos que pueden ser aceptados o rechazados por los participantes en la discusión. Por esa razón, Viehweg se refiere a los tópicos como signos pragmáticos, que siempre se referirán a un contexto situativo⁵⁰⁰. Aquí radica la racionalidad específica de lo jurídico.

Viehweg diferencia a los tópicos en: los de alcance general, que rigen para cualquier problema pensable y representan generalizaciones muy amplias; y, tópicos particulares de cada especialidad, que sólo son útiles para un determinado círculo de problemas⁵⁰¹.

Entre los tópicos nunca se configuran largas cadenas deductivas; por lo cual, ningún tópico se puede caracterizar como principio fundamental⁵⁰². Por esta razón, “el repertorio de tópicos es elástico y susceptible de ensanchamiento, como corresponde a la primacía del problema”⁵⁰³.

Los tópicos, para Viehweg, podrían ser la buena fe, la noción metodológica de “interés”, el principio de protección de la confianza y los propios conceptos jurídicos, por dar algunos ejemplos⁵⁰⁴.

1.2.2 *Topoi* para otros autores

Los tópicos son la piedra angular de la teoría de Viehweg, y por ese motivo es muy frecuente que la doctrina reproche la vaguedad de su noción⁵⁰⁵. Para Rüdning, por ejemplo, el concepto de tópico es algo que desde Aristóteles parece secreto⁵⁰⁶. De manera similar, Horak considera que dicho concepto es extraordinariamente equívoco a grado tal que

⁵⁰⁰ García Amado, *Teorías de la tónica jurídica*, p. 123.

⁵⁰¹ Viehweg, *Op.Cit.*, p. 45 y s.

⁵⁰² *Ibidem.*, pp. 55 y ss.

⁵⁰³ García Amado, *Teorías de la tónica jurídica*, p. 125.

⁵⁰⁴ Viehweg, *Op.Cit.*, *Passim*, pp. 100, 101, 127 y 137.

⁵⁰⁵ García Amado, *Teorías de la tónica jurídica.*, p. 126.

⁵⁰⁶ *Ibidem.*, p. 127.

“cabe preguntarse si hay algo que no pueda llegar a ser un tópico jurídico”⁵⁰⁷.

Esser, en su obra *Grunsdatz und Norm*⁵⁰⁸, afirma que en un sistema jurídico abierto a los problemas, los principios son tópicos, a los cuales define como puntos de vista pragmáticos de justicia material o correspondientes a fines jurídico-políticos.

Norber Horn considera como tópicos las proposiciones jurídicas particulares, los puntos de vista jurídicos, las reglas generalizables y las reglas formales que se usen en la argumentación jurídica⁵⁰⁹. Su conceptualización de tópicos puede alcanzar, prácticamente, a cualquier término jurídico.

Por su parte, Seibert los define como puntos orientados a la acción o auxilios para la invención, que determinan como posibles ciertas reglas⁵¹⁰.

El discípulo de Viehweg, Rodigen, caracteriza a los tópicos como sucesos que provocan o dirigen acontecimientos, los cuales por su función directiva no pueden ser verdaderos ni falsos, es decir, provocan y guían acciones, pero no las explican. Este autor diferencia entre los *topoi* y los *termini*, los primeros son directivos orientados a la acción, en tanto, los segundos, son expresiones analíticas especializadas⁵¹¹.

Los *topoi* son considerados, por el jurista Schneider, como “criterios del argumentar jurídico, perspectivas bajo las que un problema se enfoca”⁵¹².

Wieaker define a los tópicos como puntos de vista de probabilidad y fuerza de convicción generalmente reconocida que se buscan para la decisión de un caso⁵¹³. Su función es la de argumentos que

⁵⁰⁷ *Loc.Cit.*

⁵⁰⁸ Citado por García Amado, *Op.Cit.*, p. 128 y s.

⁵⁰⁹ *Ibidem.*, p. 129.

⁵¹⁰ *Loc.Cit.*

⁵¹¹ *Ibidem.*, p. 130.

⁵¹² *Loc.Cit.*

⁵¹³ *Ibidem.*, p. 130 y s.

fundamentan una creencia generalizada sobre la idoneidad de la solución escogida.

Una aportación importante es la que realiza Rödíg al hacer dos consideraciones básicas de la teoría de la tónica: que ésta opera con lugares y que opera con puntos de vista. La primera tiene una indudable vigencia pero resulta superficial, la segunda es aplicable a los casos en los que no existen axiomas. Según este autor, ambas se han confundido desde Aristóteles hasta Viehweg, lo cual ha provocado polémicas doctrinales⁵¹⁴. Un esfuerzo teórico muy grande fue el que realizó el jurista Gerhard Struck, quien en su obra *Topische jurisprudentz*⁵¹⁵ elabora un catálogo con sesenta y cuatro tónicos; algunos de ellos son principios generales del derecho, otros son máximas formuladas en latín, y otros más “indican los valores fundamentales que el derecho protege y pone en práctica”. Su lista no es exhaustiva, ya que también reconoce que pueden aparecerse como puros lugares comunes, como conceptos, en fin, de manera separada a cualquier ordenación.

Perelman menciona algunos ejemplos de tónicos considerados en el catálogo de Struck: *Ley posterior deroga a anterior; nadie puede ser juez y parte; nadie esta obligado a lo imposible*; la proporcionalidad y la seguridad jurídica, por mencionar algunos⁵¹⁶.

El mismo Struck les otorga a los tónicos las características siguientes: son *generales*, rigen dentro del ámbito general del derecho; son *convincentes*, es decir, razonables; tienen la capacidad de *imponerse*; son *vagos*, pues sólo se determinan mediante el problema concreto; son *interpenetrables*, es decir, entre ellos no existe ningún tipo de jerarquía, y, tienen una gran utilidad práctica⁵¹⁷.

En Struck, los tónicos tienen una función doble: por un lado, la heurística, se trata de ideas orientadoras que permiten un adecuado

⁵¹⁴ *Ibidem.*, p. 131.

⁵¹⁵ Citado por Chaïm Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 119.

⁵¹⁶ *Ibidem.*, pp. 120 y ss.

⁵¹⁷ García Amado, *Teorías de la tónica jurídica.*, p. 132.

acceso a una discusión precisa del problema; y la hermenéutica, ya que son vocablos que designan un amplio campo de significaciones, con lo que dejan siempre delimitado el ámbito de solución, excluyendo a otras⁵¹⁸. Asimismo, para Struck, los tópicos jurídicos sólo pueden ser reconocidos cuando respecto de los mismos y su grado de justicia, exista un consenso. Son verdades reconocidas y tenidas por evidentes⁵¹⁹.

Para Egon Schneider, algunos ejemplos de tópicos son la buena fe, la protección de la confianza, el fundamento del negocio, el estado de necesidad supralegal⁵²⁰. En el mismo tenor, Kriele considera que los tópicos son tanto los procedimientos conclusivos de la lógica jurídica, como los elementos de la interpretación jurídica o los principios del derecho⁵²¹. Tammelo, por su parte, considera también como *topoi* a los criterios de justicia⁵²²; en tanto, Ballweg incluye hasta las mismas codificaciones y leyes como catálogos de tópicos⁵²³.

Una de las críticas que se han hecho a los tópicos es que al formar parte de un determinado contexto cultural e histórico pueden llegar a “favorecer más la justificación ideológica de las decisiones judiciales, que el pensamiento crítico”⁵²⁴; de igual manera, se afirma que su uso puede representar una especie de persuasión incontrolada, que podría ser un riesgo evidente para la seguridad jurídica.

Otra opinión frecuente contra la tópica es que propone catálogos de tópicos, pero no indica cómo se ha de escoger entre ellos para cada caso en particular. Esta crítica me parece absurda puesto que, precisamente, es la naturaleza del problema y la aporía fundamental los que juegan un papel importante para la selección de los argumentos a esgrimirse racionalmente dentro del discurso. El hecho de establecer un

⁵¹⁸ *Loc.Cit.*

⁵¹⁹ *Ibidem.*, p. 133.

⁵²⁰ *Loc.Cit.*

⁵²¹ *Loc.Cit.*

⁵²² *Loc. Cit.*

⁵²³ *Loc.Cit.*

⁵²⁴ *Ibidem.*, p. 136.

método para escoger tópicos es someter la naturaleza problemática de la tópica al sistema jurídico.

La crítica principal para la tópica —según Perelman— estriba en la supuesta vaguedad de los tópicos, característica que permite a las partes invocar en un mismo conflicto a uno u otro, dependiendo de los resultados que desee cada parte⁵²⁵.

Struck responde a la crítica anterior desde un punto de vista dogmático, al afirmar que ninguna regla de derecho y ningún valor son absolutos, y que, en consecuencia, hay situaciones donde cualquier regla debe quedar limitada, y un valor ha de ceder consideraciones que en alguna ocasión determinada le sobrepasan⁵²⁶.

Para una mejor comprensión de las ideas de Struck, Perelman menciona el siguiente ejemplo:

Así, aunque la libertad de palabra se considera como un valor prioritario en la Constitución americana, se admite, sin embargo, que no se puede permitir su ejercicio cuando determina un peligro inminente. El que grita “fuego” en un teatro lleno de gente y lo hace para provocar pánico, no puede argüir su derecho a la libertad de palabra para sustraerse a la acción judicial.⁵²⁷

Sin embargo, como una refutación a los críticos de la tópica, adeptos a una concepción más dogmática y sistemática del derecho, se puede afirmar que la tópica de ninguna manera se opone a un sistema de derecho, su objeción, más bien, llevaría a una aplicación rígida e inflexible de éste.

Se dice también que podría favorecer una justificación ideológica de las decisiones judiciales en lugar de un pensamiento crítico, por lo que se puede decir que al otorgarse más libertad al juez en la

⁵²⁵ Perelman, *Lógica jurídica y nueva retórica*, p. 128.

⁵²⁶ *Loc.Cit.*

⁵²⁷ *Loc.Cit.*

interpretación de los textos legales, en lugar de conducirse a lo injusto, se aumentan los medios intelectuales del juez para resolver el caso concreto de una manera equitativa. Es necesario que rescatemos la razón problemática del derecho.

Aceptar a la tópica, es dar cabida al carácter dinámico del derecho y su necesaria adaptación a las diferentes circunstancias de hecho. Como afirma Eduardo García de Enterría, los grandes juristas han dejado huella no sólo en la ciencia del derecho sino también en el derecho vivido.⁵²⁸

En este momento concluiríamos con las palabras de Struck: la ventaja de los tópicos jurídicos es que “en lugar de contraponer el derecho a la razón y a la justicia, se esfuerzan, por el contrario, en conciliarlos”⁵²⁹.

1.3 Clases de tópica

La distinción entre los tipos de tópica tiene que ver mucho con los tipos de tópicos que se utilizarán, o en la forma en que sean empleados. Con fundamento en este criterio se estudiará la clasificación de tópica que hace Theodor Viehweg.

1.3.1 La distinción de Viehweg

La distinción principal que introduce Viehweg es entre tópica formal y tópica material. El primer tipo de tópica es la también denominada tópica de contenidos, la cual tiene diversas encarnaciones históricas. Serían los catálogos de tópicos vigentes para cada época⁵³⁰. Se acude a estos catálogos buscando un auxilio, el que se presenta a través de éstos, como los llama Viehweg, “repertorios de puntos de vista” ya

⁵²⁸ Eduardo García de Enterría, *Op.Cit.*, p. 33.

⁵²⁹ Citado por Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 130.

⁵³⁰ Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, p. 104.

preparados de antemano; a este tipo de procedimiento lo denomina tópica de segundo grado.⁵³¹

Por otro lado, la tópica material alude a la actividad argumentativa de los tópicos para ser usados en diversas circunstancias, operan no sólo en el contexto descubrimiento sino además de fundamentación⁵³². Aquí se toman puntos de vista arbitrarios, se buscan premisas que nos puedan dar luz sobre el caso para, por medio de esos puntos de vista directivos, encontrar una solución aceptable. Tópica de primer grado es la denominación que le da Viehweg a este sistema⁵³³.

Esta sería la clasificación básica de tópica para Viehweg, distinta sería la de Rödíg ya analizada líneas arriba. Dicha diferenciación tendría, sobre todo, importancia práctica al usar o no los catálogos de tópicos, así como para comprender que existen dos procedimientos distintos dentro de la misma tópica, para llegar a una solución.

Después de esta breve explicación, aplicaré la teoría a un caso práctico⁵³⁴.

1.4 *Un análisis tópico*

El caso práctico que aquí presento es un asunto presentado ante el juzgado tercero de lo civil en el Distrito Federal, en el que se dictó una resolución el 11 de noviembre de 1992. Escogí este asunto porque en él resalta la importancia de determinar de manera adecuada el aspecto problemático.

⁵³¹ Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, p.53.

⁵³² Juan Antonio García Amado, *Loc.Cit.*

⁵³³ Viehweg, *Loc.Cit.* y Francesco Cavalla, *Topica giuridica*, p. 735.

⁵³⁴ Véase para el análisis de la aplicación práctica en otras diversas ramas del derecho a Theodor Viehweg, *Tópica y filosofía del derecho*, Trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1991, pp. 150 y ss. Respecto a un caso jurídico estudiado con la teoría tópica Vid. Luis Edson Fachin, *Un Acordao de acordo com Viehweg. Um caso concreto sob a tópica*, Uberlandia, Brazil, Universidade Federal de Uberlandia, Vól. 19, Nums. 1-2, Dezembro, 1990, pp. 183- 193.

La *aporía*. El problema es planteado en la demanda (pretensión) por el actor X, que en este caso solicita ante el tribunal se dé por terminado un contrato de comodato celebrado con la parte demandada Y, sobre un bien inmueble, en este caso una casa habitación.

Argumentos del actor X:

1. Existe un contrato de comodato con la demandada Y, mismo que nunca fue formalizado.

1. El bien inmueble, en consecuencia, ha sido ocupado por la demandada Y en forma gratuita.

2. Como ya no desea que el comodato continúe le ha solicitado a la demandada Y el retorno del bien.

Las pruebas que presentó X para sustentar sus pretensiones son el título de propiedad, la confesional de Y, así como la presuncional.

Argumentos de la demandada Y:

1. No existe ninguna relación contractual con X.

2. El inmueble es de su propiedad.

3. Nunca solicitó X la entrega del bien inmueble.

La prueba principal y *única* de Y fue negar en la confesional la existencia de cualquier relación contractual con X.

Una vez presentado el caso anterior, el juez deberá resolver tomando en consideración los *tópicos* formales y materiales aplicables al caso en concreto.

Tópicos. Para la solución del presente caso son aplicables los siguientes:

1. Tópico formal. El artículo 2497 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice: “El comodato es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible, y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente.”

2. Tópico formal. Artículos 2011 y siguientes del mismo código en el que se establecen las obligaciones de dar.

3. Tópico formal. Artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el que se establece que lo que se afirma debe ser probado. En este caso, la afirmación principal es la existencia del contrato de comodato.

4. Tópico formal. Los demás artículos de dichos ordenamientos aplicables procedimentalmente, tales como las reglas de valoración de las pruebas y de emisión de la sentencia.

5. Tópico formal. El juzgador también tomó en cuenta la siguiente tesis jurisprudencial:

COMODATO, ACCIÓN SOBRE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE. NO ES NECESARIO ACREDITAR LA PROPIEDAD. Si en el caso se ejerció la acción de terminación de un contrato de comodato, no era indispensable que el actor acreditara la propiedad del inmueble respectivo, pues se trata del ejercicio de una acción personal y no real. Ciertamente, la acción es personal porque nace de una obligación también personal y sólo se da contra la persona obligada, es decir, contra la persona determinada que es precisamente el contratante comodatario y no en contra de un tercero, a diferencia de las acciones reales que se pueden enderezar en contra de cualquier persona en cuyo poder se halle la cosa. Amparo directo 253/78. Manuel Rivas Trujillo. 8 de junio de 1978. Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Núm. 10. p. 394⁵³⁵.

6. Tópico material. Principio de congruencia, es decir, la resolución debe ser acorde con lo solicitado.

7. Tópico material. La doctrina, misma que establece que el comodato es un derecho personal. En concreto, una obligación de dar el

⁵³⁵ Tiempo después se publicó una tesis jurisprudencial que indica que corresponde al actor demostrar la existencia del contrato de comodato, ésta podría aplicarse a nuestro caso. Esta tesis fue publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* en diciembre de 1993, p. 72.

uso de una cosa no fungible y la contra obligación de restituirla individualmente.

Solución. En el caso en concreto, el juzgador determina que, si bien X presentó el título de propiedad del bien no es prueba suficiente ni idónea para demostrar la existencia del contrato de comodato, ya que se trata de un derecho personal y no real, y es obligación de X el probar su pretensión. Tratando de buscar la respuesta correcta el juez decide que X no acreditó su acción ni Y su excepción, por lo que dejó a salvo los derechos de ambos.

Endoxa y aporía fundamental. El juez no utilizó de forma adecuada los tópicos seleccionados, en específico el relativo al principio de congruencia, ya que X solicitó la terminación de un contrato de comodato y la entrega del bien inmueble por parte de Y. Si X no demostró la existencia del contrato con Y, el juzgador debió de absolver a Y de la demanda de X. Esta parecía ser una solución más plausible⁵³⁶.

De este ejemplo práctico se pueden extraer importantes enseñanzas. Si X hubiera entendido de manera adecuada el problema no llegaría a perder el proceso, tal y como sucedió en el caso en particular. La discusión era en torno a un derecho personal, no real. En ese sentido, debió de demostrar la existencia del contrato de comodato y no probar que era el propietario del inmueble. Por su parte, Y, al entender perfectamente el problema, se da el lujo de no presentar pruebas, simplemente niega la existencia del contrato y gana el juicio. En este caso, como en muchos otros de naturaleza jurídica, no triunfa el que esgrima más argumentos o presente más pruebas, sino el que entienda de mejor forma el problema planteado y se avoque a su solución. Quizá, si X por medio de testigos hubiera tratado de demostrar la existencia del contrato de comodato la razón se inclinaría de su parte.

⁵³⁶ De hecho, inconforme con la sentencia, X presentó revisión a la sentencia y, posteriormente, promovió juicio de amparo, en el cual el Juzgado de Distrito correspondiente llegó a una solución similar a la aquí propuesta.

La enseñanza que nos da la tópica es que la racionalidad jurídica tiene mucho que ver con un adecuado planteamiento problemático. Sin este precedente, la discusión jurídica, por mejor estructurada que este, pierde una gran parte de su sentido. El derecho tiene utilidad social en la medida en la que resuelve problemas y genera orden y equidad. Como señala Eduardo García de Enterría: “La meditación científica sobre el derecho no es una operación abstracta y puramente culturalista que no tenga nada que ver con la vida real del Derecho (como la astronomía no influye para nada en el comportamiento de los astros), sino que es ella misma un trozo de esta vida real del Derecho.” Y concluye: el “positivismo legalista no ha podido dar razón de este hecho elemental”⁵³⁷.

Insisto: la racionalidad del discurso jurídico no se basa exclusivamente en la forma en la que se integran y crean los argumentos, sino también en el planteamiento y solución de un problema. Como puede apreciarse, esto evita una gran cantidad de equívocos. La argumentación jurídica no se trata de una retórica simple en que uno convenza al otro, sino en la búsqueda de la mejor solución para el caso concreto. Uno de los problemas aún por resolver sería: ¿cómo se puede determinar y entender un problema jurídico? A esta pregunta, la tópica jurídica no le da una respuesta. El análisis de las relaciones jurídicas y la teoría de los principios pueden ser una posible solución a este problema.⁵³⁸

1.5 *Una teoría retórica de la argumentación jurídica*

Viehweg reconoce la existencia de un nuevo *vuelco hacia la retórica*⁵³⁹ en materia jurídica a partir de los años cincuenta, después del término de la Segunda Guerra Mundial. Precisamente, la argumentación jurídica nace en ese tiempo como una crítica al positivismo jurídico.

⁵³⁷ Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, p. 33.

⁵³⁸ Sobre el particular, véase *Infra*, Capítulo II de la Cuarta Parte de esta obra.

⁵³⁹ Viehweg, *Tópica y filosofía del derecho*, p. 163.

Dentro de la discusión que se presenta bajo estas circunstancias se encuentran cuestiones de fundamentación que lleva a reflexiones de la filosofía práctica⁵⁴⁰. Theodor Viehweg pone como ejemplo de lo anterior la teoría de la *carga de la prueba*, misma que, fragmentariamente, toma en consideración algunos aspectos pragmáticos⁵⁴¹ con la finalidad de evitar decisiones no correctas. Señala Viehweg: “Si, por ejemplo, en un proceso civil, el demandante no puede satisfacer total o parcialmente su deber de probar el fundamento de su demanda porque las cuestiones de hecho quedan poco claras, esta situación del proceso conduce, sin embargo, a una decisión clara en la cuestión de derecho, es decir, al rechazo total o parcial de la demanda. Algo similar vale en el derecho penal”⁵⁴². Ahora bien, esto se presenta dentro de lo que hemos denominado como tópica formal. Pero también pueden invocarse aspectos de fundamentación propios de una tópica material que enriquezcan la discusión jurídica, al tomar en cuenta aspectos propios de una determinada sociedad.

Para Viehweg, una teoría de la argumentación jurídica debe rescatar estos aspectos para su fundamentación⁵⁴³. Pero este proceso argumentativo debe tener presentes ciertos contextos y características que enunciaremos a continuación.

1.5.1 Dogmática y cetética jurídica

En la historia del razonamiento jurídico, una de las épocas más importantes se halla a fines del siglo XVIII, cuando se impuso la versión moderna de la teoría del derecho natural formulada principalmente por Grotius, Hobbes y Pufendorf⁵⁴⁴, cambiando, por la ilustración, su denominación a *derecho racional*. Este derecho natural transformado

⁵⁴⁰ *Ibidem.*, p.169.

⁵⁴¹ Sobre la importancia de las cuestiones prácticas en el derecho y su impacto en el derecho de principios del siglo XX, véase el libro ya clásico de León Duguit, *El pragmatismo jurídico*, Trad. Tomás Díaz García y Et. Al., Madrid, Francisco Beltrán. Librería Española y Extranjera, 1924, 120 pp.

⁵⁴² Theodor Viehweg, *Tópica y filosofía del derecho*, p. 170.

⁵⁴³ *Ibidem.*, p. 171.

⁵⁴⁴ *Ibidem.*, p. 114 y s.

por la *racionalidad* vendrá a dar contenido al Código civil francés de 1804 y de manera tardía a las codificaciones alemanas impulsadas por el pandectismo.

Esto no se debe olvidar. Las principales codificaciones positivas continentales surgieron de este derecho racional. Pero lo más destacable es que a fines de ese siglo XVIII el derecho cambiará su función. Antes de ese momento histórico el derecho tenía la característica de ser crítico⁵⁴⁵, o problemático como diría Viehweg, después se “transformó en una posición dogmática en tanto teoría jurídica básica”⁵⁴⁶. El sentido crítico del derecho había desaparecido. Era necesario buscar el camino para suplir esta deficiencia.

En Alemania, ese papel crítico lo realiza la *Rechtsphilosophie*, expresión no muy antigua. Data precisamente de fines del siglo XVIII y, en particular, está contenida en la obra de Gustav Hugo⁵⁴⁷. El papel de la filosofía jurídica no era teorizar sobre aspectos alejados de la realidad, al contrario, respecto al derecho positivo se preguntaba: ¿es razonable que este derecho positivo sea derecho?

Para Gustav Hugo⁵⁴⁸, tres eran las cuestiones básicas a resolver por el camino de la filosofía del derecho: ¿Qué es el derecho positivo?, pregunta dogmática; ¿cómo ha llegado a positivarse?, interrogante histórica y base de la escuela del mismo nombre; y, la interrogante crítica y filosófica, ¿es razonable que sea derecho?⁵⁴⁹ Tan sólo estas preguntas bastan para darnos cuenta de la complejidad del razonamiento jurídico. Estos tres enfoques permanecen en el derecho de hoy y siempre.

⁵⁴⁵ *Ibidem.*, p. 115.

⁵⁴⁶ *Loc.Cit.*

⁵⁴⁷ *Loc.Cit.* A Gustav Hugo se le considera como padre de la denominada Escuela Histórica Alemana.

⁵⁴⁸ Siempre he considerado que el nombre de Gustav Hugo ha sido injustamente olvidado por la teoría del derecho moderna. De las pocas referencias que tiene este jurista destaca esta Viehweg y el interesante estudio contenido en Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, Trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Debate, 1993, pp. (Faltan)

⁵⁴⁹ Viehweg, *Tópica y filosofía del derecho*, p. 116.

A partir de este punto de partida se empezó a establecer una distinción entre dogmática del derecho, historia y sociología del derecho y, finalmente, filosofía del derecho. Sin embargo, en el derecho anterior al siglo XVIII, todos estos aspectos se presentaban de manera conjunta. Sin quererlo siquiera, el positivismo jurídico en su afán de cientificismo vino a simplificar la forma de ver y estudiar el derecho.

Para explicar la relación existente entre dogmática y cetética, Viehweg considera a cada campo del conocimiento como una estructura de preguntas y respuestas⁵⁵⁰. En sus propias palabras:

Para estructurar un cierto campo del conocimiento o de la llamada “ciencia”, describimos un campo de cuestiones, ofrecemos ciertos puntos de vista como respuestas y esbozamos el método de examen de acuerdo con el cual las respuestas ofrecidas pueden ser aceptadas o rechazadas.⁵⁵¹

Dentro del desarrollo de ese conocimiento se puede poner énfasis en las preguntas o en las respuestas. Cuando se da una respuesta, ésta siempre es tentativa, está sujeta a refutación y a discusión. En cambio, cuando la intensión recae en las preguntas, algunos puntos de vista son excluidos, se consideran atemporales, absolutos. En consecuencia, “ellos dominan todas las respuestas ulteriores”⁵⁵².

En el primer caso, se construye un campo de investigación en el que las opiniones son puestas en duda y examinadas una y otra vez. Viehweg comenta que la palabra griega para calificar esta operación es *zetién*, razón por la cual puede llamarse como *cetética*. En el segundo caso, se fijan ciertas opiniones que dan validez a otras tantas y “como

⁵⁵⁰ *Ibidem.*, p. 117. En este aspecto, Viehweg sigue a R.G. Collingwood, en su obra *An Autobiography*.

⁵⁵¹ *Ibidem.*, p.118.

⁵⁵² *Loc.Cit.*

‘formar una opinión’ se dice en griego *dokein* y ‘opinión’ es *dogma*, hablamos aquí de ‘dogmática’ ”⁵⁵³.

Ahora bien, si se aplica esto al razonamiento jurídico se encuentra que también existe un razonamiento dogmático y cetético a la vez. Es decir, por una parte hay una *función cetética* y su correspondiente *estructura*; y por otra, una *función dogmática* y su *estructura* correspondiente⁵⁵⁴. Resulta evidente que en la práctica cotidiana del derecho ambas estructuras se presentan entrelazadas. Además, un tipo de pensamiento fácilmente puede convertirse en el otro.

Como un ejemplo de *dogmática jurídica* se pueden encontrar el derecho público francés, el derecho penal inglés, el derecho privado alemán⁵⁵⁵, el derecho ambiental o cultural mexicano, por mencionar algunos.

La *cetética jurídica*, en cambio, se divide en especial y filosófica general. La especial comprende disciplinas de investigación acerca del derecho. Ejemplo de ellas serían la historia del derecho, la sociología jurídica, la psicología del derecho, la criminología, la política jurídica, por mencionar algunos ejemplos⁵⁵⁶. Por su parte, la cetética filosófica general se estudia por la filosofía del derecho, siendo considerada como la *investigación básica* en materia jurídica⁵⁵⁷.

La unión de ambos aspectos integra la noción completa de Viehweg respecto del derecho. Tratando de sistematizar las ideas de Viehweg, Juan Antonio García Amado, diferencia desde el punto de vista de su finalidad a la dogmática y a la cetética jurídica. La primera, como ya se ha señalado, se propone reflexionar sobre una opinión que no se cuestiona, “sino que se entiende dotada de autoridad y cuya legitimidad

⁵⁵³ *Loc.Cit.*

⁵⁵⁴ *Ibidem.*,p. 119.

⁵⁵⁵ Ejemplos citados por el propio Viehweg, *Loc.Cit.* véase también Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, p.227.

⁵⁵⁶ *Loc.Cit.*

⁵⁵⁷ *Loc.Cit.*

se da por sentada de antemano”⁵⁵⁸. La segunda, tiene como finalidad el constante cuestionamiento, la crítica de “todo tipo de contenidos, presupuestos y métodos”⁵⁵⁹.

Otra diferenciación puede ser en cuanto a la estructura de una y otra. “La dogmática se constituiría en torno a varios dogmas o núcleos fundadores de su unidad, dogmas que han de ser compatibles entre sí y que no se someten por la dogmática a cuestionamiento de ningún tipo”⁵⁶⁰. En cambio, la estructura del pensamiento cetético se articula como una investigación abierta, no se basa exclusivamente en lo dado, más bien trata de trascenderlo, buscando siempre nuevos conocimientos⁵⁶¹.

Otra diferenciación importante es en cuanto a la función que desempeñan uno y otro tipo de pensamientos. La dogmática tendrá una función de naturaleza social por la convicción que comunican sus convicciones; su influencia sobre la gente y que es formulada como instrucción⁵⁶². En cambio, el razonamiento cetético tendrá una función meramente cognitiva⁵⁶³, lo importante es agregar nuevos elementos a los ya conocidos.

La anterior diferencia funcional hecha por Viehweg resulta trascendental para la argumentación jurídica. No hay la misma carga de racionalidad de los argumentos tratándose de un razonamiento dogmático que de un razonamiento cetético. Efectivamente, tal y como ya se ha analizado en las teorías del discurso práctico estudiadas por Robert Alexy, la carga argumentativa es distinta cuando existe un acuerdo previo por parte de los participantes en el discurso. El pensamiento dogmático da por ciertas algunas premisas sin cuestionarse siquiera su validez y eficacia al resolver determinados casos en lo particular. Aquí es donde entraría la *prudentia iuris* que,

⁵⁵⁸ Juan Antonio García Amado, *Teorías de la Tópica Jurídica*, p. 227.

⁵⁵⁹ *Loc.Cit.*

⁵⁶⁰ *Ibidem.*, p. 228.

⁵⁶¹ *Loc.Cit.*

⁵⁶² Theodor Viehweg, *Tópica y filosofía del derecho*, p. 121.

⁵⁶³ *Loc.Cit.*

vista desde esta perspectiva, no puede ser más que un tipo de razonamiento cetético⁵⁶⁴. Una vez más se ve la necesidad de complementación e integración de ambos tipos de razonamiento. En ese sentido, Viehweg considera erróneas las teorías que tienden a favorecer uno u otro aspecto. Da el ejemplo de Durkheim que esperaba que la sociología jurídica ocupara el lugar de la dogmática, y de Hans Kelsen, quien abogó por la independencia de la dogmática jurídica introduciendo la categoría de normatividad.⁵⁶⁵

Ahora bien, Viehweg señala que existe el peligro de confundir ambas formas de pensamiento. Como ejemplo de esta confusión menciona a la teoría del derecho. Desde su punto de vista, puede haber una teoría del derecho de naturaleza dogmática así como otra de naturaleza cetética. Como afirma Viehweg: “Una teoría dogmática es una doctrina básica de la dogmática del derecho”⁵⁶⁶. Si tomamos en cuenta esta afirmación, podríamos hacerla extensiva a la teoría de la argumentación jurídica. Se pueden encontrar tanto teorías dogmáticas como cetéticas de la argumentación jurídica.

Si bien en el derecho cierto contenido dogmático es indispensable; también lo es que su funcionamiento y aplicación sea constantemente criticado por medio de un razonamiento cetético. Solo así se respetará la complejidad del derecho dentro de una sociedad.

La versatilidad de la tónica jurídica es que precisamente puede ser útil a ambas formas de razonamiento. En ocasiones resulta indispensable, para el avance de la ciencia jurídica, cuestionarse ciertos dogmas. Por dar un ejemplo, es evidente en el mundo jurídico actual la forma en que ha evolucionado una de sus más importantes instituciones: la propiedad. Los derechos patrimoniales de ser del ámbito exclusivo del derecho privado han pasado a subordinarse a cuestiones de derecho público por consideraciones culturales o

⁵⁶⁴ *Loc. Cit.*

⁵⁶⁵ *Ibidem.*, p. 120.

⁵⁶⁶ *Ibidem.*, p. 122.

ambientales, por mencionar algunas de ellas. De ninguna forma la propiedad es en la actualidad el derecho tan absoluto con el que se le consideraba todavía a principios del siglo XX⁵⁶⁷. Para lograr esta evolución, ha sido necesario someter los principios básicos del derecho de propiedad a un cuestionamiento de naturaleza crítica.

De no cumplirse con esta importante función de evolución del derecho, los sistemas normativos se convertirían en verdaderas camisas de fuerza. El derecho, al igual que la sociedad, evoluciona. Si se entiende en toda su extensión la presente afirmación, no es posible sostener un pensamiento meramente sistemático.

1.5.2 Pensamiento problemático y pensamiento sistemático

La distinción entre estos dos tipos de pensamiento radica en el punto de partida de su forma de razonamiento, ya que éste puede situarse en el problema o en el sistema⁵⁶⁸. Como ya se ha señalado, la tópica es una metodología propia para analizar desde la perspectiva aporética.

Este proceso de naturaleza problemática se presenta de la siguiente manera: “El problema, adecuadamente formulado, se inserta en un contexto deductivo previo, más o menos amplio, es decir, en un sistema estructurado con anterioridad, del cual se pretende extraer la respuesta”⁵⁶⁹.

El sistema ayuda a encontrar una solución, no la determina. En otras palabras, al plantearse un problema se opera la selección de un sistema de una pluralidad de ellos, sin que su compatibilidad sea probada desde un sistema omnicompreensivo⁵⁷⁰. Es la naturaleza del problema la que selecciona al sistema.

⁵⁶⁷ Sobre la evolución de este concepto puede verse, desde la perspectiva de la filosofía del derecho, a Gustav Radbruch, *Filosofía del Derecho*, pp. 176 y ss.

⁵⁶⁸ Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, p. 139.

⁵⁶⁹ *Loc. Cit.*

⁵⁷⁰ *Loc. Cit.*

En cambio, si el punto de partida es el sistema lo que opera es una selección de problemas⁵⁷¹. Es decir, sólo se resuelven aquellos problemas que puedan encontrar solución dentro de un sistema, el resto no se toman en consideración o simplemente se rechazan. Por dar un ejemplo: X se desea divorciar de Y por incompatibilidad de caracteres en la vía judicial por medio de divorcio necesario en el Distrito Federal. El sistema, en este caso El Código Civil del Distrito Federal, en ninguna de las causales contenidas en su artículo 267 para la procedencia del divorcio necesario, tiene previsto lo invocado por X. En consecuencia, la demanda es rechazada.

De esta forma, en tanto que el pensamiento sistemático parte del todo, el pensamiento problemático, tiene su origen en una parte o en las partes. Como es evidente, el poner en práctica el primer tipo de pensamiento es limitar la solución del problema, como quedo ejemplificado, lo que no puede entrar en el sistema, no tiene solución.

Al parecer, estas ideas fueron obtenidas por Viehweg de un texto de N. Hartmann, denominado *Diesseits von Idealismous und Realismus*⁵⁷²; sin embargo, su contexto original es filosófico, ¿será válido aplicarlo, como lo hace Viehweg, a las cuestiones jurídicas? Considero que sí.

Algunos juristas, como Bokeloh y Kriele, justifican la posición de Viehweg en virtud de que critican los excesos de la dogmática jurídica encerrada en sí misma y que no permite el auxilio de otras disciplinas como la economía, la sociología, la teoría política o la filosofía, por mencionar algunas de ellas⁵⁷³.

Canaris al emitir sus ideas al respecto, sostiene que la diferenciación entre pensamiento aporético y pensamiento sistemático no es radical, sino que se expresa solamente cuando existe un sistema cerrado y definitivo. Esta conclusión parte del hecho de que la tópica se

⁵⁷¹ *Ibidem.*, p. 140.

⁵⁷² Citado por García Amado, *Loc. Cit.*

⁵⁷³ *Ibidem.*, p. 141 y s.

quedaría sin una caracterización precisa, ya que no todo pensamiento aporético trae como consecuencia inmediata a la tópica, sino la conciencia del carácter necesariamente abierto de cualquier sistema que se diga científico.⁵⁷⁴

Coincido con la apreciación de Canaris. Se puede deducir que la oposición principalmente de Viehweg es, básicamente, respecto de un sistema lógico-deductivo o axiomático, pero no excluye de manera expresa la compatibilidad de la tópica con otros sistemas. Entre la forma de pensamiento problemático y sistemático existe complementación.

Avalando esta idea, en una obra posterior de Viehweg titulada *Rechtsphilosophie als Grundlagen*, el jurista alemán afirma que suponiendo “que fuera correcto afirmar que nuestro pensamiento, que se ocupa del problema jurídico, no fuera presentable en un sistema deductivo, con ello no se habría dicho, naturalmente, que carece de todo sistema, es decir, de todo contexto con sentido y tampoco que se pueda prescindir totalmente de la lógica deductiva, sino simplemente que el acento formal tendría que recaer sobre otra forma de la lógica, por ejemplo, una lógica reductiva”⁵⁷⁵.

Finalmente, en ese mismo sentido se puede coincidir con los razonamientos de Gregorio Robles Morchón y afirmar que a pesar de que la tópica se considera contraria a cualquier sistema, no es posible negar que los grupos de *topoi*, o catálogos de tópicos, son sistemas muy rudimentarios⁵⁷⁶.

1.5.2.1 Diferentes concepciones sistemáticas

Viehweg, en su obra *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, crea un cuadro teórico para realizar una distinción entre las diferentes concepciones sistemáticas. Con la finalidad de explicar esta tipología clasifica a los sistemas por su función, en dos

⁵⁷⁴ *Ibidem.*, p. 142.

⁵⁷⁵ Viehweg, *Tópica y filosofía del derecho*, p. 39 y s.

⁵⁷⁶ Gregorio Robles Morchón, *Epistemología y derecho*, Madrid, Pirámide, 1982, p. 113.

grandes grupos: los que tienen un enfoque funcional; y, los que tienen un enfoque estructural⁵⁷⁷.

Los sistemas con enfoque funcional son dos: por una parte el sistema con función dogmática, y, por la otra, el sistema con función investigadora. El primer sistema se constituye por la dogmática jurídica, la cual tiene como finalidad dar respuestas u orientar frente a problemas a partir de argumentos base, libres de toda discusión⁵⁷⁸; como un ejemplo de ese sistema se me ocurre el derecho mexicano de obligaciones civiles. Muy distinto es el segundo sistema, ya que se cuestiona todos los elementos del derecho, incluyendo a la dogmática; ejemplos de este sistema sería la filosofía del derecho o la sociología jurídica. En el sistema dogmático se dan decisiones prácticas; en el sistema investigador o cetético, conocimientos sobre el derecho⁵⁷⁹. En ambos sistemas puede existir adicionalmente una función didáctica⁵⁸⁰.

Viehweg considera que dentro de una sociedad los sistemas dogmáticos resultan ser indispensables por la estabilidad que generan. A esta circunstancia no escapa el derecho con sus métodos de interpretación e integración normativa. La dogmática establece una doctrina básica unificante, que se mantiene como inmodificable. Aquí es donde se mueve la argumentación de los juristas prácticos. Por esa razón, opina el propio jurista, en la interpretación jurídica que se práctica dentro de la función dogmática vamos a encontrar una hermenéutica al servicio, precisamente, de la dogmática⁵⁸¹. El papel que desempeña, en esta circunstancia, la interpretación jurídica es darle cierta flexibilidad al sistema.

La función cetética también juega un papel de legitimación respecto a la dogmática. Para explicar dicha tarea, Viehweg pone como ejemplo a la forma en que la criminología ha pasado a enriquecer al

⁵⁷⁷ Viehweg, *Tópica y filosofía del derecho*, p. 77.

⁵⁷⁸ Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, p. 151.

⁵⁷⁹ *Loc. Cit.*

⁵⁸⁰ Viehweg, *Tópica y filosofía del derecho*, p. 77 y s.

⁵⁸¹ *Ibidem.*, p. 78.

derecho penal⁵⁸². De esta forma, los sistemas cetéticos llegan a convertirse en fundamentos racionales indispensables. Muchas veces la doctrina jurídica ha servido tanto para justificar como para denostar ciertas normas jurídicas.

Por las consideraciones anteriores, no puede separarse de manera total la función dogmática de la función cetética. Tampoco puede remplazarse una por la otra. Sus lazos son insoslayables. No se puede entender al derecho de otra forma que no tenga implícita esta complejidad.

Estos sistemas funcionales presentan a su vez diferentes estructuras, distinguiendo, sobre todo, entre “sistemas seriales, deductivos, cibernéticos, dialécticos modernos y dialécticos clásicos”⁵⁸³. Estas estructuras se presentan tanto en la dogmática como en la cetética y hay que abandonarlas cuando no satisfacen las expectativas funcionales.

El sistema serial es “una mera enumeración que compone un todo”⁵⁸⁴. Esos sistemas son importantes en el derecho ya que a “menudo, los puntos de vista admitidos y practicados en una cultura jurídica son inicialmente reunidos y conservados con la ayuda de una mnemotécnica muy simple. Así, los etnólogos nos informan que la mera recitación enumerativa de puntos de vista jurídicos en los litigios judiciales de los pueblos primitivos juega un papel significativo”⁵⁸⁵. Como ejemplo de un sistema serial podríamos mencionar el Capítulo L del *Corpus Iuris Civilis*.

Con la reordenación de sistemas seriales se pasaría a los sistemas deductivos, los cuales indican principios inatacables “a partir de los cuales podrían inferirse todas las proposiciones jurídicas necesarias”⁵⁸⁶. Este, por naturaleza, es un sistema cerrado. De forma equívoca, se ha

⁵⁸² *Ibidem.*, p. 79.

⁵⁸³ *Ibidem.*, p. 80.

⁵⁸⁴ Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, p. 151.

⁵⁸⁵ Theodor Viehweg, *Tópica y filosofía del derecho*, p. 81.

⁵⁸⁶ *Loc. Cit.*

tratado de identificar la noción de sistema con la de sistema deductivo. En el derecho no existen sistemas cerrados propiamente dichos toda vez que las normas jurídicas, incluidas las más estrictas, siempre son sujetas de interpretación. Como ejemplo de este acerto, Viehweg⁵⁸⁷ menciona el artículo 4 del Código Civil Francés⁵⁸⁸ que permite a todo juez realizar el papel de *legislator minor*, lo que disminuye la rigidez deductiva. En la actualidad, no puede verse al derecho, en determinados campos jurídicos, como un sistema en el que las decisiones se tomen de unas pocas y simples derivaciones, o se deduzcan automáticamente⁵⁸⁹. Esto equivaldría a elevarlo a la categoría de sistema axiomático de forma similar a las matemáticas. Como señala Juan Antonio García Amado: “Un perfecto sistema lógico-deductivo en el ámbito jurídico exigiría: una estricta axiomatización del material jurídico; la rigurosa prohibición de interpretación dentro del sistema, lo cual sólo se logra plenamente mediante la introducción del cálculo; preceptos que fijen la interpretación de los hechos; la plena admisibilidad del *non liquet*, y la intervención continuada del legislador para regular con precisión sistemática los nuevos casos sobrevenidos”⁵⁹⁰. Si se nos hace imposible de concebir el cumplimiento de estos requisitos, ¿por qué aún damos crédito al positivismo jurídico?

El sistema cibernético tiene como idea central la autorregulación y puede ser útil tanto a la dogmática como a la investigación, principalmente bajo la forma de sociología del derecho⁵⁹¹. Esto toda vez que el “juego recíproco de realidad jurídica, ámbito de decisiones

⁵⁸⁷ *Ibidem.*, p. 82.

⁵⁸⁸ Dentro de la legislación nacional se encuentra, análogamente, el artículo 18 del Código Civil Federal que a la letra dice: “ El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”. Esta disposición jurídica se integra con el artículo 19 del mismo código que a su vez determina: “las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de la ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho”. Sobre la importancia en la teoría del derecho de estos principios mencionados por Viehweg, véase Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, p.

⁵⁸⁹ Theodor Viehweg, *Tópica y filosofía del derecho*, p. 83.

⁵⁹⁰ Juan Antonio García Amado, “Tópica, Derecho y método jurídico”, p. 166.

⁵⁹¹ Theodor Viehweg, *Tópica y filosofía del derecho*, p. 83.

jurídicas, dogmática jurídica y doctrina básica ha sido presentado recientemente como un circuito regulador”⁵⁹². Dentro de la teoría jurídica este tipo de sistemas ha sido aplicado fundamentalmente dentro del derecho administrativo⁵⁹³.

El sistema dialéctico moderno tiene su origen en el pensamiento hegeliano, su pretensión es la aceptación como dogma fundamental y punto de partida, de una determinada filosofía de la historia⁵⁹⁴. En consecuencia, su carácter es meramente ideológico. Si bien pretende unificar a la dogmática y la cetética jurídica, su principal problema es que pretende mantener un *dogma básico*⁵⁹⁵.

En último lugar, el sistema dialéctico en sentido clásico o sistema tópico, el cual tiene su origen en la retórica y se orienta al problema en general, es decir, hacia un todo ordenado según problemas⁵⁹⁶. Actúa en los dos sistemas funcionales y puede ser base para el desarrollo de otros sistemas estructurales como el deductivo y el de la dialéctica moderna, su característica principal es ser un sistema abierto y en constante cambio. Su “formulación respectiva indica tan sólo una etapa de la argumentación en el manejo de la problemática correspondiente”⁵⁹⁷. Este sistema puede generar, a partir de un sistema cetético, un subsistema dogmático con función directiva; o puede criticar y transformar al sistema dogmático prevaleciente, adaptándolo a las nuevas circunstancias impuestas por los problemas que se dan en un mundo en constante transformación.

Por las ideas aquí establecidas la principal diferenciación sistemática se establece entre los sistemas tópico y deductivo. Para

⁵⁹² Viehweg hace referencia a una obra de Ottmar Ballweg, “*Vuelques progrès de recherches dans le domaine: Science, Prudente et Philosophie du Droit*” en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Vól. LII, 1996, pp. 221 y ss. Theodor Viehweg, *Loc.Cit.* En el mismo sentido, Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, p. 152.

⁵⁹³ Como ejemplos *Vid.* K.W. Deutsch, *Los nervios del Gobierno*, México, Paidós, 1989, (paidós Studio Básica, Núm. 25), p. 270 y Alejandro Del Palacio Diaz, *Teoría Final del Estado*, México, Miguel Angel Porrúa, 1986, p. 168 y s.

⁵⁹⁴ Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, p. 153.

⁵⁹⁵ Theodor Viehweg, *Tópica y filosofía del derecho*, p. 84.

⁵⁹⁶ *Loc.Cit.*

⁵⁹⁷ *Ibidem.*, p. 85.

simplificarla, resulta útil seguir la siguiente clasificación de Juan Antonio García Amado⁵⁹⁸:

Para el sistema tópico:

Idea directiva o eje central: la vinculación al problema.

Conformación temporal: en permanente cambio y, por consiguiente, carácter abierto.

Campo práctico de operatividad: la argumentación.

Alcance objetivo: omnicompreensivo, esto en base tanto en el pensar dogmático como en el investigador, y puede entenderse como fuente de sistemas deductivos así como del sistema dialéctico moderno o hegeliano.

Composición: tópicos.

Estructura: un sistema serial, es decir un simple conjunto no sistematizado de tópicos.

Para el sistema deductivo:

Idea directiva o eje central: supremacía del sistema.

Conformación temporal: inmutabilidad, sistema cerrado.

Campo práctico de operatividad: la demostración⁵⁹⁹.

Alcance objetivo: limitado, no se puede derivar nada que no esté en los axiomas básicos y sólo puede ser resultado final de operar con otros sistemas abiertos.

Composición: conceptos y proposiciones.

Estructura: rígidamente lógico-deductiva, de manera piramidal, en la cúspide se encuentran los axiomas, “arbitrarios desde el punto de vista del sistema mismo y comprensivos de todo éste”⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, p. 154.

⁵⁹⁹ Para el estudio de la teoría argumentativa de Robert Alexy es necesario tener presente esta característica.

⁶⁰⁰ Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, p. 154.

En virtud de lo anterior, se puede concluir que en un sentido amplio, para Theodor Viehweg, no son excluyentes las nociones de tópica y sistema; la incompatibilidad, si existiere, sería más bien entre tópica y sistema deductivo, esto, sin dejar de anotar que a partir de un sistema tópico se pueden elaborar y reestructurar sistemas deductivos, y que la deducción en cuanto modo de razonamiento, no está excluida de los campos de la tópica.

En el mismo sentido, es posible encontrar entre todos los sistemas anteriores una complementación recíproca, en virtud de que debe de emplearse el sistema que sea más acorde con el tipo de problema a resolverse. La tópica en ese sentido no puede entenderse como prevaeciente sobre los demás sistemas, ni como el sistema que siempre será empleado, a pesar de que la elección de sistemas puede realizarse utilizando un sistema tópico. Su uso dependerá del problema y de los fines que se persigan. Lo que resulta cierto, es que por su carácter de sistema abierto, la tópica tiene más aplicabilidad que otros sistemas, siendo de esta forma más amplio su campo de acción. Por ese carácter abierto, la tópica puede ser útil como guía de otros sistemas más cerrados, a los que indicará un camino más correcto y acorde con las necesidades reales de la sociedad.

Por esa versatilidad en su aplicación algunos juristas como Norbert Horn, consideran que la tópica no cuestiona la presencia de los sistemas, sino que más bien colabora en la configuración de sus basamentos⁶⁰¹. No es posible que olvidemos, afirma Horn, que “los conceptos se forman en función del problema y no al revés, y lo mismo vale para la sistemática jurídica”⁶⁰².

Siguiendo esta misma opinión se encuentra Thomas Würtenberger⁶⁰³, quien afirma que la vinculación entre tópica y sistema se hace en un doble aspecto: como medio para solucionar los conflictos

⁶⁰¹ *Ibidem.*, p. 163.

⁶⁰² Citado por Juan Antonio García Amado, *Loc.Cit.*

⁶⁰³ Citado por Juan Antonio García Amado. *Ibidem.*, p. 166.

entre sistemas, caso en el que, a través de la tónica, se apreciará qué sistema prevalece; y como complementaria del sistema, en virtud de que jamás se recogen todos los casos de la vida práctica, situaciones que en un momento dado se pueden integrar al sistema. Recordemos el ejemplo dado con anterioridad, puede incluirse bajo este esquema, por medio de una reforma legal, la causal de divorcio de incompatibilidad de caracteres para que ya no sea rechazada más por el sistema legal. De hecho, la tónica puede ser una herramienta importante en la técnica legislativa.

El razonamiento anterior parece dar una mayor claridad al papel tan complejo que desempeña la tónica en relación con otros sistemas. No sólo se encuentra en el planteamiento de problemas la fundamentación, sino también como correctora de estructuras y orientadora de funciones. Su papel en la argumentación jurídica es indiscutible.

Sobre el aspecto del razonamiento, en el que tanto insiste Robert Alexy, para Theodor Viehweg la clave de la racionalización de la decisión no habrá de buscarse simplemente en la conclusión que pone fin al razonamiento, sino en el propio proceso razonador⁶⁰⁴.

Respecto a la argumentación propiamente dicha, Viehweg distingue entre argumentación primaria y secundaria. La secundaria consiste en la pura inferencia lógica de la decisión, una vez que se han logrado fijar las premisas necesarias. De esta argumentación bien puede ocuparse la lógica. La primaria, que resulta previa a la anterior, constituye el ámbito en el que las premisas deben ser fijadas. Este de ninguna forma es el campo de la lógica, sino de la retórica⁶⁰⁵.

Desde este punto de vista sólo la retórica sería el mecanismo para constituirse en una teoría de la argumentación jurídica, ya que se integra en forma de un diálogo, de un intercambio comunicativo. Uno de

⁶⁰⁴ Juan Antonio García Amado, "Tónica, Derecho y método jurídico", p. 178.

⁶⁰⁵ Theodor Viehweg, *Tónica y filosofía del derecho*, pp. 158 y ss. Así como Juan Antonio García Amado, "Tónica, Derecho y método jurídico", p. 179.

los méritos precisamente de la retórica es presentar como *cuestión clave* la actividad de naturaleza discursiva⁶⁰⁶.

Para Viehweg el requisito más importante de la argumentación jurídica es tomar en cuenta, de forma prioritaria, el aspecto pragmático y situativo de toda argumentación jurídica⁶⁰⁷.

Si bien a la teoría de Viehweg se le ha criticado⁶⁰⁸ por no ser una teoría clara y completa de la argumentación jurídica, no se puede negar las importantes aportaciones que hace desde el punto de vista de la problemática del derecho.

2. LA ESCUELA DE BRUSELAS

En esta ocasión nos ocuparemos de la Escuela de Bruselas, encabezada por Chaïm Perelman, en lo que concierne al tratamiento, exclusivamente, del pensamiento problemático y no en lo que ya se ha visto, su teoría de la argumentación.

Perelman propugna por una forma de razonamiento más allá del pensamiento silogístico: la *deliberación* sobre las *argumentaciones* presentadas en los casos jurídicos. Para estos efectos, la *nueva retórica* será vista como una doctrina del diálogo, la deliberación y la confrontación de argumentos en la búsqueda de la solución más plausible⁶⁰⁹.

Precisamente, Chaïm Perelman, en un intento por aplicar su teoría argumentativa, escribe su obra *La lógica jurídica y la nueva retórica*⁶¹⁰, en la que explica, en primer término, el desarrollo del razonamiento judicial en el derecho continental, desde el Código de

⁶⁰⁶ Theodor Viehweg, *Tópica y filosofía del derecho*, p. 168.

⁶⁰⁷ *Ibidem.*, p. 180.

⁶⁰⁸ *Vid.* Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, pp. 49 y ss.

⁶⁰⁹ Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 3 era ed. México, Editorial Porrúa, 1980, p. 119.

⁶¹⁰ Por cierto, obra no estudiada a fondo en la teoría de la argumentación de Robert Alexy.

Napoleón, hasta mediados del siglo XX⁶¹¹. Perelman resume en pocas palabras esa época:

El positivismo jurídico, opuesto a todas las teorías del derecho natural y asociado al positivismo filosófico, negador de cualquier filosofía de los valores, ha sido en Occidente, la ideología democrática dominante hasta el final de la segunda guerra mundial. Del derecho se elimina todo recurso a la idea de justicia y de la filosofía todo recurso a los valores, intentando modelar el derecho, como la filosofía, sobre las ciencias consideradas como objetivas e impersonales y de las que hay que eliminar todo lo que sea subjetivo y arbitrario.⁶¹²

Comenta el mismo Perelman que esta forma de tratar al derecho como una ciencia, lo reduce a la sociología “como si la elaboración de las reglas de derecho fuese un fenómeno natural al cual le fueran extraños la voluntad y las aspiraciones de los hombres”⁶¹³.

Para Perelman queda claro que los sucesos ocurridos en Alemania después de 1933 mostraron la imposibilidad de identificar aún al derecho con la ley⁶¹⁴. En ese sentido, deben de existir principios legales que a pesar de no ser incluidos expresamente dentro de la legislación, se respeten, en ese sentido debe figurar en primerísimo plano la justicia⁶¹⁵.

La solución justa no debe buscarse simplemente en la aplicación estricta de la ley, es necesario buscar la solución más razonable para el

⁶¹¹ Vid. Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, pp. 35 – 130.

⁶¹² *Ibidem.*, p. 93.

⁶¹³ *Ibidem.*, p. 96.

⁶¹⁴ *Ibidem.*, p. 97.

⁶¹⁵ Señala Perelman: “Todo sistema de justicia debería no perder de vista su propia imperfección y concluir que una justicia imperfecta, sin caridad, no es justicia”. En *De la justicia*, Pról. Luis Recásens Siches, Trad. Ricardo Guerra, México, Centro de Estudios Filosóficos – Universidad Nacional Autónoma de México, 1964, (Col. Cuadernos, Núm. 14), p. 78.

caso concreto. Esta tarea del juez que escudriña lo jurídicamente satisfactorio implica la emisión de juicios de naturaleza valorativa⁶¹⁶.

En consecuencia, el razonamiento jurídico no puede seguir siendo una simple deducción silogística cuya conclusión tenga que imponerse, aunque en el fondo parezca poco razonable⁶¹⁷. Tampoco se trata simplemente de buscar la solución más equitativa, que puede insertarse o no en el orden jurídico en vigor. Si esto último fuera correcto, los jueces dejarían de encontrarse ligados a la idea de legislador racional, en ese caso se suprimiría la tradicional distinción entre lo justo *de lege lata* y lo justo *de lege ferenda*. Entonces la tarea del juez es una síntesis, en la que se toman en cuenta a la vez el valor de la solución y su conformidad con el derecho⁶¹⁸.

2.1 *Un método problemático*

Para lograr este equilibrio entre valor y norma, Chaïm Perelman, propone un método específico. Sobre el particular, señala:

La interpretación de la ley, para aplicarla a un caso concreto, debe considerarse como una hipótesis, que, en definitiva, se adoptará o no según que la solución concreta a que lleve, se presente o no como aceptable. La especificidad del pensamiento jurídico únicamente se comprende teniendo en cuenta esta doble exigencia, que hace necesario un ir y venir de la mente desde la situación vivida a la ley aplicable y viceversa.⁶¹⁹

Como se ve, una vez más la metodología aplicada es de naturaleza problemática. La aporía es el punto de partida para el razonamiento, estableciendo un diálogo con la ley. De esta forma, se respetan los precedentes legales y se garantiza la seguridad jurídica.

⁶¹⁶ Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 113.

⁶¹⁷ *Ibidem.*, p. 114.

⁶¹⁸ *Loc. Cit.*

⁶¹⁹ *Loc. Cit.*

La diferencia notable con la teoría de Viehweg es que el problema prevalece por encima de todo. Incluso de la ley. Los tópicos resuelven de la mejor manera posible el problema a resolver; puede llegar a suceder hasta que la solución sea opuesta a lo establecido normativamente. En este sentido, la teoría de Viehweg puede ser útil para crear nuevas posibilidades de solución. En cambio, Perelman plantea, de inicio, un respeto por la ley. El problema se confronta y se mimetiza, a su vez, con la norma jurídica.

A primera vista, parecería que Perelman considera al derecho como un sistema deductivo. No obstante, señala que “el sistema jurídico no es un sistema cerrado, aislado del contexto cultural y social en el que se inserta. Por el contrario, experimenta constantes impulsiones”⁶²⁰. De hecho, toda nueva legislación no hace sino responder a las necesidades del medio político, económico y social.

La relación existente entre los poderes judicial y legislativo se modifica en las sociedades democráticas. Ya no se trata de que los jueces se hallen subordinados o en una posición opuesta a los legisladores. Su accionar es complementario, los jueces no sólo realizan una tarea jurídica, sino también de índole política: buscar la armonía del sistema jurídico en que se encuentren⁶²¹. Por esa razón, “la aplicación del derecho y el paso de la regla abstracta al caso concreto no son simples procesos deductivos, sino una adaptación constante de las disposiciones legales a los valores en conflicto en las controversias judiciales”⁶²².

El problema sería: ¿Cómo resolver una controversia jurídica no contenida en norma alguna?⁶²³ En otras palabras, cómo solucionar un conflicto entre la realidad y las normas jurídicas. Perelman no resuelve este tipo de casos. Pero, por lo aquí analizado, la metodología aplicable

⁶²⁰ *Ibidem.*, p. 115.

⁶²¹ *Loc. Cit.*

⁶²² *Loc. Cit.*

⁶²³ Me refiero, como ejemplo, a los casos contenidos en los artículos 18 y 19 del Código Civil anteriormente referidos.

sería la tónica jurídica y, quizá, el papel que vienen desempeñando los principios generales del derecho.

Por todo ello, la problemática más importante del razonamiento jurídico es determinar una dialéctica, en la cual mediante la búsqueda de soluciones satisfactorias se enriquezca el arsenal metodológico y se logre la coherencia del sistema, al mismo tiempo que lo vuelve flexible⁶²⁴. Para comprender el alcance de lo hasta aquí dicho es importante analizar el razonamiento jurídico y su relación con la lógica jurídica.

2.2 Razonamiento jurídico y lógica jurídica

Para Perelman, se entiende por razonamiento jurídico el que, directa o indirectamente, concierne a la aplicación de la ley⁶²⁵. Ahora bien, la lógica jurídica que se dedica a examinar los argumentos específicos en el derecho, para nuestro mismo autor, recibe el nombre de *tónica jurídica*, misma que se caracteriza por ser una lógica no formal.⁶²⁶

Aclarados estos conceptos, Perelman afirma que si el razonamiento de los jueces se debe esforzar para que una solución sea equitativa, razonable y ejemplar, adicionalmente de conforme a las normas jurídicas, debe poder responder a la siguiente pregunta: “¿Por qué procedimientos intelectuales llega el juez a considerar una decisión como equitativa, razonable o ejemplar, cuando se trata de nociones eminentemente controvertidas?”⁶²⁷

Para dar respuesta a esta interrogante hay que reconocer que las tesis jurídicas, sustancialmente, no pueden ser demostradas; en ese caso, la fuerza de un argumento jurídico se encuentra en escoger entre

⁶²⁴ Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 116.

⁶²⁵ “*Si nous entendons par raisonnement juridique tout raisonnement qui, directement ou indirectement, concerne l'application de la loi...*”. En Chaim Perelman, *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1970, (Travaux de la Faculté de Philosophie et Lettres; Tome XLIII), p. 123.

⁶²⁶ *Ibidem.*, p. 124.

⁶²⁷ Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 136.

diversas apreciaciones⁶²⁸. Ahora bien, a falta de técnicas unánimemente admitidas, Perelman propone retornar a los razonamientos *dialécticos* y *retóricos*, “como razonamientos que tratan de establecer un *acuerdo* sobre los valores y su aplicación, cuando estos son objeto de controversia”⁶²⁹. Esta propuesta tiene por objeto devolverle la característica de central a la noción de *acuerdo* para este tipo de problemas. En estos casos, la *verdad* no resulta ser el punto neurálgico en este tipo de discusiones, puesto que, como sabemos, se trata de verdades plausibles. En estos casos, resulta más significativo el valor de una decisión, de una acción o proposición “consideradas como justas, equitativas, razonables, oportunas, honorables o conformes a derecho”⁶³⁰.

Sólo la retórica, por su naturaleza, puede ser aplicable a los asuntos jurídicos que tratan sobre verdades plausibles. Cualquier sistema jurídico se compone, en ese sentido, de ciertos elementos de incertidumbre en mayor o menor medida⁶³¹. Por esa razón, los problemas específicos del derecho no se pueden deducir de las consecuencias que resulten lógicamente de un mero ensamble de premisas; más bien, los problemas de interpretación se resuelven por medio de la tónica jurídica⁶³², es decir, de una lógica especial para el derecho. Pero, ¿qué características tendría esta lógica jurídica dentro del razonamiento del derecho?

Para responder a esta interrogante, Perelman considera que existe una cierta superioridad del pensamiento jurídico sobre el pensamiento filosófico. Ya que, en tanto que este último puede contentarse con “fórmulas generales y abstractas, el derecho está obligado a contemplar la solución de las dificultades que surgen cuando se trata de aplicar las fórmulas generales a la solución de problemas

⁶²⁸ Perelman, *Le champ de l'argumentation*, p. 125.

⁶²⁹ Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 137.

⁶³⁰ *Loc. Cit.*

⁶³¹ Perelman, *Le champ de l'argumentation*, p. 126.

⁶³² *Ibidem.*, p. 128 y s.

concretos”⁶³³. Sobre el particular, Perelman pone dos ejemplos. En filosofía, un principio como el imperativo categórico propuesto por Kant: *actúa de modo que la máxima de tu acción pueda constituir al mismo tiempo la ley de una legislación universal*, se agota en su mera enunciación. En cambio, un jurista no se puede limitar a la mera declaración de un principio. Ejemplo: el principio de responsabilidad civil (Art. 1382 del Código Napoleón⁶³⁴) prevé: *todo hecho del hombre que causa a otro un daño obliga a aquel por cuya culpa ha ocurrido a repararlo*. En este último caso los juristas deben plantearse todas aquellas cuestiones referentes a su aplicación.⁶³⁵

Esta búsqueda de soluciones concretas es la que obliga a reinterpretar principios jurídicos, contraponer el espíritu contra la letra de la ley y el punto de partida para una lógica jurídica de naturaleza problemática. De manera enunciativa, no limitativa, se pueden mencionar las siguientes características de esta lógica jurídica:

Búsqueda de soluciones concretas. Es decir, no le interesa el planteamiento de principios generales si estos no son útiles para resolver problemas específicos.

Dialéctica de sus premisas. Sólo con premisas de naturaleza dialéctica se puede persuadir a un determinado auditorio. En este caso, el jurídico⁶³⁶, integrado por abogados, jueces y legisladores.

Uso de tópicos. Esta lógica debe proporcionar argumentos del orden general o particular utilizables en las diversas controversias jurídicas. La tradición jurídica les da el calificativo de tópicos.⁶³⁷

Revisión constante. Los argumentos se someten de forma constante a la controversia para su valoración.⁶³⁸

⁶³³ Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 159.

⁶³⁴ Dentro del derecho civil mexicano se trata del Artículo 1910 de nuestro Código Civil que a la letra dice: “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

⁶³⁵ Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 159.

⁶³⁶ Perelman, *Le champ de l'argumentation*, p. 133 y s.

⁶³⁷ *Ibidem.*, p. 136.

Aplicación especial. Los jueces no aplican simplemente, para la solución de casos, las reglas de la lógica, la mera deducción. En el caso del derecho, las reglas se aplican conforme a la denominada carga de la prueba⁶³⁹. Para esto, hay que tomar en consideración que la prueba jurídica es impersonal y se halla estrechamente ligada a los hechos⁶⁴⁰. Además, los límites de presentación de la prueba siempre se determinarán en las leyes específicas⁶⁴¹. No obstante, en su valoración siempre se deben tomar en consideración aspectos tales como la cosa juzgada, o principios como *juris et de jure* o *juris tantum*⁶⁴².

Tal y como se encuentran planteadas estas características de la lógica del derecho en Perelman, realmente no tiene diferencias sustanciales a lo establecido por Viehweg. Principalmente, en ambos casos, destaca una importante valoración de la parte aporética del derecho. No obstante, considero que la teoría de Viehweg resulta un poco más explícita en cuanto a la importancia del problema y poco clara en cuanto a los argumentos; en cambio, la teoría de Perelman aborda de manera más detallada las cuestiones referentes a los argumentos y poco las cuestiones de naturaleza problemática. En ambos casos nos encontramos ante teorías parciales de la argumentación jurídica⁶⁴³. Aun así, es muy interesante lo que plantea Perelman en cuanto a la argumentación jurídica.

⁶³⁸ *Ibidem.*, p. 138.

⁶³⁹ *Ibidem.*, p. 141.

⁶⁴⁰ *Cfr.* Chaïm Perelman, *Justice et raison*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963 (Travaux de la Faculté de Philosophie et Lettres; Bibliothèque de L'Institut de Philosophie; Tome XXV), pp. 208 – 210.

⁶⁴¹ *Ibidem.*, 213.

⁶⁴² *Ibidem.*, pp. 211 y ss.

⁶⁴³ Realmente la teoría más completa en ese sentido es la de Robert Alexy, aún así, la naturaleza problemática del derecho es poco explorada, tal y como el mismo lo reconoce. Por esa razón, no escapa a la afirmación de que aún no existe una teoría como tal de la argumentación jurídica.

2.3 La argumentación jurídica

La utilización de los argumentos jurídicos, en concreto la aplicación de la justicia, es de gran complejidad, puesto que tiene que respetar a la equidad⁶⁴⁴ y ésta no consiente formalismos⁶⁴⁵. Precisamente, la vida social presenta una búsqueda constante de equilibrio entre la justicia y la equidad.⁶⁴⁶

Como señala Perelman, durante siglos la búsqueda de la solución justa era el valor central que el juez debía tener en cuenta y los criterios de lo justo eran comunes al derecho⁶⁴⁷. En ese tiempo, la argumentación jurídica no era muy específica, en virtud de que no era necesario motivar los juicios, las fuentes del derecho no eran precisas y las decisiones de justicia no llegaban al conocimiento del público en general.⁶⁴⁸

Esta situación se modificará completamente después de la Revolución francesa, que generó conceptos que hoy forman parte de todo auténtico Estado de Derecho, tales como: imperio de la ley; expresión de la voluntad general; división de poderes: la legalidad de la administración, actuación según la ley y suficiente control judicial; y, la protección de los derechos y libertades fundamentales⁶⁴⁹. De estos conceptos destaca la división de poderes, que obligó a la codificación de las leyes. El juez se verá obligado a motivar sus juicios conforme a los cuerpos legislativos previamente publicados y en vigor. El juez ya no creará, ni siquiera en los casos de obscuridad, silencio o insuficiencia de la ley.⁶⁵⁰

⁶⁴⁴ Chaim Perelman, *Justice et raison*, p. 42 y s.

⁶⁴⁵ *Ibidem.*, p. 46.

⁶⁴⁶ *Ibidem.*, p. 49. Señala Perelman: “*La vie sociale présente un continuel balancement entre la justice et l’équité*”.

⁶⁴⁷ Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 177.

⁶⁴⁸ *Loc.Cit.*

⁶⁴⁹ Un estudio detallado de la evolución de estos conceptos se encuentra, en el libro ya clásico del derecho constitucional, Elías Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, octava ed., Madrid, Taurus, 1981, (Taurus – Humanidades; Núm. 192), pp. 31 y ss.

⁶⁵⁰ Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 178.

Con esta nueva forma de razonar el derecho que parte de la aprobación del Código de Napoleón de 1805, surgirá la Escuela Exegética. Si la ley es expresión de las libertades y derechos de los ciudadanos, si garantiza la libertad y la igualdad, protege la propiedad y fomenta la fraternidad entre los hombres, entonces debe ser cumplida.

La Escuela de la Exégesis tiene como punto de partida el respeto irrestricto a la ley⁶⁵¹. Las normas no merecen más que una sola interpretación: la literal. El nuevo lenguaje y argumentación del derecho sólo podía presentarse de una forma, por escrito⁶⁵². Es famosa la frase de Bugnet: “Yo no conozco el derecho civil, y no enseño más que el Código de Napoleón.”

El lenguaje y la argumentación jurídica se convierten en una mera aplicación de la ley. Es, como señala Paul Dubouchet, un sistema típicamente francés, racional y nacionalista, sistemático y antihistórico⁶⁵³. La ley es la expresión de la autoridad suprema del derecho.

Ya no existen más los criterios de justicia para un juez: “Su voluntad y su sentido de la equidad debían borrarse ante la manifestación de la voluntad general que la legislación le había dado a conocer”⁶⁵⁴. La Segunda Guerra Mundial y el proceso de Nürember pusieron de manifiesto que un Estado y su legislación no sólo pueden ser inicuos, sino, peor aún, criminales.⁶⁵⁵

Precisamente, al término de la Segunda Guerra Mundial lo jurídico se ve obligado a distinguir la realidad de las bellas apariencias. El positivismo jurídico, entre otras razones, llevó a Europa entera a una aventura sin retorno. Por ello, como en el mito de la Caverna de Platón,

⁶⁵¹ Sobre la forma en que evoluciono esta limitación a los jueces resultan interesantes los comentarios de Norberto Bobbio en los que se demuestra una connotación política más que jurídica, *Vid., El positivismo jurídico*, pp. 81 y ss.

⁶⁵² Sobre las características de la Escuela Exegética, Paul Dubouchet, *Sémiotique juridique. Introduction a une science du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, (Les voies du droit), pp. 126 – 141.

⁶⁵³ *Ibidem.*, p. 132.

⁶⁵⁴ Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 178.

⁶⁵⁵ *Loc. Cit.*

algunos juristas se atrevieron a dejar el mundo de las sombras para observar una renovación en la aplicación del derecho. La visión parcial impuesta por el positivismo jurídico veía a lo normativo como una mera clasificación u ordenación seudológica o didáctica. La innovación que se presenta en el derecho ya no sólo aprecia la parte sistemática sino, más importante aún, su componente aporético. A partir de entonces, la teoría del derecho —no sólo los llamados partidarios del derecho natural⁶⁵⁶— buscará una solución a los problemas jurídicos conforme a la ley, pero también de manera equitativa, razonable y aceptable.

De esta forma, Chaïm Perelman distingue tres fases en la forma de razonamiento judicial. La primera de ellas, pone el acento en el carácter justo de la decisión, apenas dando importancia a la motivación, sin olvidar a las reglas consuetudinarias y a los precedentes. La segunda, al colocar en primer plano la legalidad y la seguridad jurídica acentúa el aspecto sistemático del derecho y el método deductivo del razonamiento judicial y favorece una visión estática y legalista del derecho. Finalmente, una tercera fase, que sin querer retornar al iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII, busca aplicar el derecho de forma equitativa y razonable sin intentar rebasar los límites que su sistema jurídico le otorgue.⁶⁵⁷

En esta última etapa, es importante motivar de manera suficiente a las decisiones judiciales. Con esta necesidad se han vuelto los ojos hacia las técnicas propias de la argumentación. En ese sentido, señala Perelman: “El razonamiento judicial, tal y como actualmente se concibe, no permite establecer una distinción tan neta como la del siglo XIX entre derecho natural y derecho positivo”⁶⁵⁸. Esta idea de Perelman

⁶⁵⁶ Es importante destacar algunas voces discordantes, para Manuel Atienza las teorías del derecho natural nunca han propuesto una teoría de la argumentación jurídica; me gustaría preguntarle, a este conocido jurista, si considera a Viehweg o a Perelman, o al propio Alexy como positivistas. No dejo de señalar que reconozco la dificultad que en la actualidad tiene identificarse con una u otra corriente. Sobre el particular, *Cfr.* Manuel Atienza, *El Derecho como Argumentación*, México, Distribuciones Fontamara, 2004, p. 107 y s.

⁶⁵⁷ *Ibidem.*, p. 178 y s.

⁶⁵⁸ *Ibidem.*, p. 180.

hoy se encuentra más vigente que nunca, la teoría de aplicación constante de los principios generales del derecho para casos particulares cuenta día con día con un mayor número de adeptos. Unido a esta circunstancia, los jueces están volviendo a recuperar su papel como defensores, creadores e impulsores dentro de los estados contemporáneos de derecho. Por estas razones, no entiendo los argumentos para desacreditar a las nuevas tendencias del derecho natural o que defienden un positivismo que ha dejado, prácticamente, de existir.

Como ejemplo de los nuevos tiempos, Perelman hace referencia a las decisiones del Tribunal Permanente de Justicia Internacional y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en los cuales lo que cuenta es el derecho debidamente aplicado, es decir, el *ius quod est*, a pesar de que se oponga a los textos de las codificaciones europeas.⁶⁵⁹

Para Perelman es indiscutible que el derecho, tal y como se encuentra establecido en los textos legales, promulgados y formalmente válidos, no refleja necesariamente la realidad jurídica⁶⁶⁰. En estos casos, la búsqueda del consenso es fundamental. Pero no debe entenderse por consenso el simple acuerdo de una mayoría cualquiera, como ya se ha dicho, se trata de un grupo calificado, en esta cuestión, de juristas.

Motivar una decisión jurídica, a diferencia de lo que muchos piensan, no consiste en el simple hecho de argumentar respecto a consideraciones fácticas. Motivar significa expresar razones, comprender el alcance y los límites de la ley, llevar a una decisión que por sus contenidos no pueda ser impugnada⁶⁶¹. Es, como diría Perelman, un *ensayo de persuasión*⁶⁶².

⁶⁵⁹ *Ibidem.*, p. 181.

⁶⁶⁰ *Ibidem.*, p. 183.

⁶⁶¹ *Ibidem.*, p. 202. Es muy importante para la evolución del derecho mexicano el entender esta diferencia. Sólo una adecuada motivación nos puede llevar a la confrontación y adecuación normativa. Precisamente, la jurisprudencia adquirirá un especial valor al mejorar sus sistemas de razonamiento jurídico.

⁶⁶² *Ibidem.*, p. 203.

Esta noción de motivación, considero, puede ser rescatable para mejorar el contenido de los razonamientos jurídicos. También se puede rescatar su noción problemática del derecho. No dudo que la teoría de Perelman haya cometido muchos errores en su planteamiento⁶⁶³, pero para los efectos del presente estudio, además de los aspectos problemáticos aquí señalados, Perelman destaca la importancia de la noción de sistema, tal y como lo hace Viehweg, indicando que “El derecho se desarrolla equilibrando una doble exigencia: una de orden sistemático, que es la elaboración de un orden jurídico coherente, y otra de orden pragmático, que es la búsqueda de soluciones que sean aceptables por el medio, porque son conformes con lo que parece justo y razonable”⁶⁶⁴. Precisamente, la tensión entre ambos aspectos obrará en la naturaleza del derecho actual.

El derecho tiene cualidades dialécticas. No es posible que evitemos su estructura compleja y la importancia que tiene responder a las necesidades de la sociedad en la que actúa. Por esa razón, concluye Perelman:

La lógica jurídica, especialmente la judicial, que hemos tratado de obtener a través del análisis del razonamiento de los juristas y especialmente de las Cortes de Casación, se presenta, en conclusión, no como una lógica formal, sino como una argumentación, que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad.⁶⁶⁵

Tanto en el caso de Viehweg como en el de Perelman, mi intención ha sido rescatar las reflexiones existentes en el aspecto problemático del derecho. Reconozco que en ambos casos no existe una teoría completa de la argumentación jurídica. No obstante, creo que

⁶⁶³ Sobre el particular, *Vid.* Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, pp. 86 y ss.

⁶⁶⁴ Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 228.

⁶⁶⁵ *Ibidem.*, p. 233.

también es posible rescatar la referencia que se hace al pensamiento aporético y al sistemático y la completitud que existe entre ellos. Estos conceptos serán de utilidad para continuar con el estudio de la argumentación jurídica en Robert Alexy.

CAPÍTULO II
LOS RASGOS FUNDAMENTALES DE LA ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA EN ROBERT ALEXY

Las discusiones jurídicas pueden ser de diferentes tipos. De esta forma, puede haber discusiones dogmáticas, deliberaciones judiciales, argumentaciones litigiosas, dictámenes legislativos, discusiones doctrinales o en otros medios no propiamente jurídicos.⁶⁶⁶

Estas diferentes formas de discurso jurídico, a su vez, pueden subdividirse en muchas subcategorías. Sin embargo, existe entre ellas una primera diferenciación. Existen discusiones jurídicas institucionalizadas y otras no institucionalizadas. Como ejemplo del primer tipo se encuentran las sentencias; ejemplo de lo segundo, las discusiones doctrinales.

Otra diferencia puede ser en cuanto a la temporalidad de sus alcances⁶⁶⁷. Algunas discusiones jurídicas, una vez determinadas, subsisten por siempre. En este caso, el ejemplo tradicional es la sentencia que ya ha alcanzado el rango de cosa juzgada. Otras, su vigencia es por tiempo determinado: pensemos en los artículos transitorios de cualquier ley.

Una diferencia más puede ser en cuanto a su grado de obligatoriedad⁶⁶⁸. En ese sentido, una norma puede ser vinculante, por ejemplo, cualquier artículo del Código Penal que defina un delito y prevea su penalidad. Las normas también pueden ser meramente declarativas, por ejemplo, el Artículo 4, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar”.

⁶⁶⁶ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, p. 205

⁶⁶⁷ *Ibidem.*, p. 206

⁶⁶⁸ *Loc.Cit.*

En fin, las clasificaciones pueden ser muchas y sus semejanzas y diferencias tantas como las conexiones existentes entre sí. Sin embargo, para Robert Alexy, “el aspecto común más importante consiste en que en todas las formas se argumenta *jurídicamente*”⁶⁶⁹. Ahora bien: ¿Cómo distinguir la argumentación práctica general de la argumentación jurídica?⁶⁷⁰ Alexy señala una primera diferencia: la vinculación existente entre el argumento jurídico y el derecho vigente⁶⁷¹. Esta primera distinción de Alexy, a mi parecer, es parcial, puesto que ve al derecho sólo desde un punto de vista sistemático, que, sin embargo, le resulta útil para decir que la argumentación jurídica actúa dentro de determinados límites.⁶⁷²

Sin embargo, esas limitaciones pueden diferir dependiendo del tipo de discusión jurídica de que se trate. Evidentemente, en la discusión de la ciencia del derecho habrá una mayor flexibilidad que tratándose de aspectos de naturaleza procesal.⁶⁷³

1. TESIS DEL CASO ESPECIAL

Robert Alexy señala que se puede objetar que el discurso jurídico sea un caso especial del discurso práctico general⁶⁷⁴ por las siguientes razones: las discusiones jurídicas no son discusiones prácticas; en el derecho no se suscita ninguna pretensión de corrección; y, las limitaciones vigentes en la discusión jurídica no justifican que se les designe como *discurso*⁶⁷⁵.

⁶⁶⁹ *Loc.Cit.*

⁶⁷⁰ Conforme a las teorías problemáticas vistas en el capítulo anterior, una diferencia podría ser la naturaleza de los tópicos que se usan en cada caso concreto.

⁶⁷¹ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, p. 206.

⁶⁷² Resulta evidente que esas limitaciones se encuentran determinadas, en consecuencia, por el derecho vigente. Es decir, las reglas argumentativas son establecidas por el derecho positivo. Desde este punto de vista, existe una contraposición con la Escuela de Maguncia que su único límite es la solución de un caso jurídico concreto. *Vid. Infra*, Capítulo I de esta parte.

⁶⁷³ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, p. 206.

⁶⁷⁴ Sobre las características del discurso práctico general y su empate con el discurso jurídico véase Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, p. 193.

⁶⁷⁵ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, p. 207.

Alexy considera que la primera refutación es fácil de contrarrestar. Si bien mucho del derecho se refiere al establecimiento de hechos, eso no significa que no se discuta sobre la fundamentación de las normas⁶⁷⁶. Aquí es donde entraría todo lo referente a lo que hemos denominado como *metodología jurídica*; es decir, la historia del derecho, la sociología jurídica, la teoría del derecho y la perspectiva jurídica. Como señala Alexy: “Esta argumentación juega un papel central no sólo en la praxis, sino también en la ciencia jurídica.”⁶⁷⁷

Por otra parte, la pretensión de la corrección de los discursos jurídicos es diferente del discurso práctico general. En este caso, no se exige únicamente el ser racional sino racionalmente fundamentado. Es decir, el sustento del discurso se hace a través del derecho positivo⁶⁷⁸. En efecto, en la mayor parte de los Estados modernos los jueces están obligados, en sus cartas constitucionales, a fundamentar sus decisiones.

Con respecto de las limitaciones del discurso jurídico como distintas a las del discurso general, Alexy señala que esto no se presenta así. Pone como ejemplo la discusión que se presenta en un litigio. En ese caso, ninguna de las partes pretende convencer a la otra, sino que, “por así decirlo, que toda persona racional deba estar de acuerdo con ellas”⁶⁷⁹. En ese sentido, la teoría del discurso no sólo es adecuada, sino también necesaria. Es indudable que Alexy acude a la teoría del consenso, ideal en Habermas y universal en Perelman, para justificar las limitaciones discursivas.

Con fundamento en estas primeras afirmaciones, Alexy considera que la argumentación jurídica es un caso especial del discurso general. Como lo señala, el núcleo de esta afirmación es la

⁶⁷⁶ *Loc. Cit.*

⁶⁷⁷ *Loc. Cit.*

⁶⁷⁸ *Ibidem.*, p. 208. Una vez más queda radicada, en principio, la relación entre la pretensión de la corrección y la justicia.

⁶⁷⁹ *Ibidem.*, p. 212.

denominada pretensión de la corrección⁶⁸⁰. Sin embargo, desde su perspectiva, es importante darle respuesta a la pregunta: ¿Qué es una fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente? Para contestar esta pregunta, Alexy establece algunos rasgos fundamentales de la argumentación jurídica.

2. RASGOS FUNDAMENTALES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En la argumentación jurídica se busca la justificación de las decisiones jurídicas. Pueden distinguirse dos aspectos de justificación: la *justificación interna* y la *justificación externa*⁶⁸¹. En la primera, se trata de ver si la decisión se sigue de manera lógica de las premisas que se aducen como fundamentación; la segunda, tiene por objeto la corrección de las premisas.⁶⁸²

2.1 *Justificación interna*

Esta justificación ha sido ampliamente discutida bajo el rótulo de *silogismo jurídico*. La forma estructural más simple es la siguiente⁶⁸³:

- (J.1.1) (1) (x) (x → ORx)
 (2) Ta
 (3) ORa (1), (2)

En esta fórmula “ x » es una variable de individuo en el dominio de las personas naturales y jurídicas, « a » una constante de individuo, por ejemplo un nombre propio, « T » un predicado tan complejo como se

⁶⁸⁰ *Ibidem.*, p. 213. Así mismo, Vid. José Antonio Seoane, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy” en Pedro Serna y Et.Al., *De la argumentación jurídica a la hermenéutica, Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, España, Editorial Comares, 2003, (Col. Filosofía, Derecho y Sociedad, Núm. 4), pp. 80 y ss.

⁶⁸¹ Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 213.

⁶⁸² En los términos del Capítulo anterior se diría que la primera se fundamenta en una forma de pensamiento sistemático y la segunda en una forma de pensamiento problemático.

⁶⁸³ Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 214 y José Antonio Seoane, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica...”, p. 83.

quiera que representa el supuesto de una norma (1) en cuanto propiedad de personas, y « R » un predicado, igualmente tan complejo como se quiera, que expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma”⁶⁸⁴. Para Alexy existen cuestiones jurídicas con las que basta una justificación de esta naturaleza⁶⁸⁵. Un ejemplo de lo anterior sería:

- (1) Los ciudadanos mexicanos tienen la obligación de contribuir para los gastos públicos de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes. (Art. 31, fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).
- (2) El señor Z es un ciudadano mexicano.
- (3) El señor Z debe contribuir para los gastos públicos de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes. (1) (2)

Como puede apreciarse, la justificación simple satisface reglas universales requeridas por el principio de universalidad. Este principio deviene en la base del principio de justicia formal; es decir, señala el propio Alexy, el “observar una regla que formula la obligación de tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría”⁶⁸⁶. Para la concreción de este principio de universalidad se requiere las siguientes reglas de justificación interna:

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones⁶⁸⁷.

Estas reglas tienen sus limitaciones. No determinan cómo debe ser la norma universal y tampoco excluyen que pueda ser modificada. En el mismo sentido, es muy importante que estas reglas valgan tanto

⁶⁸⁴ Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 214.

⁶⁸⁵ *Loc. Cit.*

⁶⁸⁶ *Ibidem.*, p. 215.

⁶⁸⁷ *Loc. Cit.*

en los casos en los que pueda utilizarse como fundamentación de una norma de derecho positivo, como en los casos en los que no exista una norma de esta naturaleza. Ahora bien, “si no se puede extraer ninguna regla de la ley, entonces hay que construirla”⁶⁸⁸.

La fundamentación (J.1.1) es insuficiente para los casos complicados. Robert Alexy pone como ejemplo de estos tipos de casos los siguientes: cuando una norma tiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho; cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas; cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas; o cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones⁶⁸⁹. En estos casos hay que acudir a otra forma de justificación (J.1.2) general y rudimentaria⁶⁹⁰:

- (J.1.2) . (1) (x) (Tx → ORx)
- . (2) (x) (M¹ → Tx)
- . (3) (x) ((M² → (M¹x)
- .
- . (4) (x) (Sx → Mⁿx)
- . (5) Sa
- (6) ORa (1)- (5)⁶⁹¹

Para resolver las dudas sobre la aplicación de T o en otros niveles de fundamentación rige una nueva regla:

⁶⁸⁸ *Loc.Cit.*

⁶⁸⁹ *Ibidem.*, p. 216.

⁶⁹⁰ “(J.1.2) es rudimentaria porque no tiene en cuenta la posibilidad de estructuras más complicadas de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas. (J.1.2) es general porque aclara la estructura lógica de cada desarrollo de una específica característica siguiendo la descripción de hechos(Sa)”. *Ibidem.*, p. 219.

⁶⁹¹ “En (J.1.2), (1) es una premisa normativa universal; (2), (3) y (4) son reglas semánticas, que han de proporcionar claridad y precisión en la interpretación y aplicación de T. y, en consecuencia, de (1) en el caso concreto; (5) describe de forma individual los hechos, en relación con (1) por medio de (2) – (4); finalmente, (6) es una concreta decisión jurídica que expresa un deber jurídico, resultante de (1) a través de los pasos (2) a (5)”. José Antonio Seoane, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica....”, p. 84.

(J.2.3) Siempre que exista duda sobre si *a* es un T o un M¹, hay que aducir una regla que decida la cuestión.⁶⁹²

Ante la característica de generalidad de (J.1.2), y para conocer cuántos pasos de desarrollo son necesarios en la fundamentación, se añaden dos reglas más⁶⁹³:

(J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

(J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

Todas estas reglas se refieren a la estructura formal de la argumentación jurídica. Por ello pueden denominarse como “*reglas y formas de la justicia formal*”⁶⁹⁴. Esto no significa, de manera alguna, que la deducibilidad lógica expresada a través de (J.2.2) nos lleve a una fundamentación jurídica basada en la deducción a partir de normas. Al contrario, los pasos (5), (6) y (7) hacen referencia a casos más complicados. Tampoco se puede pensar, señala Alexy, que no se tome en consideración de manera suficiente la interrelación entre hecho y norma, ya que “es necesario entrar en profundidad tanto en las especificidades de los hechos como en las particularidades de la norma”⁶⁹⁵. Esto último se presenta en la justificación externa que puede incorporar todos los argumentos posibles en el discurso jurídico⁶⁹⁶.

Alexy sugiere que no hay que sobrevalorar o infravalorar las formas y reglas de la justificación interna. La dificultad principal estriba en encontrar las premisas para una solución que pretenda ser correcta. Precisamente, en la justificación interna debe quedar claro qué premisas es necesario justificar externamente. Estas reglas aseguran una cierta

⁶⁹² Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica...*, p. 219.

⁶⁹³ *Ibidem.*, p. 220.

⁶⁹⁴ *Loc. Cit.*

⁶⁹⁵ *Ibidem.*, p. 221.

⁶⁹⁶ Aquí es donde realizaría un papel relevante el método propuesto por la tópica jurídica.

medida de racionalidad y la consistencia de una decisión contribuye a la justicia y la seguridad jurídica⁶⁹⁷.

2.2 *Justificación externa*

Este tipo de justificación tiene por objeto fundamentar las premisas utilizadas en la justificación interna. Según Alexy, esas premisas pueden ser de distinto tipo: reglas de derecho positivo, enunciados empíricos y aquellas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo.⁶⁹⁸

Habrán reglas de fundamentación distinta dependiendo del tipo de premisa a ser utilizado. De esta forma, las reglas de derecho positivo deben mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. Los enunciados empíricos tienen formas más complejas que pueden ir desde la metodología propia de las ciencias empíricas, la presunción racional, hasta las reglas de la carga de la prueba en las cuestiones procesales. En el otro tipo de reglas, que no son ni de derecho positivo ni empíricas, se utiliza, en términos generales, la argumentación jurídica.⁶⁹⁹

Dentro de la práctica del derecho se establece una gran cantidad de relaciones entre estos diferentes tipos de fundamentación. En la solución de casos particulares pueden ser utilizados de manera indistinta y complementaria. Sin embargo, en la justificación externa resaltan las normas del tercer tipo; es decir, las que no son ni de derecho positivo ni empíricas. Para ellas existen los siguientes grupos y formas de justificación externa: de interpretación, de argumentación dogmática, del uso de precedentes, de argumentación práctica general y

⁶⁹⁷ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica...*, p. 222.

⁶⁹⁸ *Loc.Cit.*

⁶⁹⁹ *Loc.Cit.*

argumentación empírica y, finalmente, las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos.⁷⁰⁰

La primera tarea de una teoría de la justificación externa es, precisamente, el análisis lógico de las formas de argumentación de los grupos mencionados con anterioridad. El resultado de este examen es entender la forma en que establecen relaciones de necesidad y vinculación y aclarar el papel de la argumentación empírica y de argumentación práctica general en el discurso jurídico.⁷⁰¹

2.2.1 Argumentación empírica

Los enunciados empíricos utilizados en el derecho pueden referirse a campos científicos diversos, como la sociología, la economía, la psicología, la medicina, la antropología, por mencionar algunos de ellos. Alexy nos recuerda que la importancia del conocimiento empírico se toma en cuenta con la regla de transición: “Cualquier hablante puede en cualquier momento pasar a un discurso teórico (empírico)”⁷⁰², misma que también rige en el discurso jurídico.

El principal problema de la argumentación empírica es que el conocimiento de este tipo frecuentemente no puede obtenerse con la certeza deseable. En este caso, señala Alexy, se necesitan reglas de presunción racional. Aún así, la importancia del discurso empírico no debe ser sobrevalorada en el derecho⁷⁰³. No obstante, hay que reconocer que en diversas disputas jurídicas los hechos juegan un papel decisivo. Por dar un ejemplo, los aspectos circunstanciales en que se comete un homicidio.

⁷⁰⁰ *Ibidem.*, p. 223. Alexy señala que estos grupos pueden ser designados con una sola palabra: “(1) ley, (2) dogmática, (3) precedente, (4) razón, (5) empirie y (6) formas especiales de argumentos jurídicos”.

⁷⁰¹ *Loc. Cit.*

⁷⁰² *Ibidem.*, p. 224 y José Antonio Seoane, “*Un código ideal y procedimental de la razón práctica.*”, p. 86.

⁷⁰³ Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 225.

Finalmente, cabe señalar que siempre la inclusión del conocimiento empírico en el discurso jurídico tiene que hacerse de manera interdisciplinaria.

2.2.2 Reglas de la interpretación

En la teoría y filosofía del derecho aún no nos hemos puesto de acuerdo sobre cuales son las reglas de la interpretación, “su número, su formulación precisa, su jerarquía y su valor”⁷⁰⁴. Por ello, Alexy propone, antes de entrar a cualquier discusión, establecer su estructura lógica, la cual, en su expresión abreviada de (J.1.2), es:

- (J.1.2') . (1) $(Tx \rightarrow ORx)$ (R)
 . (2) $(Mx \rightarrow Tx)$ (W)
 . (3) Ma
 . ORa (1) - (2)

A partir de la norma R (1) y de la regla de uso de las palabras W (2), se sigue la norma concreta R', es decir, se trata de su interpretación⁷⁰⁵. De esta forma:

- (2') (x) $(Mx \rightarrow ORx)$

En esta fundamentación es importante, el paso de R a R'; sin embargo, en materia de interpretación no es la única regla de fundamentación. Para abordar otras es necesario determinar que las reglas de la interpretación pueden agruparse en los siguientes tipos: semántica, genética, histórica, comparativa, sistemática y teleológica.⁷⁰⁶

Señala Alexy: “Puede hablarse de *argumento semántico* cuando se justifica, se critica o se afirma como posible, con referencia al uso del lenguaje, una interpretación R' de R”⁷⁰⁷. Aquí, la regla W debe entenderse como una *especificación* del lenguaje natural o de un

⁷⁰⁴ Loc.Cit.

⁷⁰⁵ José Antonio Seoane, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica..”, p. 86.

⁷⁰⁶ Alexy, *Teoría de la argumentación...*, p. 226.

⁷⁰⁷ Loc.Cit.

lenguaje técnico, en este caso, el propio del derecho. Si W fuese una *determinación*, no se trataría de un argumento semántico.⁷⁰⁸

Alexy comenta que los “argumentos semánticos pueden usarse para justificar, criticar o mostrar una interpretación admisible, al menos semánticamente”⁷⁰⁹. De conformidad con lo anterior, se pueden distinguir tres formas de argumentos:

(J.3.1) R' *debe* aceptarse como interpretación de R, sobre la base de Wi.

(J.3.2) R' *no puede aceptarse* como interpretación de R sobre la base de Wk.

(J.3.3) Es *posible* aceptar R' como interpretación de R, y es *posible* no aceptar R' como interpretación de R, pues no rigen ni Wi ni Wk.

Los dos primeros argumentos son definitivos al tener como base una regla semántica. En el tercero de ellos, además de los argumentos semánticos, debe optarse por otro tipo de argumentos. Un problema de este último tipo sólo se resuelve mediante una *determinación*.⁷¹⁰

Por otra parte, se “tiene un *argumento genético* cuando se justifica una interpretación R' de R, porque la misma se corresponde con la voluntad del legislador”⁷¹¹. Alexy distingue dos formas fundamentales de este tipo de argumentos⁷¹²:

(J.4.1) . (1) R' (= IR) es querido por el legislador

W

. (2) R'

⁷⁰⁸ *Loc. Cit.* Alexy utiliza los conceptos de especificación y determinación utilizados por E. Von Savigny, *Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren*, Manchen, 1970, p. 22. A mi entender, la especificación se refiere a un uso del lenguaje de varios posibles; en cambio, la determinación, se refiere a un único uso aceptado del lenguaje natural o técnico. Como ejemplo del primer caso, en nuestro derecho positivo, tendríamos la noción de autoridad; como ejemplo del segundo, el concepto de amparo.

⁷⁰⁹ *Loc. Cit.*

⁷¹⁰ *Ibidem.*, p. 227.

⁷¹¹ *Loc. Cit.*

⁷¹² *Ibidem.*, p. 228. En donde \neg es un símbolo de negación y Z el fin al que aspira la norma.

(J.4.2) . (1) Con R el legislador pretende alcanzar Z

. (2) $\neg R' (= I R) \rightarrow \neg Z$
W

(3) R'

Apunta Alexy: “Ni en (J.4.1) ni en (J.4.2), R' se sigue lógicamente de la o de las premisas mencionadas”⁷¹³. En este caso requieren de reglas de inferencia, en ese sentido, en (J.4.1) se requiere de la siguiente:

(a) El que el legislador desee que R se interprete mediante W
(IR=R')

W

es una razón para la validez de R'.

Alexy considera más interesantes⁷¹⁴ las reglas de inferencia para (J.4.2):

(b) En que el legislador desee con R el fin de Z es una razón para que la aplicación de R sea obligatorio perseguir Z.

(c) Si es obligatorio perseguir el fin Z, entonces también es obligatorio cualquier medio necesario para la realización de Z.

Como puede apreciarse, las reglas de inferencia (a) y (b) tienen un contenido *débil*, ya que en ellas la voluntad del legislador es sólo una razón para una interpretación. En ese sentido, siempre tendrán un grupo de razones en contra. Más compleja es la regla de inferencia (c) que se basa en el siguiente esquema⁷¹⁵:

(S) . (1) OZ

. (2) $\neg M \rightarrow \neg Z$

. (3) OM⁷¹⁶

⁷¹³ *Loc.Cit.*

⁷¹⁴ *Loc.Cit.*

⁷¹⁵ En donde (S) puede verse como una variante de un silogismo práctico. *Ibidem.*, p. 229.

⁷¹⁶ *Loc.Cit.* Es decir: (1) Es obligatorio lograr el estado de cosas Z; (2) Si no se da M, entonces no se logra tampoco Z (es decir, M es una condición para Z); (3) Es obligatorio que se dé M.

En este caso, nos encontramos con una (S) de gran contenido de plausibilidad. Por esa razón, aquí podrían emplearse tanto consideraciones tópicas como de lógica deóntica.

Tanto en los argumentos semánticos como en los genéticos encontraremos que frecuentemente no son explícitos ni completos⁷¹⁷. De esta forma, no expresan sino que presuponen la forma completa del enunciado y deben cumplir con el “requisito de saturación”⁷¹⁸. En otras palabras, para fundamentar la validez de estos argumentos se requieren nuevas formas argumentativas.

En el caso de los argumentos genéticos Alexy considera que es muy difícil y prácticamente imposible lograr su saturación⁷¹⁹. Esto es así porque no es claro determinar a quién deba considerarse como sujeto de la *voluntad del legislador* o determinar precisamente el contenido de esa voluntad.⁷²⁰

Pasando a otro tipo de argumentos. “Se puede hablar de *argumento histórico* cuando se aducen hechos que se refieren a la historia del problema jurídico discutido, en cuanto a razones a favor o en contra de una interpretación”⁷²¹. Alexy, para este tipo de argumento, no expuso alguna forma específica, sino las razones que son utilizadas para casos en contra, las cuales son, a saber: ya se ha utilizado una determinada solución para un problema discutido; ésta condujo a la

⁷¹⁷ José Antonio Seoane, “*Un código ideal y procedimental de la razón práctica...*”, p. 87.

⁷¹⁸ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 229.

⁷¹⁹ *Loc.Cit.*

⁷²⁰ *Ibidem.*, p. 230. En la vida práctica del derecho es muy frecuente observar discusiones en torno a la voluntad del legislador. Aquí entra el problema del legislador histórico, es decir, ¿se tiene que cumplir con la voluntad del legislador en el momento en que emitió la norma? En ese sentido, ¿Qué sucede en el caso de normas que tienen ya una considerable cantidad de tiempo promulgadas? Sobre tan importantes consideraciones Carlos Santiago Nino hace referencia al modelo de interpretación basado en la dogmática jurídica al cual el denomina como del *legislador racional* y denota sus inconsistencias a grado tal que: “el legislador ‘racional’ tiene casi todas las propiedades de los dioses teológicos, quizá con la única diferencia relevante de que su tarea se agota con la legislación”; *Vid. Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, (Serie G: Estudios Doctrinales Núm. 7), pp. 86 y ss.

⁷²¹ *Loc.Cit.*

consecuencia F; F es indeseable; las situaciones no son tan distintas como para que F no ocurra ya hoy, y, en consecuencia, la solución no es aceptable.⁷²²

Continúa Alexy: “En los *argumentos comparativos* se toma como referencia, en lugar de un estado de cosas jurídico anterior, uno de otra sociedad”⁷²³. Aquí tampoco hay una forma determinada. Simplemente, el maestro de Kiel, enuncia que al igual que los argumentos históricos se incluye, además de numerosas premisas empíricas, cuando menos una de naturaleza normativa.⁷²⁴

Por otra parte, con “la expresión *argumento sistemático* se comprende tanto la referencia a la situación de una norma en el texto legal, como la referencia a la relación lógica o teleológica de una norma con otras normas, fines y principios”⁷²⁵. Estos argumentos se entienden mejor cuando se presentan bajo el contexto de la argumentación teleológica. Aclara Alexy, en “sentido estricto, sólo deben considerarse como argumentos sistemáticos aquellos que se refieren únicamente a las relaciones lógicas entre normas”⁷²⁶. Siendo así, la forma más importante de argumento de esta naturaleza es la indicación de una contradicción normativa.

Finalmente, para el esclarecimiento del concepto de *argumento teleológico* Alexy señala que “presupone un análisis detallado de los conceptos de fin y de medio, así como de los conceptos vinculados a éstos de voluntad, intención, necesidad práctica y fin”⁷²⁷. Si bien estas nociones no son abordadas por el maestro de Kiel, sí comenta la necesidad de entender su estructura. Para tal efecto, debe entenderse

⁷²² Un ejercicio similar podría hacerse para el caso de argumentos históricos a favor, en donde la consecuencia F dé un resultado favorable.

⁷²³ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 230.

⁷²⁴ *Ibidem.*, p. 231.

⁷²⁵ *Loc.Cit.*

⁷²⁶ *Loc.Cit.* Bajo este punto de vista nos encontraríamos ante los argumentos característicos del positivismo jurídico, encontrándose aspectos tales como la pertenencia o no al sistema jurídico y la coherencia normativas, por dar algunos ejemplos.

⁷²⁷ *Loc.Cit.*

que los fines buscados por este tipo de argumentos se entiende que son “racionales” y se encuentran establecidos “objetivamente en el contexto del ordenamiento jurídico vigente”⁷²⁸. En consecuencia, se trata de fines fijados normativamente, es decir, un estado de cosas establecido o un suceso prescrito⁷²⁹. De esta manera, la expresión más simple de un argumento teleológico–objetivo tiene la siguiente forma:

$$\begin{aligned} & \text{(J.5) . (1) OZ} \\ & \quad \cdot \text{(2) } \neg R' (= I R) \rightarrow \neg Z \\ & \qquad \qquad \qquad W \\ & \quad \cdot \text{(3) } R' \end{aligned}$$

Esta forma se corresponde con la forma de argumento genético (J.4.2), salvo en el hecho de que Z no es querido por el legislador, sino que es algo objetivo. Es, bajo esa circunstancia, un argumento más fuerte estructuralmente hablando. No obstante, se presentan algunas dificultades en los argumentos teleológicos, a saber: generalmente los fines se establecen, no en una norma, sino en un grupo de ellas; así mismo, no sólo puede existir un fin sino un grupo de ellos; en este último caso se establecerían reglas de preferencia⁷³⁰. Pero, quizá el problema más difícil sería cuando los fines no pueden describirse únicamente a través de expresiones empíricas⁷³¹.

2.2.2.1 El papel de las reglas de interpretación

En este aspecto, Alexy reconoce seis puntos⁷³²: el campo de su aplicabilidad, su *status* lógico, el requisito de saturación, las diversas

⁷²⁸ *Ibidem.*, p. 232. En el mismo sentido, José Antonio Seoane, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica...”, p. 88.

⁷²⁹ Simbolizado en la teoría de Alexy con OZ.

⁷³⁰ Un ejemplo de leyes de preferencia se encuentra en las normas que en las distintas leyes establecen que son de interés público o social. Esta determinación ayuda a resolver problemas de argumentos teleológicos y conflictos de intereses.

⁷³¹ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 234. Alexy pone como ejemplo de este caso la consecución de un principio. En estos casos, es necesario argumentar la forma de concretar esos principios generalmente con la ayuda de nuevos enunciados normativos.

⁷³² *Loc. Cit.*

funciones de las diversas formas, el problema de su jerarquía y la resolución del problema de la jerarquía en la teoría del discurso jurídico.

En lo que concierne a la *aplicabilidad de las reglas de interpretación*. En este caso, salvo la argumentación semántica, las formas argumentativas pueden utilizarse en contextos diversos, tales como el conflicto normativo, los límites normativos, así como la fundamentación de normas que no sólo pueden deducirse de la ley⁷³³. En ese sentido, la interpretación normativa no se constriñe a la literalidad de la norma, sino a la búsqueda de la mejor solución a un problema determinado.

Sobre el *status* lógico, nos enfrentamos a una situación muy discutida. En este sentido, señala Alexy que no puede hablarse realmente de reglas. En efecto, no se resuelve qué debe hacerse o no hacerse en determinados casos. Se trata simplemente de puntos de vista rectores⁷³⁴ o formas de argumentos⁷³⁵. El problema en la teoría de Alexy queda sin resolverse. Desde mi consideración, no puede haber *status* dentro de las reglas interpretativas de manera *a priori*; es la naturaleza del problema jurídico a resolverse la que determina los argumentos a ser utilizados y en qué orden.⁷³⁶

Se cumple el requisito de *saturación* cuando “un argumento de una determinada forma sólo es completo si contiene todas las premisas pertenecientes a esa forma”⁷³⁷. Como ejemplo de argumentos que tengan que ser saturados, Alexy enuncia: la especificación de un uso del lenguaje, las afirmaciones sobre la voluntad del legislador o de las personas que participan en el proceso de la legislación, sobre anteriores

⁷³³ *Ibidem.*, p. 235.

⁷³⁴ Término obtenido por Alexy de Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, pp. 316 y ss. No obstante lo aquí señalado, no debe olvidarse que en normas diversas de derecho positivo sí se establece un *status* lógico en la utilización de métodos interpretativos. A manera de ejemplo se tiene la literalidad en las normas civiles como preferente sobre cualquier otra forma de interpretación.

⁷³⁵ Según Perelman, *Tratado de la Argumentación...*, pp. 295 y ss.

⁷³⁶ Esta es una de las enseñanzas de la Escuela de Maguncia que no deben desecharse en la aplicación práctica de las normas jurídicas.

⁷³⁷ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 236.

estados de cosas jurídicos o sobre el estado del Derecho en otros Estados, así como las hipótesis que sirven a las afirmaciones sobre consecuencias”⁷³⁸.

La exigencia de saturación es una manera de asegurar la racionalidad de las fundamentaciones, lo cual puede hacerse por medio de la siguiente regla:

(J.6) Debe resultar saturada toda forma de argumento que haya que contar entre los cánones de la interpretación.

Con esta regla se evita el conformarnos con una determinada forma de interpretación, siempre será necesario utilizar todas las premisas que ayuden a favorecer la fundamentación normativa.

Por otra parte, las distintas formas de argumentos nos ayudan precisamente a comprender sus distintas funciones. Desde los orígenes, los fines y la adecuación de las normas al sistema normativo hasta la solución más adecuada para un problema determinado, siempre será importante entender la función que desempeñan cada una de las distintas formas argumentativas señaladas por Alexy.⁷³⁹

Precisamente, entender las distintas funciones puede llevarnos a diferentes formas de solucionar los problemas jurídicos. En otras palabras, la saturación puede llevarse a cabo de diferentes maneras. Aquí es donde resulta importante la jerarquización de las reglas de interpretación⁷⁴⁰. Evidentemente, en la teoría del derecho no existe acuerdo respecto a la forma en que puedan existir jerarquías entre las distintas formas de interpretación. En consecuencia, no hay manera de ofrecer solución alguna al problema aquí planteado.

⁷³⁸ *Loc.Cit.*

⁷³⁹ *Ibidem.*, p. 237.

⁷⁴⁰ Como ya hemos señalado en muchas disposiciones de derecho positivo estas jerarquizaciones son determinadas por medio de una norma. Por ejemplo, el párrafo tercero del Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala a la letra: “En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”.

La única forma en que el derecho puede exigir que sus argumentos prevalezcan es asegurando su vinculación con el derecho vigente. De esta forma, Alexy propone la siguiente regla pragmática⁷⁴¹:

(J.7) Los argumentos que expresan vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a otros argumentos.

Esta regla deja abierta su aplicación a cuando existan motivos racionales, lo cual no significa que sea arbitraria, simplemente sólo este tipo de argumentos son válidos en una discusión con pretensión de racionalidad. Alexy comenta que generalmente se tratará de argumentos empíricos los que pueden ser aducidos en un sentido similar al aquí planteado⁷⁴². La prevalencia de un argumento debe justificarse con razones, “no sólo para el caso discutido, sino para todos los casos iguales en los aspectos relevantes”⁷⁴³. De lo aquí expuesto surge la siguiente regla:

(J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según la regla de ponderación.

Las reglas aquí especificadas sólo podrán desarrollarse “con referencia a determinados contextos de interpretación y a determinados sectores del Derecho”⁷⁴⁴, los cuales nunca llegan a ser definitivos. También debe asegurarse la libertad de discusión y la admisibilidad de todos los argumentos, para lo cual existe la siguiente regla:

(J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.⁷⁴⁵

⁷⁴¹ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 239.

⁷⁴² *Loc.Cit.*

⁷⁴³ *Loc.Cit.* Se trata de la *ratio decidendi* que debe cumplir con el principio de universalidad. Los jueces deben resolver de manera tal que su solución pueda adoptar la forma de una regla general.

⁷⁴⁴ *Loc.Cit.*

⁷⁴⁵ *Ibidem.*, p. 240.

Por las reglas hasta aquí señaladas, la interpretación no puede ofrecer una única respuesta correcta a un problema jurídico planteado. A lo sumo puede aspirar, como señala Alexy, a cumplir con la pretensión de la corrección.⁷⁴⁶

2.3 Argumentación dogmática

La dogmática jurídica en Robert Alexy deja a un lado la concepción iusprivatista que la precedía. Desde esta perspectiva la dogmática sólo tenía un carácter meramente descriptivo o cognoscitivo, constriñéndola al estudio del contenido del derecho positivo⁷⁴⁷. Quedarnos con este punto de vista vuelve inoperante a la dogmática al separarla de los aspectos reales con los que el derecho se enfrenta día con día.

Para explicar la argumentación dogmática, Alexy advierte la necesidad de definir, en un primer término, lo que puede entenderse por dogmática jurídica. De esta forma, los juristas entienden por dogmática jurídica a la ciencia del derecho en su sentido más estricto y propio, tal y como es elaborada realmente por ellos⁷⁴⁸. Esta ciencia del derecho, según Alexy, es una mezcla de cuando menos las siguientes actividades: la descripción del derecho vigente, un análisis sistemático y conceptual y la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos.⁷⁴⁹

En relación con estas tres actividades, Alexy distingue tres dimensiones de la dogmática jurídica: una empírico-descriptiva, otra analítico-lógica y otra práctico-normativa⁷⁵⁰. Cada una de estas dimensiones tiene diferente modo de actuar:

⁷⁴⁶ *Loc.Cit.*

⁷⁴⁷ Mario Ruiz, *Op.Cit.*, p.352.

⁷⁴⁸ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica...*, p. 240..

⁷⁴⁹ *Ibidem.*, p. 241. En esto no estaría de acuerdo la Escuela de Maguncia. Para Theodor Viehweg, tal y como lo hemos señalado en el capítulo anterior, la actividad problemática del derecho se presenta en la cetética jurídica.

⁷⁵⁰ *Loc.Cit.*

En el marco de la dimensión empírico–descriptiva se puede distinguir ante todo la descripción y prognosis de la praxis de los tribunales y la averiguación de la voluntad fáctica del legislador. La dimensión analítico–lógica incluye tanto el análisis de los conceptos jurídicos como también la investigación de las relaciones entre las distintas normas y principios. Finalmente, procede según una dimensión práctico–normativa, por ejemplo, quién propone y fundamenta una interpretación de una norma, una nueva norma o una nueva institución, o quién critica una decisión judicial sobre la base de sus defectos prácticos, y elabora una contrapropuesta.⁷⁵¹

A esta conceptualización de la dogmática jurídica, Alexy la considera como amplia. A propósito utilicé esta nota tan amplia con la finalidad de apreciar lo poco claro de los conceptos utilizados por Robert Alexy⁷⁵², ya que integra en una sola noción a la dogmática y la cetética jurídica. El conocimiento dogmático, por naturaleza, no puede sugerir por sí mismo su propia modificación. En el pensamiento dogmático lo que prevalece como criterio orientador es la noción de sistema, no la de problema. Bajo el criterio establecido aquí por Robert Alexy, no habría problema alguno si se equiparara ciencia del derecho con dogmática jurídica. Lo que hace más evidente esta inconsistencia es que en su última dimensión prácticamente puede entrar todo: la sociología jurídica, la política del derecho, la teoría y la filosofía del derecho, y todas aquellas otras materias que tengan que ver, de una u otra forma, con los aspectos empíricos del derecho.

Una noción más estricta sería aquella en la cual la dogmática se puede designar “por medio de expresiones como ‘conceptual’, ‘lógica’ y ‘sistemática’ ”⁷⁵³. Estas nociones le resultan útiles a Robert Alexy para encontrar las siguientes tareas de la dogmática jurídica: el análisis

⁷⁵¹ *Ibidem.*, p. 241 y s.

⁷⁵² Eso no significa que el concepto anterior sea el adoptado por Alexy, el cual, como veremos líneas adelante tiene su propia caracterización.

⁷⁵³ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 242.

lógico de los conceptos jurídicos⁷⁵⁴, la reconducción de este análisis a un sistema⁷⁵⁵ y la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones jurídicas⁷⁵⁶. El problema de una conceptualización en sentido estricto es que utilizando únicamente los medios de análisis y deducción lógica no pueden crearse nuevos contenidos y alcances normativos.

Alexy decide no utilizar ninguno de los conceptos anteriores. El amplio, porque prácticamente todo argumento utilizado en el derecho sería dogmático. El estricto, por sus limitaciones al análisis lógico de las normas jurídicas⁷⁵⁷. Para crear su propio concepto de dogmática jurídica, Alexy establece la necesidad de especificar cinco condiciones⁷⁵⁸:

1. La dogmática jurídica no se integra por un conjunto de actividades sino por *enunciados*⁷⁵⁹.

2. Estos enunciados *están relacionados con las normas establecidas y con la jurisprudencia*, pero no se identifican con su descripción.

3. Los enunciados de una determinada dogmática jurídica forman entre sí *un todo coherente*.

4. Los enunciados de una dogmática jurídica se forman, fundamentan y comprueban en el marco de una *ciencia del derecho que funciona institucionalmente*. Esta característica de institucionalización será la que distinga a un enunciado dogmático de otro del discurso práctico general.

⁷⁵⁴ Por dar un ejemplo recordemos la *Jurisprudencia Conceptual* de Rudolf Von Ihering, *Vid. El espíritu del derecho romano*, México, Oxford. University Press, 2001, (Biblioteca de Derecho Romano), Vól. 3, pp. 645 y ss.

⁷⁵⁵ Uno de los primeros en tratar de hacer esta tarea fue Kart Von Savigny y su Escuela Histórica, sobre el particular puede consultarse de este jurista su *Metodología Jurídica*, Trad. J.J. Santa – Pinter, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979, (Clásicos del Derecho y Ciencias Sociales, Núm. 2), pp. 35 y ss.

⁷⁵⁶ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 243.

⁷⁵⁷ *Ibidem.*, p. 244 y José Antonio Seoane, “*Un código ideal y procedimental de la razón práctica...*”, p. 89.

⁷⁵⁸ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, pp. 244 y ss.

⁷⁵⁹ Los subrayados son hechos por el propio Alexy.

5. Las dogmáticas jurídicas tienen contenido *normativo*. Es decir, no se trata de enunciados meramente empíricos.

Una vez establecidas las condiciones anteriores Alexy efectúa la siguiente definición de dogmática jurídica:

[...] es (1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo.⁷⁶⁰

Esta definición, como indica el propio Alexy, deja sin contestar una importante interrogante: ¿Qué tipos de enunciados hay que considerar como pertenecientes a una dogmática jurídica⁷⁶¹?

2.3.1 Enunciados de la dogmática jurídica

En lugar de tratar de definir el tipo de enunciados utilizados por la dogmática jurídica, Alexy opta por su clasificación, puesto que “no existe aún un análisis detallado y llevado a cabo con métodos modernos, de los enunciados que aparecen en las distintas dogmáticas”⁷⁶². La clasificación, que el propio Alexy califica como provisional, es la siguiente.

1. Las definiciones de los conceptos jurídicos que resulten ser esenciales para la construcción del derecho⁷⁶³ o conceptos jurídicos genuinos⁷⁶⁴. Como ejemplo de ellos se puede encontrar conceptos como

⁷⁶⁰ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 246.

⁷⁶¹ *Loc.Cit.*

⁷⁶² *Loc.Cit.*

⁷⁶³ Para la Jurisprudencia de Conceptos estos resultan ser tan importantes que sin ellos resultaría imposible crear instituciones jurídicas.

⁷⁶⁴ Concepto obtenido por Alexy de Gustav Radbruch, en la traducción utilizada en este trabajo jurídico se definen como conceptos jurídicos auténticos que son “los conceptos constructivos y sistemáticos con los que se capta el contenido normativo de un precepto jurídico”, *Vid., Filosofía del Derecho*, p. 156 y s.

el de persona, acto jurídico, propiedad, contrato, delito y otros similares. Evidentemente, el contenido de estos conceptos dependerá de las normas jurídicas o su interpretación por vía jurisprudencial⁷⁶⁵. En consecuencia, estos conceptos se refieren no a hechos naturales sino institucionales que existen porque tienen reglas previamente establecidas⁷⁶⁶. En ese sentido, estas definiciones tienen un contenido normativo.

2. Definiciones de otros conceptos que no son auténticamente jurídicos⁷⁶⁷ pero que, sin embargo, aparecen en las normas jurídicas. Por ejemplo: las nociones de cosa, robo, acceso, intención, por mencionar algunos de ellos⁷⁶⁸. Para Alexy, no pueden dejarse a la interpretación, es decir fuera de la dogmática, pues juegan un papel importante en la dogmática jurídica⁷⁶⁹. El límite de estos conceptos es que deben respetar un marco normativo.

3. Normas no extraídas de la ley. Es válido utilizar este tipo de conceptos siempre y cuando no contradigan al derecho vigente y que además sean formulados en el lenguaje técnico-jurídico convencional⁷⁷⁰. Como ejemplo de lo anterior, se pueden mencionar las normas creadas por los contratos o la jurisprudencia integradora de normas poco claras o en el caso de silencio de la ley.

4. Las descripciones y caracterizaciones de “*estados de cosas* a cuya producción, eliminación o conservación deben servir normas individuales o grupos de normas, así como la determinación de

⁷⁶⁵ En el caso mexicano algunos conceptos establecidos por la Constitución han tenido una importante consolidación y evolución vía jurisprudencial, tal es el caso de las nociones de nación, modalidades, derecho a la información y libertad de expresión por mencionar algunos de ellos. Sobre el particular, *Vid. La Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, México, Fondo de Cultura Económica – Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1992, VI Vól.

⁷⁶⁶ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 247.

⁷⁶⁷ *Loc.Cit.*

⁷⁶⁸ Gustav Radbruch comenta que estos conceptos se presentan en situaciones de hecho de una ley y generalmente son aclarados por la interpretación. Los denomina como *conceptos jurídicamente relevantes*. *Vid., Filosofía del Derecho*, p. 156.

⁷⁶⁹ Coincidiendo con Alexy, basta recordar la noción de *breve término* de nuestro Artículo 8 Constitucional y su importante evolución jurisprudencial y teórica en la consolidación del derecho de petición.

⁷⁷⁰ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 249.

relaciones de prioridad entre tales estados de cosas”⁷⁷¹. Como un ejemplo de lo anterior, se me ocurre mencionar el caso de las antinomias jurídicas, es decir, cuando un mismo hecho es regulado de forma distinta por normas de la misma jerarquía. En este caso, lo que debe ser descrito es la situación de hecho que genera la antinomia.⁷⁷²

5. Finalmente, las *formulaciones de principios*. Los cuales son definidos por Robert Alexy como: “enunciados normativos de alto nivel de generalidad que, por regla general, no pueden ser aplicados sin añadir premisas normativas adicionales y, las más de las veces, experimentan limitaciones a través de otros principios”⁷⁷³. En este caso, no son utilizados como enunciados sino como descripciones de estados de cosas en las que tienen vigencia.

Esta clasificación, reconoce Alexy, no configura una teoría de la dogmática, pero es útil para su integración. Para tales efectos, considera que una teoría de esta naturaleza debería de constar de las siguientes partes: teoría del lenguaje de la dogmática, el uso de los enunciados de la misma, fundamentación de sus enunciados y fundamentación de la dogmática.⁷⁷⁴

2.3.2 Uso de los enunciados dogmáticos

Los enunciados dogmáticos pueden ser usados de formas diversas. Hay ocasiones en que la fundamentación de enunciados se sigue de los mismos enunciados, conjuntamente con enunciados empíricos o premisas obtenidas del derecho positivo, a esto Alexy lo denomina como *fundamentación dogmática pura*. En cambio, hay ocasiones en que adicionalmente a las fundamentaciones dogmáticas se requiere del uso

⁷⁷¹ *Loc. Cit.*

⁷⁷² Sobre el tratamiento técnico en caso de antinomias jurídicas, Cfr. Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 26 y s.

⁷⁷³ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 249.

⁷⁷⁴ *Ibidem.*, p. 250.

de argumentos prácticos de tipo general, en este caso nos encontramos ante una *fundamentación dogmática impura*⁷⁷⁵.

Por otra parte, los enunciados dogmáticos también pueden ser utilizados sin que ellos mismos sean fundamentados, es decir, cuando un enunciado dogmático no es puesto en duda y es una opinión dominante por sí misma. Eso no significa que se le dé un uso no crítico. Muchas veces dentro de la argumentación jurídica es necesario tomar un punto de partida para la discusión racional. En este caso, nos encontramos ante un *uso no justificatorio*. En cambio, los enunciados jurídicos pueden ser usados en una fundamentación y al mismo tiempo, aducir en su favor otros argumentos. Aquí nos encontramos ante un *uso justificatorio* de los enunciados dogmáticos.⁷⁷⁶

2.3.3 Fundamentación y comprobación de los enunciados dogmáticos

Los enunciados dogmáticos no pueden derivarse únicamente de las normas o solamente de enunciados empíricos. Requieren de ambos aspectos para su fundamentación. En este rubro, Alexy distingue entre la fundamentación y la comprobación de los enunciados dogmáticos, de tal forma que:

Una fundamentación tiene lugar cuando un enunciado se deriva de otros enunciados; y una comprobación, cuando se cuestiona si se pueden aceptar enunciados que se derivan de un enunciado, bien sea aisladamente, o bien conjuntamente con otros enunciados.⁷⁷⁷

En ambos casos se llegará a la utilización de enunciados prácticos de tipo general, puesto que los enunciados utilizados no pueden ser siempre de naturaleza dogmática. Por esa razón, “los enunciados prácticos de tipo general constituyen la base tanto de la

⁷⁷⁵ *Loc. Cit.*

⁷⁷⁶ *Loc. Cit.*

⁷⁷⁷ *Ibidem.*, p. 251.

fundamentación como de la comprobación de enunciados dogmáticos”⁷⁷⁸.

No obstante lo anterior, Alexy señala que lo específico de los enunciados dogmáticos es que pueden ser comprobados *sistemáticamente*. Distinguiéndose dos formas de comprobación en este sentido. La primera, en *stricto sensu*, se refiere a las relaciones lógicas entre el enunciado a comprobar y el resto de los enunciados dogmáticos, así como entre las normas vigentes. La segunda, *lato sensu*, se refiere a la relación, desde un punto de vista práctico de tipo general, entre el enunciado normativo que ha de fundamentarse con ayuda de los enunciados dogmáticos y el resto de los enunciados dogmáticos y normas jurídicas.⁷⁷⁹

El fin más importante de la comprobación sistemática *stricto sensu*, es demostrar si el enunciado en cuestión se ajusta sin contradicción alguna a los enunciados dogmáticos ya aceptados, así como a las normas jurídicas vigentes. Por su parte, la comprobación sistemática *lato sensu*, estudia si ciertos enunciados dogmáticos pueden justificarse con otros enunciados dogmáticos y formulaciones de normas jurídicas de acuerdo con las reglas del discurso práctico general⁷⁸⁰. En ambos casos, según Alexy, se presenta un “control de consistencia”⁷⁸¹, es decir, se busca que los enunciados dogmáticos sean acordes entre sí y con el derecho vigente.

Lo importante aquí es señalar que la dogmática jurídica depende de la argumentación práctica general. Los enunciados no son irrefutables y, por tanto, no se trata de dogmas en el sentido convencional del término⁷⁸². Todo lo anterior puede ser sintetizado en las siguientes reglas:

⁷⁷⁸ *Loc. Cit.*

⁷⁷⁹ *Ibidem.*, p. 251 y s. así como José Antonio Seoane, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica...”, p. 90.

⁷⁸⁰ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 252.

⁷⁸¹ *Ibidem.*, p. 253.

⁷⁸² *Ibidem.*, p. 254.

(J.10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.

(J.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio⁷⁸³.

2.3.4 Funciones de la dogmática

Las funciones de la dogmática son importantes en la teoría argumentativa de Robert Alexy, puesto que justifican la existencia autónoma de la dogmática jurídica frente a la argumentación práctica general. Estas funciones son al menos las siguientes: de estabilización, de progreso, de descarga, técnica, de control y heurística.⁷⁸⁴

La *función de estabilización* se presenta cuando con la ayuda de enunciados dogmáticos se fijan, y por tanto se reproducen, ciertas soluciones a cuestiones prácticas. “Esto es posible porque la dogmática opera institucionalmente”⁷⁸⁵. De esta forma, durante un cierto período de tiempo prevalecen ciertas decisiones. Esta función favorece los principios de universalidad y seguridad jurídica, lo cual, de ninguna forma, significa el mantener por tiempo ilimitado un enunciado dogmático existiendo razones sustentadas para su modificación.⁷⁸⁶

La *función de progreso* se encuentra estrechamente ligada con la anterior. Por medio de su constante confrontación y validación los enunciados de la dogmática pueden ser modificados o ampliada su fundamentación. Esto implica posibles progresos dentro de la dogmática jurídica por la ampliación en la discusión jurídica en sus dimensiones temporal, objetual y personal.⁷⁸⁷

⁷⁸³ *Loc.Cit.* La herencia de la Escuela de Maguncia es inevitable, el sistema debe ser corregido de manera constante por los problemas que trata de resolver.

⁷⁸⁴ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 255.

⁷⁸⁵ *Loc.Cit.*

⁷⁸⁶ *Ibidem.*, p. 255 y s.

⁷⁸⁷ *Ibidem.*, p. 257.

La *función de descarga* se presenta cuando en las fundamentaciones dogmáticas ya no es necesario una nueva comprobación, siempre y cuando no existan razones especiales para su modificación. Esta función es indispensable no sólo para el trabajo judicial, sino también para la labor científico-jurídica. Esto con la finalidad de no volver a discutir todo una y otra vez⁷⁸⁸. Esta función generalmente se presenta en casos ordinarios. En los casos difíciles, esta descarga se convierte en carga⁷⁸⁹ al tener nuevamente que replantearse el problema jurídico a resolver.

La *función técnica* es muy importante ya que a través de ella se estudia el sentido de las normas jurídicas, se construyen conceptos, formas de enunciados e instituciones jurídicas⁷⁹⁰. Por medio de esta función la dogmática promueve la enseñanza y el aprendizaje de la materia jurídica⁷⁹¹.

La *función de control* se refiere a la consistencia de los enunciados dogmáticos. Aquí es donde se aplican las comprobaciones sistemáticas *stricto sensu* y *lato sensu* a las que hemos hecho referencia. Por medio de la función de control se garantiza la justicia y la seguridad jurídica.⁷⁹²

Finalmente, la *función heurística* ya que la dogmática contiene “una serie de modelos de solución, distinciones y puntos de vista que no aparecerían si hubiera que empezar siempre de nuevo”⁷⁹³. De esta forma, la dogmática puede ser un punto de partida para la argumentación jurídica.

⁷⁸⁸ *Loc.Cit.*

⁷⁸⁹ *Ibidem.*, p. 258.

⁷⁹⁰ A estas actividades Rudolf Von Ihering las denominaba como Jurisprudencia Superior; en cambio, la simple interpretación normativa la consideraba como Jurisprudencia Inferior.

⁷⁹¹ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 259.

⁷⁹² *Ibidem.*, p. 259 y s.

⁷⁹³ *Ibidem.*, p. 260.

2.3.5 Argumentación dogmática y argumentación práctica general

La dogmática jurídica produce resultados que no sería posible conseguir exclusivamente con la argumentación práctica general. Para ejemplificar esto, Alexy establece las funciones de estabilización y control que se estudiaron en el numeral anterior. En ese sentido, la dogmática es racional, esta cualidad se acentúa por la interacción existente entre la dogmática y la argumentación práctica general. “En suma, el uso de argumentos dogmáticos puede ser visto no sólo como no contradictorio con los principios de la teoría del discurso, sino además como un tipo exigido por ésta en el contexto especial del discurso jurídico”⁷⁹⁴. Así, surge la siguiente regla:

(J.12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

Para Mario Ruiz Sanz, la dogmática jurídica en la actualidad puede tener una dudosa utilidad al no ser obligatorio su uso⁷⁹⁵. No obstante, en los contextos reales de la argumentación y la discusión jurídicas es indispensable su utilización.

2.4 Uso de los precedentes

En toda argumentación jurídica los precedentes deben tomarse en cuenta al menos por su importancia *fáctica*. Dentro de la teoría de Alexy destacarán básicamente dos cuestiones: el papel que les corresponde en la teoría de la argumentación jurídica y la relación de los argumentos basados en precedentes con otros argumentos posibles dentro del discurso jurídico⁷⁹⁶. En este orden se analizan los precedentes.

2.4.1 Regla de la carga de la argumentación

El fundamento de los precedentes es el principio de universalidad: tratar de igual manera a lo igual. Sin embargo, nunca hay dos casos

⁷⁹⁴ *Ibidem.*, p. 261.

⁷⁹⁵ Mario Ruiz Sanz, *Op.Cit.*, p. 364 y s.

⁷⁹⁶ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 262.

completamente iguales, siempre habrá diferencias. “El verdadero problema se traslada, por ello, a la determinación de la relevancia de las diferencias”⁷⁹⁷. Si se desea aplicar únicamente el principio de universalidad esto trae como consecuencia no analizar los cambios de la valoración de las circunstancias en las que se presenta un asunto determinado⁷⁹⁸. Sin embargo, una condición de la argumentación es que ésta sea justificable. De forma que la *carga de la argumentación* la tendrá el que desee apartarse del cumplimiento de un precedente⁷⁹⁹.

Los precedentes también tienen las funciones de estabilización, progreso y descarga⁸⁰⁰. Así es como contribuyen a la seguridad jurídica y a la búsqueda de equidad en las decisiones. Por estas consideraciones Alexy propone las siguientes reglas⁸⁰¹:

(J.13) Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse.

(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación.

2.4.2 Uso del precedente en la argumentación jurídica

Sobre el particular veamos lo que indica Alexy: “El uso de un precedente significa la aplicación de la norma que subyace a la decisión del precedente. ‘El Derecho del precedente es también un Derecho de normas’ ”⁸⁰². El problema a resolver sería: ¿Qué se entiende por normas en el caso de los precedentes? Prácticamente en toda la doctrina jurídica actual a los precedentes se les considera como normas jurídicas particularizadas. Pero surge otra pregunta: ¿Cómo dejar sin vigencia o

⁷⁹⁷ *Loc.Cit.*

⁷⁹⁸ José Antonio Seoane, “*Un código ideal y procedimental de la razón práctica...*”, p. 91.

⁷⁹⁹ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 263.

⁸⁰⁰ *Ibidem.*, p. 264.

⁸⁰¹ *Ibidem.*, p. 265.

⁸⁰² *Ibidem.*, p. 266.

modificar el sentido de un precedente? Alexy contesta que para ello se necesitan suficientes razones jurídicas⁸⁰³.

Por la naturaleza problemática de los precedentes, resulta evidente señalar que son muy importantes los argumentos prácticos de índole general y junto a ellos todos los argumentos que sea posible considerar en el discurso jurídico⁸⁰⁴. Una vez más nos encontramos ante un discurso racional.

2.5 Argumentos jurídicos especiales

Como “argumentos jurídicos especiales cabe entender aquí las formas de argumentos que usan especialmente en la metodología jurídica, como la analogía, el *argumentum e contrario*, el *argumentum a fortiori* y el *argumentum ad absurdum*”⁸⁰⁵. De los anteriores tipos de argumentos Alexy sólo recoge fórmulas para el argumento *a contrario*, la analogía y la reducción al absurdo, las cuales son respectivamente las siguientes⁸⁰⁶:

- (J.15) . (1) $(x) (OGx \rightarrow Fx)$
 . (2) $(x) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx)$ (1)
- (J. 16) . (1) $(x) (Fx \vee \text{sim. } x \rightarrow OGx)$ ⁸⁰⁷
 . (2) $(x) (Hx \rightarrow F. \text{ sim. } x)$
 . (3) $(x) (Hx \rightarrow OGx)$ (1), (2)
- (J.17) . (1) $O \neg Z$
 . (2) $R' \rightarrow Z$
 . (3) $\neg R'$

De las formas anteriores, se desprende que (J.15) es un esquema de inferencia válido lógicamente, (J.16) es exigido por el principio de universalidad y (J.17) es un caso en el que se toman en consideración

⁸⁰³ *Loc.Cit.*

⁸⁰⁴ *Loc.Cit.*

⁸⁰⁵ *Loc.Cit.*

⁸⁰⁶ *Ibidem.*, pp. 267 y ss. Así como José Antonio Seoane, “*Un código ideal y procedimental de la razón práctica...*”, p. 92.

⁸⁰⁷ Significa que x es semejante a F.

las consecuencias⁸⁰⁸. Como estas formas pueden ser reducidas a reglas, su uso puede ser calificado como racional. Sin embargo, al igual que las reglas anteriores, esta racionalidad sólo se presenta en la medida en la que son saturadas y puedan ser fundamentadas dentro del discurso jurídico⁸⁰⁹. De esta forma, es vigente la siguiente regla:

(J.18) Las formas de argumentos jurídicos especiales tienen que ser saturadas.

2.6 *Discurso jurídico y discurso práctico general*

Una vez concluido el análisis de los diferentes tipos de argumentos, Alexy recapitula la relación de unión existente entre el discurso jurídico y el discurso práctico general, la cual se presenta en los siguientes aspectos: la necesidad del discurso jurídico sobre la base del discurso práctico general, la coincidencia parcial en la pretensión de la corrección, la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general y la necesidad de argumentación práctica de tipo general en el marco de la argumentación jurídica⁸¹⁰. Demos un breve repaso a estos aspectos.

2.6.1 Necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general

Esta necesidad surge ante la insuficiencia del discurso práctico, en concreto, por no garantizar seguridad en sus decisiones. Es evidente que esta cualidad es indispensable para las resoluciones de naturaleza jurídica. Adicionalmente a lo anterior, Alexy comenta tres razones de existencia de la debilidad de las reglas prácticas, sobre las jurídicas: (1) las primeras “no prescriben de qué premisas normativas deben partir los

⁸⁰⁸ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 270 y s. y José Antonio Seoane, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica...”, p. 92.

⁸⁰⁹ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 271.

⁸¹⁰ *Ibidem.*, p. 272 y s.

participantes en el discurso”⁸¹¹. Siendo que en el derecho el “punto de partida del discurso lo constituyen las convicciones normativas realmente existentes, que con frecuencia son incompatibles entre sí”⁸¹². (2) No tiene fijados todos los pasos a seguir en la argumentación y (3) “algunas reglas del discurso sólo pueden cumplirse de manera aproximada, existe por ello siempre la posibilidad de que no se alcance ningún acuerdo”⁸¹³. Por estas razones es indispensable establecer un procedimiento que ponga límites a las cuestiones discursivas y le otorguen racionalidad a las decisiones.

Por su parte, el derecho necesita del discurso práctico por la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de conflictos normativos, los casos con implicaciones jurídicas pero que no se regulan por ninguna norma vigente y la posibilidad de decidir, en determinadas situaciones, en contra de una norma vigente⁸¹⁴.

De tal manera, existe una complementación entre ambas, fundamentada en la institucionalización del discurso del derecho como ciencia jurídica.

2.6.2 Coincidencia parcial en la pretensión de corrección

Otra coincidencia entre ambas formas de argumentación es la búsqueda de la pretensión de la corrección⁸¹⁵. En materia jurídica esta pretensión significa que los enunciados normativos sólo pueden ser fundamentados racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente⁸¹⁶. Así que la “racionalidad de la argumentación jurídica, en la medida que esta

⁸¹¹ *Ibidem.*, p. 273.

⁸¹² *Loc.Cit.*

⁸¹³ *Loc.Cit.*

⁸¹⁴ *Ibidem.*, p. 274.

⁸¹⁵ Para Alexy la corrección es uno de los problemas fundamentales de la filosofía del derecho por su relación con la moral. *Vid.* Robert Alexy, “La naturaleza de la filosofía del derecho” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 2003, Núm. 26, p. 151.

⁸¹⁶ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 274.

determinada por la ley, es por ello siempre relativa a la racionalidad de la legislación”⁸¹⁷.

La pretensión de corrección provee una base sólida para el argumento de que la moral está necesariamente incluida en el derecho. De ser cierto, la creación y aplicación del derecho y los límites del mismo tendrían una mejor justificación. No obstante lo anterior, Alexy reconoce que la estructura autoritativa e institucionalizada del derecho choca con la incertidumbre general del razonamiento moral. Quizá, en su pensamiento, este problema pueda evitarse al “considerar que el razonamiento moral no pertenece al derecho, si no es posible incorporarlo dentro del razonamiento jurídico sin destruir la índole necesariamente autoritativa de los elementos de este último”⁸¹⁸. Precisamente, ésta es una de las principales tareas a resolver por la teoría y filosofía del derecho.

Dentro de esta problemática, como reconoce el propio Robert Alexy, es necesario responder al siguiente cuestionamiento: ¿Qué significa decidir racionalmente en el marco de un ordenamiento jurídico válido? Esta pregunta queda sin respuesta, ya que Alexy menciona vagamente que esto debe aclararse en una teoría de la argumentación jurídica⁸¹⁹.

2.6.3 Coincidencia estructural en las reglas del discurso

La relación entre el discurso jurídico y el discurso práctico general es clara en el pensamiento alexyano a partir de la coincidencia de sus reglas discursivas, a saber:

⁸¹⁷ *Loc.Cit.* La presente nota es importante porque denota como Robert Alexy constriñe su racionalidad a la forma de pensamiento sistemático, como si sólo se pudiera establecer un discurso racional por medio del derecho vigente.

⁸¹⁸ Alexy, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, p. 158.

⁸¹⁹ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, p. 275. Con esta afirmación del maestro de Kiel parecería ser que no existe una sola teoría argumentativa sino varias. De otra forma, este problema tendría que ser resuelto en esta obra. Adicionalmente, si no existe una teoría única de la argumentación no podría hablarse de una teoría de la argumentación jurídica.

1. El *principio de universalidad* del discurso práctico se corresponde con el *principio de justicia formal* de tratar igual a lo igual. En ese sentido sus fundamentos son similares⁸²⁰.

2. La *argumentación empírica* juega un papel importante y decisivo en ambos tipos de discurso. En efecto, cuando no hay acuerdo en las normas se acude a los hechos. Esto da origen a reglas de presunción racional⁸²¹ para la presentación y utilización de los aspectos fácticos.

3. Algunas de las reglas de interpretación jurídica son variantes de formas de argumentos prácticos generales. Estas reglas, además, son vinculantes entre ambos tipos de discurso⁸²².

4. “La *ciencia jurídica dogmática* puede entenderse como una institucionalización estable del discurso práctico bajo la condición de existencia de un ordenamiento jurídico”⁸²³. Precisamente esta institucionalización es la que otorga ciertas cualidades al discurso jurídico de estabilización, progreso, control y heurística que el discurso práctico racional no podría crear por sí mismo.

5. Los principios de universalidad y de inercia del discurso práctico general se equiparan al fundamento del *uso del precedente* en el discurso jurídico⁸²⁴.

6. Por último, el *uso de formas de argumentos especiales* tienen similitud con las reglas del discurso práctico general. Por ejemplo, el *argumentum e contrario* es la aplicación de una regla lógica, la analogía es un caso de aplicación del principio de universalidad y el argumento de reducción al absurdo es una variante de la forma básica del argumento consensualista⁸²⁵.

⁸²⁰ *Loc.Cit.*

⁸²¹ *Ibidem.*, p. 275 y s.

⁸²² *Ibidem.*, p. 276.

⁸²³ *Loc.Cit.*

⁸²⁴ *Loc.Cit.*

⁸²⁵ *Ibidem.*, p. 276 y s.

2.6.4 Necesidad de argumentos prácticos generales en el marco de la argumentación jurídica

Como señala Robert Alexy, “la argumentación jurídica depende normalmente de la argumentación práctica general y (...) por ello, se puede hablar de que la argumentación práctica general constituye el fundamento de la argumentación jurídica”⁸²⁶. De tal manera que la primera es una forma especial de la segunda.

Así, esta relación es exigida por razones prácticas, ya que la argumentación jurídica de ninguna forma es idéntica o puede reducirse al discurso práctico general⁸²⁷.

2.6.5 Límites y necesidad de la teoría del discurso jurídico racional

Alexy destaca la importancia que tienen las reglas y formas del discurso jurídico en el sentido de ser un criterio de corrección para las decisiones jurídicas⁸²⁸. Aquí es donde radica su necesidad dentro del ámbito del derecho.

En el mismo sentido, el discurso jurídico racional tiene una importante limitación que es el no garantizar la seguridad de sus resultados. Pero, como lo señala el propio Alexy, una seguridad de esta naturaleza no se encuentra en ninguna actividad que se considere como racional⁸²⁹. Otra limitación del discurso jurídico es que por sí solo no puede abordar o resolver los distintos tipos de problemas que se le presenten, en este caso, siempre necesitará de los argumentos prácticos racionales⁸³⁰. Es decir, la argumentación jurídica debe cumplir con las siguientes condiciones de adecuación: dentro del marco de las normas jurídicas vigentes, respetando el sistema jurídico, atendiendo a los

⁸²⁶ *Ibidem.*, p. 277.

⁸²⁷ *Loc. Cit.*

⁸²⁸ *Ibidem.*, p. 279.

⁸²⁹ *Ibidem.*, p. 278.

⁸³⁰ *Ibidem.*, p. 279.

precedentes judiciales, enmarcada en la dogmática jurídica practicada institucionalmente y fundada de manera racional⁸³¹.

Alexy concluye su teoría de la argumentación jurídica con las siguientes palabras:

Finalmente, no hay que infravalorar la función de la teoría del discurso jurídico racional como definición de un ideal. Como tal idea, apunta más allá del campo de la Jurisprudencia. Los juristas pueden ciertamente contribuir a la realización de la razón y la justicia, pero esto, en el sector que ellos ocupan, no pueden realizarlo aisladamente. Ello presupone un orden social racional y justo.⁸³²

Quiero resaltar esta última idea: sólo un orden social racional y justo nos puede proporcionar una teoría de la argumentación jurídica de la misma naturaleza. Esa es la razón de ser de los siguientes capítulos.

⁸³¹ Cfr. Mario Ruiz, *Op.Cit.*, p. 351.

⁸³² Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica...*, p. 280.

CUARTA PARTE
UNA TEORÍA ARGUMENTATIVA COMO FUNDAMENTACIÓN
DEL POSITIVISMO JURÍDICO

CAPÍTULO I

CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE ROBERT ALEXY

A los ya cerca de treinta años de haber sido presentada por vez primera⁸³³, la *Teoría de la Argumentación jurídica* de Robert Alexy ha recibido diversos comentarios críticos. Algunos de ellos han sido contestados por el propio Alexy en ediciones posteriores de su obra⁸³⁴. Las críticas prácticamente han sido en dos sentidos: contra la teoría del discurso en cuanto tal y contra la tesis de que la argumentación jurídica sea un caso especial del discurso práctico general⁸³⁵. Siguiendo esta misma clasificación sugerida por Alexy daremos un breve repaso a los argumentos que se oponen a su teoría de la argumentación con la finalidad de, posteriormente, incluir nuestra crítica.

1. CONTRA LA TEORÍA DEL DISCURSO EN CUANTO TAL

Aquí los comentarios se dirigen básicamente a poner en entredicho la aplicabilidad o utilidad de la teoría⁸³⁶. Sobre este tópico se han hecho, principalmente, cuatro tipos de objeciones reconocidas por Alexy: sobre el discurso y sus razones, sobre la necesidad de la comunicación, sobre el procedimiento y corrección y sobre la fundamentación de las reglas del discurso.⁸³⁷

1.1 *Discurso y buenas razones*

Para Alexy la teoría del discurso es una teoría procedimental. Es decir, “una norma es correcta sólo si puede ser el resultado de un

⁸³³ Es necesario recordar que la *Teoría de la Argumentación* de Robert Alexy se presentó en 1976 como tesis de doctorado en la Facultad de Derecho de Georg – August – Universität de Göttingen. Vid. Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 20.

⁸³⁴ Cfr. “El Postfacio: respuesta a algunos críticos” en Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, pp. 289 - 318.

⁸³⁵ *Ibidem.*, p. 291 y Manuel Atienza, *Las razones del derecho...*, pp. 206 y ss.

⁸³⁶ Manuel Atienza, *Loc.Cit.*

⁸³⁷ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, pp. 291 - 311

procedimiento definido a través de las reglas del discurso”⁸³⁸. Contra esta afirmación, O. Weinberger, en su obra *Logische Analyse als Basis der juristischerargumentation*⁸³⁹, comenta que con la observancia de las reglas no se garantiza la corrección de los resultados. Desde este punto de vista, el discurso sólo juega un papel heurístico en el contexto de descubrimiento, “pero no un papel que garantice la corrección en el contexto de justificación”⁸⁴⁰. En este último contexto, no cuentan las reglas del discurso, sino las buenas razones, entendiéndose por tales los “argumentos de la lógica, de la experiencia y del análisis crítico”⁸⁴¹. El problema de fondo es la concepción de racionalidad de Weinberger y Alexy: “Para mí, la racionalidad es el problema de las buenas razones; para Robert Alexy, el problema de la forma del discurso.”⁸⁴²

Sobre esta crítica, contraargumenta Alexy: “El punto de partida de los argumentos a dirigir contra Weinberger lo constituye la tesis de que la teoría del discurso no lleva a considerar como correcto cualquier resultado de una comunicación lingüística, sino solamente el resultado de un discurso racional”⁸⁴³. Ahora bien, para Alexy el cumplimiento de las reglas del discurso también obliga a garantizar la bondad de los argumentos empleados. Como ejemplo de lo anterior se encuentran: las exigencias de no contradicción, de universalización, de claridad conceptual, de verdad empírica, del carácter plenamente deductivo de los argumentos, de consideración de las consecuencias, de determinación de las relaciones de preferencia y de análisis de las convicciones morales, por dar un ejemplo.⁸⁴⁴

Por estas razones, Alexy comenta: “Esto pone de manifiesto que Weinberger traza un cuadro sesgado de la teoría del discurso cuando

⁸³⁸ *Ibidem.*, p. 291.

⁸³⁹ Citado por Alexy, *Loc.Cit.* Esta obra originalmente fue publicada en W. Krawietz/ R. Alexy, *Metatheorie juristischer argumentation*, Berlin, 1983, 190 pp.

⁸⁴⁰ *Ibidem.*, p. 292.

⁸⁴¹ Citado por Alexy, *Loc.Cit.* También, véase Manuel Atienza, *Las razones del derecho...*, p. 207.

⁸⁴² Citado por Atienza, *Loc.Cit.*

⁸⁴³ Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica...*, p. 292.

⁸⁴⁴ *Ibidem.*, p. 292 y s. En el mismo sentido, Alexy también comenta la regla de razón, por medio de la cual se toman en consideración todas las objeciones y puntos de vista.

piensa que la misma reemplaza la experiencia y el análisis por el simple consenso”⁸⁴⁵.

Por último, Alexy señala que exigir la seguridad de una corrección absoluta no puede ser garantizado por ningún procedimiento⁸⁴⁶ y tiene razón; no obstante, tal y como lo señala Weinberger, el proceso de la argumentación moral no está determinado completamente por medio de reglas, esto oculta una parte de la realidad: “Que la resolución de los problemas morales no es puramente una tarea cognoscitiva.”⁸⁴⁷

1.2 Necesidad de la comunicación

Sobre este aspecto, Tugendhat objeta contra la teoría del discurso que la fundamentación no es esencialmente un fenómeno comunicativo, “porque el mismo sería también realizable del todo igualmente por un individuo para sí mismo, por lo tanto, en ese sentido, monológicamente”⁸⁴⁸. Para tales efectos, este crítico hace una distinción entre reglas semánticas y reglas pragmáticas. Las reglas semánticas determinan el uso de un enunciado, con independencia de si el mismo se emplea en un diálogo comunicativo o en un diálogo interior; mientras que las reglas pragmáticas son las que deben seguirse en relación con un diálogo entre varios⁸⁴⁹. Para Tugendhat, el catálogo de reglas propuesto por Alexy incluye reglas de ambas clases. Es el propio maestro de Kiel el que reconoce la verdad de esta afirmación.⁸⁵⁰

⁸⁴⁵ Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica...*, p. 293.

⁸⁴⁶ *Ibidem.*, p. 294.

⁸⁴⁷ Atienza, *Las razones del derecho...*, p. 209. Yo agregaría, no cognoscitiva desde el punto de vista del razonamiento general, si cognoscitiva desde el razonamiento práctico que proporciona la ética clásica. Esta idea se profundizará en el próximo capítulo.

⁸⁴⁸ Citado por Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica...*, p. 295 de E. Tugendhat, *Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht*, en “Archiv für Rechts und Sozialphilosophie”, Cuaderno (Nueva Serie), Núm. 14, 1980, p. 6.

⁸⁴⁹ *Loc.Cit.*

⁸⁵⁰ *Loc.Cit.*

No obstante lo anterior, Alexy indica que Tugendhat no “tiene razón, sin embargo, cuando piensa que las reglas pragmáticas (por ejemplo, las que aseguran el derecho de participación de todos en el discurso y la libertad de todos en el discurso [2.1] – [2.3]), no tienen nada que ver con el concepto de fundamentación práctica”⁸⁵¹. Esta crítica es realizada por Tugendhat a base de considerar que la fundamentación de una norma se realiza si “es igualmente buena para todos”⁸⁵²; es decir, que no perjudica a nadie.

La respuesta alexyana a esta crítica señala que en ese sentido el “juicio fonológico debe por ello, por razones morales, utilizar el consenso de los afectados como criterio de corrección. *Tiene por ello una importancia decisiva el que este consenso no deba ser cognitivo, sino volitivo*”⁸⁵³. Si esto es así, su elaboración no es un acto de razón, sino de voluntad. Caso en el cual no se hablaría de una teoría de la argumentación, sino, en contraste, de una teoría de la decisión⁸⁵⁴, ya que se trataría de una reducción de la *formación del juicio* a la *formación de la voluntad*.⁸⁵⁵

Para completar lo anterior, Robert Alexy considera que sí existe una estructura comunicativa en el proceso de fundamentación, básicamente por dos cuestiones: primero, el sopesar y modificar las interpretaciones de intereses diversos, con base en argumentos, en la búsqueda de soluciones correctas; y, segundo, la exigencia de tomar en serio las argumentaciones de los otros individuos⁸⁵⁶. Solventadas estas diferencias, Manuel Atienza considera que realmente no existen diferencias sustanciales entre Tugendhat y Alexy⁸⁵⁷; no obstante, reconoce que en la teoría del maestro de Kiel no queda claro “de qué

⁸⁵¹ *Loc.Cit.*

⁸⁵² *Ibidem.*, p. 296. Alexy señala que esto se fundamenta en “una ética determinada esencialmente por medio de ideas kantianas”, es decir, en una ética universalista.

⁸⁵³ *Loc.Cit.* El subrayado es mío.

⁸⁵⁴ *Loc.Cit.*

⁸⁵⁵ *Loc.Cit.*

⁸⁵⁶ *Ibidem.*, p. 299.

⁸⁵⁷ Manuel Atienza, *Las razones del derecho...*, p. 213.

manera se puede unir armoniosamente la interpretación discursiva de la argumentación jurídica y la adhesión al Derecho positivo”⁸⁵⁸.

1.3 Procedimiento y corrección

En el pensamiento de Alexy existe una objeción standard contra la teoría del discurso, en cuanto explicación del concepto de corrección práctica. Esta crítica consiste en que no se distingue entre el concepto y el criterio de corrección⁸⁵⁹. Estas objeciones se basan en que dentro de las reglas del discurso no se define ningún procedimiento que permita alcanzar siempre, en un número concreto de operaciones, un resultado concreto.⁸⁶⁰

El hecho de que no se establezca ningún procedimiento es fundamentalmente por tres razones:

En primer lugar, las reglas del discurso no contienen determinaciones con respecto a los puntos de partida del procedimiento. Los puntos de partida son las convicciones normativas y las interpretaciones de intereses de los participantes, existentes en cada caso. En segundo lugar, las reglas del discurso no establecen todos los pasos de la argumentación. En tercer lugar, una serie de reglas del discurso sólo se pueden cumplir de manera aproximada. *La teoría del discurso es, en ese sentido, una teoría no definida de manera concluyente. Pero todo esto no es cuestionado, sino resaltado por la teoría del discurso.*⁸⁶¹

⁸⁵⁸ *Ibidem.*, p. 214.

⁸⁵⁹ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 299 y s.

⁸⁶⁰ *Ibidem.*, p. 300.

⁸⁶¹ *Loc.Cit.* El subrayado es mío. Con estas afirmaciones de Alexy cabría preguntarse si realmente existe una teoría del discurso en el amplio sentido de la palabra. Es más, cabría preguntarse si realmente existe una teoría de la argumentación jurídica. En efecto, si la teoría del discurso es inacabada, por ende, la teoría de la argumentación jurídica también puesto que ésta es una parte de aquélla. En fin, la teoría argumentativa de Robert Alexy seguirá generando polémica en cuanto sus alcances y limitaciones.

Por estas razones, Alexy considera que estas críticas —más que perjudicar— fortalecen a la teoría del discurso. Para demostrar este aserto expone la necesidad de distinguir entre discurso ideal y real.

1.3.1 Discurso ideal

“Los discursos pueden ser ideales en algunos o en todos los aspectos. Aquí debemos interesarnos únicamente por el discurso ideal en todos los aspectos”⁸⁶². Los problemas que enfrenta un discurso de esta naturaleza son diversos, pero todos ellos tienen que ver con el concepto de corrección.

Un primer problema sería el del consenso, el cual no puede resolverse. No existe procedimiento alguno que garantice, en un discurso ideal, el conocimiento de cómo actuarían los participantes en cuanto personas reales.⁸⁶³

Esta dificultad lleva a un segundo problema, el de la contradicción. Es decir, si “no hay ninguna garantía de consenso, entonces debe mantenerse como posible el que después de una duración potencialmente indefinida del discurso se defiendan por los participantes normas que son, sin embargo, incompatibles entre sí”⁸⁶⁴. No se hablaría, en ese sentido, de una fundamentación correcta, sino de varias que podrían tener esa cualidad.

Alexy plantea que “para el sistema normativo de cada persona individual se mantiene el postulado de la ausencia de contradicciones”⁸⁶⁵. Desde esta perspectiva, sólo serían tolerados sistemas normativos incompatibles entre sí de distintas personas. Eso no significa, de manera alguna, que todos puedan designarse igualmente como correctos.

⁸⁶² *Ibidem.*, p. 300 y s..

⁸⁶³ *Loc.Cit.* y en cuanto a los límites del consenso en la teoría de Alexy Cfr. Manuel Atienza, *Las razones del derecho...*, pp. 214 y ss.

⁸⁶⁴ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 301.

⁸⁶⁵ *Ibidem.*, p. 301 y s.

No existe un concepto absoluto de corrección, ni tampoco un procedimiento único que la garantice. No existen respuestas unívocas. Lo que existe es la *pretensión de corrección*. Sólo esto da sentido a sus fundamentaciones⁸⁶⁶. Por esta razón, “la teoría del discurso tiene como base una concepción *absolutamente procedimental de la corrección*”⁸⁶⁷. Esto es, desde la consideración de Alexy, lo que le otorga utilidad práctica al discurso ideal.⁸⁶⁸

1.3.2 Discurso real

Alexy refiere que el concepto de corrección procedimental relativa se corresponde con la posibilidad discursiva. De tal forma que sólo “es posible discursivamente lo que puede ser el resultado de un discurso, y sólo lo que es posible discursivamente es correcto en el sentido procedimental relativo”⁸⁶⁹. La relatividad se refiere a las reglas del discurso, la medida de su cumplimiento, los participantes y la duración del discurso⁸⁷⁰. Eso no significa que prácticamente cualquier norma sea justificada como correcta.

Como una salida a esta relatividad, el autor hace referencia a que la teoría del discurso debe respetar a “una teoría básica de las instituciones puestas en discusión del Estado constitucional democrático, por lo tanto, si se sitúa en el marco de una teoría del Estado y del Derecho”⁸⁷¹. Aquí es donde radica el valor práctico de una teoría del discurso que garantice la racionalidad del discurso.

⁸⁶⁶ *Ibidem.*, p. 302.

⁸⁶⁷ *Ibidem.*, p. 303.

⁸⁶⁸ *Loc.Cit.*

⁸⁶⁹ *Loc.Cit.*

⁸⁷⁰ *Loc.Cit.*

⁸⁷¹ *Ibidem.*, p. 304. El problema en este caso sería: ¿Cuáles son las instituciones básicas del Estado constitucional democrático? En Alexy, la pregunta queda sin respuesta alguna.

1.4 *Fundamentación de las reglas del discurso*

La principal crítica hecha contra el pensamiento alexyano sobre este tópico es que la idea del discurso no tiene valor universal, sino que es únicamente la expresión de una determinada forma de vida, “a saber, la del racionalismo europeo en su variante acuñada a través del concepto de razón práctica”⁸⁷². De esta forma, las reglas del discurso estarían condicionadas históricamente.

Para dar respuesta a esta crítica, Alexy indica que la universalidad de su teoría se manifiesta en dos aspectos: el contenido de las reglas —deben buscarse las mismas reglas para todos en el discurso— y la validez —que se basa en argumentos pragmático-universales—. Estos últimos argumentos tienen como base dos premisas: la primera, se refiere a que la persona que efectúa afirmaciones y fundamentaciones se inserta necesariamente en el procedimiento definido por las reglas del discurso; la segunda, señala que sólo pueden participar en el discurso aquellos que previamente han realizado afirmaciones serias⁸⁷³.

Estas premisas, señaladas por Alexy, reconocen distintas formas de vivir. Las reglas del discurso no definen una forma de vida en lo particular, sino aquello que sea común a todas ellas, “sin perjuicio del hecho de que ese algo resulte válido en dichas formas de vida en medida muy distinta. Ello implica que también es posible en principio un discurso entre miembros de distintas formas de vida”⁸⁷⁴. Esta situación, como puede apreciarse, más que un defecto de la teoría del discurso es una virtud, por la adaptabilidad a circunstancias diversas.

En la fundamentación de validez de las reglas del discurso debe haber una complementación entre el argumento pragmático-trascendental y consideraciones para la composición de los intereses, en

⁸⁷² *Ibidem.*, p. 305.

⁸⁷³ *Ibidem.*, p. 305 y s.

⁸⁷⁴ *Ibidem.*, p. 306.

el entendido de que estos últimos son hechos empíricos. En este caso, si bien el discurso pragmático–trascendental es el argumento base por el hecho de complementarse con los intereses, Alexy lo denomina como “fundamentación pragmático trascendental débil”⁸⁷⁵. La noción de interés va a resultar fundamental para incorporar la pretensión de corrección a la argumentación, con la participación de un número suficiente de personas; por ejemplo, “un contrato considerado como justo y, por tanto, como susceptible de justificación discursiva, es más estable y por ello es también mejor para aquellos interesados en sus propias ventajas”⁸⁷⁶.

2. CONTRA LA TESIS DEL CASO ESPECIAL

Los críticos a la teoría de la argumentación jurídica de Alexy han abordado con vehemencia consideraciones críticas a la tesis del caso especial, básicamente en dos aspectos: en la argumentación jurídica como discurso práctico y en la argumentación jurídica dentro del proceso judicial.

2.1 *Argumentación jurídica como discurso práctico*

Ulfrid Neumann, en su *Juristische Argumentationslehre*, ha dicho que las discusiones de la dogmática jurídica no deben entenderse como un discurso práctico, sino como un discurso teórico⁸⁷⁷. Sobre el particular aclara que si bien las valoraciones juegan un papel importante en la dogmática jurídica, éstas se encuentran encubiertas en el discurso

⁸⁷⁵ *Loc.Cit.* Esta argumentación de Alexy es similar a la de Helmut Coing al diferenciar la jurisprudencia en dogmático – sistemática y empírico – casuística. Esto con la finalidad de realizar dos tareas entender el orden jurídico positivo y descubrir su contenido normativo, es decir, su relevancia pragmática. Sobre el particular, *Vid.* Juan Vallet de Goytisolo, *Metodología Jurídica*, p. 370.

⁸⁷⁶ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 311. Es indudable, en este caso, la influencia de Perelman y su noción de Auditorio Universal, sobre el particular, véase Perelman y Olbrecht- Tyteca, *Tratado de la Argumentación...*, pp. 742 y ss.

⁸⁷⁷ Cfr. Atienza, *Las razones del derecho...*, p. 221 y citado por Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 312.

teórico. Además, en muchas ocasiones la dogmática jurídica anticipa el sentido de algunas decisiones⁸⁷⁸, sin que esto signifique que se trata de una disciplina práctica.

Al responder a estos cuestionamientos, Alexy esgrime como argumento de defensa la pretensión de corrección, existente siempre en todas las afirmaciones y decisiones jurídicas. Por esa lo cual, el “hecho de que una teoría dogmática lleve a resultados que no pueden ser aceptados es un motivo para abandonar esa teoría”⁸⁷⁹.

En ese sentido, el problema más importante de la tesis del caso especial es el contenido de la pretensión de corrección⁸⁸⁰. Las afirmaciones y decisiones jurídicas deben fundamentarse racionalmente atendiendo a la ley, los precedentes judiciales y la dogmática jurídica. Estas limitaciones, señala Alexy, no son ajenas a la racionalidad práctica⁸⁸¹. En consecuencia, la argumentación jurídica esta determinada, en sus contenidos, por esa delimitación que se encuentra en todo el discurso jurídico.

No obstante lo hasta aquí señalado, Alexy reconoce algunos problemas en la aplicación de la pretensión de corrección. Efectivamente, las decisiones jurídicas “pretenden ser correctas *en el marco del orden jurídico válido*”. El problema subsistente es que esto no garantiza que el derecho vigente sea racional o justo⁸⁸². También puede suceder que se cumplan principios como los de seguridad jurídica o división de poderes respetando leyes irracionales o injustas. Sobre el particular, Alexy señala que la “racionalidad discursiva no puede ciertamente determinar ya el contenido de la decisión, pero conforma la razón para su incorrección, y la medida para su crítica”⁸⁸³. En concreto, la argumentación jurídica se presenta en el contexto de una racionalidad discursiva que abarca la totalidad del sistema jurídico.

⁸⁷⁸ Robert Alexy, *Loc.Cit.*

⁸⁷⁹ *Loc.Cit.*

⁸⁸⁰ *Ibidem.*, p. 314.

⁸⁸¹ *Ibidem.*, p. 315.

⁸⁸² *Ibidem.*, p. 316.

⁸⁸³ *Ibidem.*, p. 317.

La crítica que se hace a estos argumentos de Alexy es que no todos los discursos jurídicos buscan una pretensión de corrección⁸⁸⁴. Además, pareciera ser que la tesis del caso especial sólo es válida si se presupone la justicia del derecho positivo⁸⁸⁵, lo que de suyo resulta imposible. De esta forma, cabe señalar que la justificación de las decisiones jurídicas no sólo responde a la pretensión de la corrección, sino también a las finalidades por las cuales es creada una norma. En este sentido, faltaría en la teoría de Alexy analizar la forma en que se relacionan las razones finalistas y las razones de corrección⁸⁸⁶.

2.2 Discurso práctico y proceso judicial

Como se ha señalado, dentro de un proceso judicial las partes están más interesadas en un resultado ventajoso que en un juicio correcto o justo. Sobre este particular, Alexy señala que el punto decisivo en esta crítica es que los participantes en un proceso lo que buscan es argumentar racionalmente. “Esta es la razón por la que su argumentación debe conceptuarse como un caso especial del discurso práctico general.”⁸⁸⁷

Por otra parte, para Alexy, las partes no sólo se limitan a declarar sus propios intereses sino, además, afirman sus pretensiones conforme a una norma jurídica. El juez decide, no en el sentido simple de favorecer a uno sobre el otro, sino atendiendo al derecho válido y a la pretensión de corrección. Una vez más, dentro del proceso judicial se llega a la teoría del discurso.⁸⁸⁸

Pese a los argumentos de Robert Alexy, la crítica fundamental que se le continúa haciendo es si el alcance de su teoría realmente

⁸⁸⁴ Como ejemplo de ello se encontrarían las partes en un proceso, ya que lo que buscan ante todo es una interpretación y argumentación jurídica que les resulte beneficiosa. Sobre el particular, *Vid.*, Manuel Atienza, *Las razones del derecho...*, p. 222 y s.

⁸⁸⁵ *Ibidem.*, p. 225.

⁸⁸⁶ *Ibidem.*, p. 227.

⁸⁸⁷ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica...*, p. 317.

⁸⁸⁸ *Ibidem.*, p. 318.

puede llegar a resolver asuntos pragmáticos, ya que no existen casos de respuesta única⁸⁸⁹. En ese sentido quizá, como señala Manuel Atienza, una teoría de la argumentación jurídica que diera cuenta de las diversas formas de razonamiento jurídico tendría que partir, probablemente, de un modelo más complejo que el considerado por Alexy⁸⁹⁰. También resulta cuestionable su noción de racionalidad práctica, ya que, como hemos visto, basta que se cumpla con un conjunto de reglas para que ésta se presente. La naturaleza de formalidad de su teoría discursiva no es útil para la solución de casos difíciles⁸⁹¹ y da la impresión de sólo ser útil para la justificación de un sistema de derecho positivo y no para el análisis de problemas jurídicos. Los aspectos de fondo dentro del derecho no tienen cabida en la teoría argumentativa de Alexy. Este aspecto será motivo de nuestras siguientes reflexiones.

⁸⁸⁹ *Vid.* José Antonio Seoane, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica”..., pp. 98 y ss. así como Manuel Atienza, *Las razones del derecho...*, p. 227 y s.

⁸⁹⁰ Manuel Atienza, *Las razones del derecho...*, p. 228.

⁸⁹¹ *Ibidem.*, p. 229.

CAPÍTULO II

LO JURÍDICO COMO PENSAMIENTO SISTEMÁTICO

Como ya hemos visto en capítulos anteriores, la teoría argumentativa de Robert Alexy establece como límites para la argumentación jurídica el sistema normativo vigente y las reglas que del mismo se produzcan. Toda su teoría argumentativa se halla inmersa dentro de la noción sistemática. Sin embargo, ¿esto no resulta insuficiente para el tratamiento de los aspectos prácticos en el derecho? A pesar del intento de Alexy de llevar a cabo una teoría argumentativa útil para las democracias contemporáneas, su aportación es parcial, ya que en los hechos se trata de una teoría normativa, analítica y descriptiva. En concreto, favorece la forma de razonamiento sistemático⁸⁹². Para sustentar esta crítica es necesario detenerse en la clásica confrontación y complementación entre pensamiento problemático y sistemático.

1. *PROBLEMDENKEN* CONTRA *SYSTEMDENKEN*

En los aspectos jurídicos esta distinción fue utilizada en nuestro tiempo por la Escuela de Maguncia para superar la convencional contraposición entre jurisprudencia de conceptos y de intereses⁸⁹³. El punto de partida de la diferenciación está en función de si el razonamiento jurídico parte del problema o del sistema. Si se trata del primer tipo de razonamiento la metodología sería la siguiente: “Si el

⁸⁹² Las críticas a la teoría de Alexy han sido múltiples y de índole diversa, en este trabajo me remitiré precisamente a la carencia de análisis en cuanto a los problemas jurídicos.

⁸⁹³ Cfr. Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, p. 12.

acento se coloca en el problema, adecuadamente formulado, se inserta en un contexto deductivo previo, más o menos amplio, es decir, en un sistema estructurado con anterioridad, del cual se pretende extraer la respuesta”⁸⁹⁴. Es decir, sólo para efectos de solución, el problema se orienta hacia un sistema. Esta diferenciación es importante, puesto que para Alexy toda la argumentación jurídica se encuentra subordinada al sistema jurídico en el que se haya presente.

Otra precisión. El hecho de que el problema se ordene dentro de un sistema para efectos de darle solución de ninguna manera significa que se subordine al mismo. Como señala Theodor Viehweg: “Si existiera un único sistema A, que declarara insoluble nuestro problema, como simple problema aparente, sería necesario otro sistema para encontrar la solución. Lo mismo podría decirse en el caso que existieran varios sistemas A, B, C, etc. Si ninguno de ellos permitiera encontrar la solución, sería necesario otro nuevo sistema y otro más en que quedara afirmado el carácter del problema”⁸⁹⁵. Lo prioritario será resolver el problema de manera adecuada antes que atender las reglas de un sistema determinado.⁸⁹⁶

En cambio, si nuestra forma de razonamiento jurídico tiene como punto de partida al sistema, el resultado es el siguiente: “En el caso extremo de que sólo existiera un sistema (A), a través de él, podrían agruparse todos los problemas en solubles e insolubles, y estos últimos podrían ser desechados, como simples problemas aparentes, puesto que una prueba en contrario sólo sería posible desde otro sistema distinto(B)”⁸⁹⁷. Exactamente lo mismo sucedería si existieran sistemas diversos. En pocas palabras, cada sistema selecciona los problemas que resolverá y dejará sin solución el resto. En el derecho, el ejemplo más claro se da en materia penal. Sólo se considera como delito lo que previamente se haya definido como tal. *Nullum pena sine lege*. En

⁸⁹⁴ *Ibidem.*, p. 50 y Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tópicica jurídica*, p. 139.

⁸⁹⁵ Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, p. 51.

⁸⁹⁶ Esta es la metodología seguida por el *ius civile* y el *ius commune*.

⁸⁹⁷ Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, p. 51.

este caso, no puede negarse la eficacia de una forma de razonamiento sistemática. Sin embargo, esto se vuelve difícil de aplicar en el caso de silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley en materia civil⁸⁹⁸, por dar otro ejemplo.

Estas ideas no son originales de Viehweg, la distinción entre pensamiento problemático y sistemático es planteada en el pensamiento contemporáneo por Nicolai Hartmann en su obra: *Diesseits von Idealismus und Realismus*⁸⁹⁹ en la que se examina la filosofía de Emmanuel Kant. Precisamente por esta razón, la utilización que ha hecho de esta noción en el derecho Viehweg ha sido criticada por tratarse de contextos distintos.

En cambio, para autores como Helmunt Coing o J. Esser la utilización de estas nociones en el ámbito jurídico por parte de Viehweg es acertada⁹⁰⁰, por la crítica que puede hacerse a la dogmática jurídica encerrada sobre sí misma, “a modo de un sistema clausurado y ajeno a todo nuevo problema”⁹⁰¹.

Otra posición distinta sería la de Canaris, para quien los problemas no se oponen a cualquier sistema, sino sólo a los definitivos y cerrados; es decir, los característicos de la tradición jurídica positivista⁹⁰². Coincido plenamente con esta postura, ya que no todo pensamiento aporético trae como consecuencia inmediata a la forma de razonamiento problemático, sino la conciencia del carácter necesariamente abierto de cualquier sistema que se diga científico.

Aunado a lo anterior, Viehweg en su artículo *Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung*, comenta que si “el pensamiento jurídico no se presenta como un sistema deductivo no significa decir que falta todo

⁸⁹⁸ Cfr. El artículo 18 del Código Civil Federal Mexicano.

⁸⁹⁹ Berlín, De Gruyter, 1957, pp. 278-322. Citado por Juan Antonio García Amado, *Teorías de la Tópica Jurídica*, p. 140.

⁹⁰⁰ Cfr. H. Coing, *Ueber einen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, pp. 148 y ss. y J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, p. 47. Citado por Juan Antonio García Amado, *Teorías de la Tópica Jurídica*, p. 141.

⁹⁰¹ *Loc. Cit.*

⁹⁰² *Ibidem.*, p. 142.

vestigio de sistema, de ordenación coherente del conjunto”⁹⁰³. En ese mismo sentido, se puede coincidir con el razonamiento de G. Robles Morchón y afirmar que a pesar de que el pensamiento problemático se concidere contrario a cualquier sistema, no es posible negar, por ejemplo, que los grupos de tópicos, o catálogos de tópicos, son sistemas rudimentarios⁹⁰⁴.

En concreto, el pensamiento problemático y el pensamiento sistemático no son contrarios entre sí, se complementan, salvo en el caso de que se trate de un sistema axiomático. Ahora bien, tendríamos que preguntarnos: ¿El sistema jurídico es un sistema axiomático? Tratemos de dar respuesta a esta interrogante.

1.1 *Sistema jurídico como sistema axiomático*

Desde la perspectiva general del positivismo jurídico, el derecho se presenta como un sistema axiomático. Es decir, las decisiones jurídicas se extraerían automáticamente del mismo sistema mediante una simple deducción. De hecho, en el pensamiento jurídico moderno esto se da por presupuesto. El sistema jurídico tiene que ser completo y coherente.

Pero esto no sucede realmente en el derecho real. Para Viehweg, la existencia de un sistema axiomático implicaría poner cada rama jurídica bajo unos axiomas y conceptos fundamentales unitarios, al igual que a todo el derecho positivo⁹⁰⁵. No obstante lo anterior, en el hipotético caso de que un sistema así pudiese existir, en la selección de axiomas no quedaría de otra, sino recurrir a una forma de pensamiento problemático⁹⁰⁶.

La razón de que un sistema axiomático con estas características no pueda existir es, evidentemente, por la naturaleza problemática del

⁹⁰³ *Ibidem.*, p. 150 y Viehweg, *Tópica y filosofía del derecho*, p. 77.

⁹⁰⁴ *Loc.Cit.*, nota a pie de página. En el mismo sentido, *Vid. Infra*, Tercera Parte, Capítulo I.

⁹⁰⁵ Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, p. 144.

⁹⁰⁶ *Loc.Cit.*

derecho⁹⁰⁷. La teoría argumentativa de Robert Alexy, precisamente, descuida, como ya hemos señalado, esta parte problemática del derecho. Juan Antonio García Amado indica que para que en el ámbito jurídico pudiera llegar a hacerse realidad un sistema de esta naturaleza necesitaría que se cumplieran los siguientes requisitos: “Una estricta axiomatización del material jurídico; la rigurosa prohibición de interpretación dentro del sistema, lo cual sólo se logra plenamente mediante la introducción del cálculo; preceptos que fijen la interpretación de los hechos, de modo que se oriente únicamente hacia el sistema jurídico; plena admisibilidad de la decisión de *non-liquen* o abstención de juzgar, e intervención continuada del legislador, actuando con precisión sistemática para regular los nuevos casos sobrevenidos, de modo que no se perturbe la perfección lógica del sistema”⁹⁰⁸. Pero aunque esto fuera posible, insisto, ¿cómo seleccionar los axiomas si no es por medio de un razonamiento problemático? Forzosamente los axiomas tienen que dar respuesta al problema de la justicia o, en el caso de Alexy, qué se entiende por Estado de Derecho, sociedad democrática o principios constitucionales⁹⁰⁹.

Bajo este punto de vista, no es posible que esquematicemos de una forma simplista al derecho otorgándole la cualidad de axiomático. Esto no sucede en la realidad y, mucho menos, en un Estado de Derecho que tenga la pretensión de ser democrático.

1.2 *La “Precomprensión” como elemento de enlace entre el problema y el sistema*

Como se ha visto, realmente entre el pensamiento problemático y el sistemático debe haber una relación de complementación más que de exclusión y contraposición. Esto sólo se presentaría, como también ya

⁹⁰⁷ Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tónica jurídica*, p. 144.

⁹⁰⁸ *Loc. Cit.*

⁹⁰⁹ De hecho, en la teoría argumentativa de Robert Alexy estos y otros muchos conceptos se dan por presupuestos.

se ha dicho, sólo desde la perspectiva de un sistema axiomático. Pero ¿qué se entiende por problema y como se relaciona éste con el sistema?

Para Theodor Viehweg, “puede llamarse problema —esta definición basta— a toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente de un *entendimiento preliminar*⁹¹⁰, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución”⁹¹¹. De esta forma, la búsqueda de solución a un problema requiere de una comprensión preliminar, de tal forma que se inserta en un “contexto deductivo previo, de mayor o menor alcance y más o menos explícito, a partir del cual se obtiene la respuesta”⁹¹². Precisamente, este entendimiento previo del problema es el que explica la continuidad y la constancia de los problemas. Eso de ninguna manera significa que la solución vaya a darse forzosamente dentro del sistema previamente seleccionado. Simplemente, se trata de una directriz para la argumentación, misma que puede ser abandonada o tomada en cuenta para la solución definitiva⁹¹³. Desde este punto de vista, el pensamiento problemático no nos conduciría a la negación de un sistema, sino al reconocimiento de una pluralidad de sistemas⁹¹⁴.

En este caso, no se trata de una metodología dogmática, sino más bien de un sistema de naturaleza dinámico dispuesto a atender problemas diversos. El pensamiento problemático y el sistemático por medio de la comprensión preliminar integran un sistema dialéctico de integración recíproca.⁹¹⁵

⁹¹⁰ El subrayado es mío.

⁹¹¹ Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, p. 50. En el mismo sentido, debe recordarse que la única respuesta a la que hace referencia este autor no se refiere al sentido utilizado por un Ronald Dworkin, por ejemplo, sino a la solución que resuelva la *aporía fundamental*, es decir, que solución es la más equitativa para este caso y en este momento.

⁹¹² Juan Antonio García Amado, *Teorías de la Tópica Jurídica*, p. 167.

⁹¹³ La cuál, como hemos visto, desde la perspectiva de Alexy tiene la *pretensión de corrección*.

⁹¹⁴ Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, p. 167.

⁹¹⁵ Valga la aparente contradicción del término. En efecto, el resultado de esta dialéctica es la búsqueda y el encuentro de una respuesta acorde al problema.

La precomprensión no es el único momento de relación entre el pensamiento problemático y el sistemático, sino el primero. Quiero destacarlo aquí, puesto que hubiera sido interesante hallarlo dentro de la teoría argumentativa de Robert Alexy. Evidentemente, no es lo mismo argumentar desde una perspectiva problemática que desde una perspectiva sistemática. A mi parecer, Alexy se conformó con la segunda. Otros momentos de relación entre ambos sistemas serían cuando se critica un sistema en cuanto a sus defectos e insuficiencia; la valoración de las decisiones y la renovación de los procedimientos dentro del mismo sistema. En todos estos casos nos encontramos ante una complementación e integración más que ante una confrontación. Indudablemente, ninguna de estas cuestiones es tratada en la teoría de la argumentación de Robert Alexy, puesto que su razonamiento tiende a considerar aspectos sistemáticos más que problemáticos.

Dentro de un esquema racionalmente sistemático y axiomático no existe cabida alguna para los principios jurídicos, los cuales, quiérase o no, también forman parte de la argumentación jurídica y de los límites de la misma. Por esa razón, el siguiente apartado se dedicará a hacer algunas apreciaciones sobre los principios jurídicos en algunos sectores de la doctrina y en el propio pensamiento alexyano.

2. UNA TEORÍA DÉBIL DE PRINCIPIOS

En la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy no queda muy claro el papel que juegan los principios. Ha sido en trabajos posteriores donde ha incorporado este importante tema a su razonamiento⁹¹⁶. Para poder abordar una crítica a su teoría de principios es necesario destacar y analizar algunos aspectos referentes a los principios y su importancia dentro del derecho.

⁹¹⁶ Principalmente, Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pp. 81-170.

2. 1 Utilidad actual de los principios generales jurídicos

Como señala Eduardo García de Enterría, es fundamental que en la metodología jurídica su contenido se determine por cuestiones sustantivas desde el punto de vista jurídico más que por consideraciones estructurales⁹¹⁷. Esta discusión de ninguna forma es sencilla. En la actualidad, no es posible seguir subordinando el derecho a explicaciones simplistas. Precisamente, la discusión en torno a los principios generales del derecho adquiere relevancia por su trascendencia en la aplicación, interpretación e integración normativa⁹¹⁸.

El pensamiento jurídico occidental se encuentra inmerso en una discusión sustancialista y no meramente formal del derecho. Los principios generales del derecho han arrojado resultados óptimos en esta postura por tratarse de una expresión material y concreta de justicia. En efecto, en este caso no se trata de aplicar un concepto indeterminado de justicia⁹¹⁹, tampoco se trata de invocar el *Legal realism*, el pragmatismo de la jurisprudencia de intereses o el positivismo caracterizado por un legalismo estricto más acorde a la exégesis del siglo XIX que a las necesidades de nuestro tiempo; tampoco de un iusnaturalismo romántico. Los principios generales del derecho han demostrado, a lo largo de la historia, su utilidad para el razonamiento jurídico. Por tal razón, Esser, en su obra *Grundsatz*, señalaba “la sorprendente semejanza sustancial que presentan las instituciones de las más diversas estructuras nacionales y raíces históricas, cuando son consideradas desde el ángulo de los principios

⁹¹⁷ Vid. Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, p. 15.

⁹¹⁸ Sobre el origen y evolución de los principios jurídicos veáse Javier Saldaña Serrano, “Reglas y Principios. A propósito del origen y evolución de los principios jurídicos a partir de las *regulae Iuris*”, en *Ars Iuris*, Revista de la Facultad de Derecho, México, Universidad Panamericana, Núm. 31, 2004, pp. 159-204.

⁹¹⁹ Tal y como lo crítica Hans Kelsen en su conocida obra: *¿Qué es Justicia?*

generales determinados por los problemas”⁹²⁰. Estos principios son tan útiles e imperecederos que en la actualidad han desempeñado un papel fundamental en la defensa de los derechos humanos⁹²¹; en la argumentación jurídica en general⁹²² o en la explicación contemporánea de los derechos naturales⁹²³. Los principios generales del derecho son la herramienta técnica que nos ha llevado a conciliar, en estos tiempos difíciles, a distintos sistemas positivos nacionales, ya que obligan a “ponderar y relacionar las distintas instituciones según su naturaleza sustancial, *sub specie functionis*, y no según sus sistemáticas legales internas, que pueden ser, y son normalmente, perfectamente contradictorias...”⁹²⁴.

El positivismo legalista no ha podido explicar el hecho de que en los principios generales del derecho se halla la experiencia de grandes juristas en el derecho vivido, real; y no sólo en la teoría del mismo⁹²⁵. Como apunta Eduardo García de Enterría: “La superioridad del Derecho Romano sobre otros sistemas jurídicos históricos anteriores o posteriores estuvo justamente, no ya en la mayor perfección de sus leyes (acaso las de Licurgo, o las de cualquier otro de los grandes legisladores mitificados, fuesen superiores), sino en que *sus juristas fueron los primeros que se adentraron en una jurisprudencia según principios*⁹²⁶, la cual ha acreditado su fecundidad, e incluso, paradójicamente, su perennidad, y hasta su superior certeza, frente a cualquier código perfecto y cerrado de todos los que la historia nos presenta.”⁹²⁷

⁹²⁰ Esser, *Grundsatz*, p. 15. Citado Por Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, p. 32.

⁹²¹ Como ejemplo de lo anterior, en el ámbito académico destaca la obra de Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, a la que ya hemos hecho referencia.

⁹²² También como ejemplo, Cfr. Chaim Perelman, *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, pp. 120 y ss.

⁹²³ *Vid.* John Finnis, *Ley Natural y derechos naturales*, Trad. Cristóbal Orrego S., Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 2000, *passim*, pp. 303, 313-316, 322-324, 341, 343, 383-384.

⁹²⁴ Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, p. 33.

⁹²⁵ *Loc. Cit.*

⁹²⁶ El subrayado es mío.

⁹²⁷ Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, p. 34 y s.

Si bien la utilidad de los principios del derecho nos parece indiscutible, ¿a qué se debió su descrédito? Sin duda, a una ignorancia supina de la naturaleza del derecho, su creación y aplicación. Tanto en el caso del derecho natural como en el de los principios del derecho se llegó a presentarlos como axiomas; es decir, como auténticos *primum verum*, de los cuales, “por simples deducciones, más o menos extensas, pero inexorables, podría llegarse a las últimas y más particularistas ramificaciones del Derecho positivo”⁹²⁸. Afortunadamente, esta estrecha percepción del derecho actualmente nadie la considera como cierta. Lo paradójico del positivismo, como señala García de Enterría, es que con el ideal dogmático de la jurisprudencia de conceptos, pero principalmente con la construcción kelseniana, se construya un sistema ahora sí axiomático, aunque esta vez fuese inmanente y no trascendente⁹²⁹. El hecho de que los principios jurídicos al aplicarse utilicen criterios de valoración de ninguna manera significa que no cuentan con una técnica jurídica objetiva, que va más allá de los criterios mecanicistas de las puras conexiones formales⁹³⁰. Démosle reconocimiento al carácter complejo del derecho, reconciliemos la forma de razonamiento problemática y sistemática del mismo.

2.2 ¿Qué son los principios del derecho?

Una vez determinada la utilidad que los principios tienen, conviene tratar de establecer una definición de los mismos. Para Karl Larenz los principios jurídicos “son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible”⁹³¹. No son en sí mismos reglas susceptibles de aplicación, pero pueden transformarse en reglas. Como ejemplo de lo

⁹²⁸ *Ibidem.*, p. 59.

⁹²⁹ *Ibidem.*, p. 60 y s. Citas a pie de página de las que también destaca la siguiente idea de Arthur Kaufman: “en el jurista yace profundamente arraigado un *horror iuris naturalis*... y en el fondo de su corazón se alegra de poder resolver un problema sin tener que apelar a consideraciones iusnaturalistas”.

⁹³⁰ Su técnica es la utilizada por la tópica jurídica. *Vid.* Theodor Viehweg, *Tópica y Filosofía del Derecho*, pp. 47 y ss.

⁹³¹ Cfr. Karl Larenz, *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*, Trad. Luis Díez-Picazo, Madrid, Editorial Civitas, 1985 (Monografías), p. 32.

anterior pensemos en la institución civil de la accesión. Detrás de la misma hay tres principios fundamentales: *Lo accesorio sigue la suerte de lo principal; nadie puede enriquecerse con lo ajeno y darle al bien el uso socialmente más útil*. Si aplicamos estos principios al estudio de la accesión y su regulación en el Código Civil prácticamente de cualquier país, descubriremos que las reglas normativas se configuran a partir de estos principios⁹³². Como indica Larenz, los principios son un primer paso para la obtención de la regla, que determina los pasos posteriores⁹³³.

Para Eduardo García de Enterría la noción de principios generales del derecho implica la conversión de preceptos absolutos del derecho natural en criterios técnicos y técnicables⁹³⁴. Eso no significa, como determina el propio autor, que todos los principios formen parte del derecho natural, sino que también pueden ser expresiones de un orden político concreto⁹³⁵, de carácter institucional o estrictamente técnico. La característica de estos principios generales del derecho es que son operantes en ámbitos problemáticos concretos, así como también en espacios normativos positivados⁹³⁶. Para este jurista, los principios del derecho son fundamentales para la estructuración de las instituciones jurídicas, punto de condensación de la experiencia jurídica, valores y técnica del derecho.⁹³⁷

Según Josef Esser, en “la concepción continental el principio no es por sí mismo el mandato, sino que es la base, el criterio o la justificación del mandato”⁹³⁸. Los principios pueden ser positivados “no como un mandato independiente o separado, sino como condición

⁹³² Ver por ejemplo los artículos 886 a 932 del Código Civil Federal Mexicano.

⁹³³ Larenz, *Derecho Justo*, p. 33.

⁹³⁴ Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, p. 63.

⁹³⁵ *Ibidem.*, p. 64. Como ejemplo de ese tipo de principios García de Enterría hace referencia a las “decisiones políticas fundamentales”. Sobre el particular, Cfr. Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*,

⁹³⁶ Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, p. 78.

⁹³⁷ *Ibidem.*, p. 64 y s.

⁹³⁸ Citado por Larenz, *Derecho Justo*, p. 34.

inmanente de la función de lo particular”⁹³⁹. Como pensamientos directores y como causas de justificación, bajo ellos subyace un pensamiento de derecho, según Larenz, “más justo”⁹⁴⁰. Esta idea nos parece compatible con la “pretensión de corrección” de Robert Alexy, en el sentido de que en ambos casos, de manera forzosa, se tocan aspectos valorativos. En el fondo, la “pretensión de corrección” tiene como uno de sus propósitos la búsqueda de un “derecho justo”.

Por su parte, Alfonso García Figueroa no da propiamente una definición, pero considera que los principios son estándares normativos que se caracterizan por presuponer otras reglas: dirigirse al aplicador, indicar una metodología de uso y tener una neutralidad tópica; es decir, acusan cierta indeferencia en su contenido.⁹⁴¹

Además de las características anteriores, los principios tienen una función positiva y una función negativa. La primera consiste en el influjo que ejercen, una vez que se aplican, en las “sucesivas decisiones y, de este modo, en el contenido de regulación que tales decisiones crean”⁹⁴². La segunda es “la exclusión de los valores contrapuestos y de las normas que descansan sobre estos valores”⁹⁴³. En ambos casos, los principios siempre se encontrarán de una u otra forma en el derecho positivo.

Karl Larenz llama nuestra atención en el sentido de comprender que los principios no son reglas acabadas y no se obtienen mediante su generalización. Sólo son el primer paso en la regulación y su origen subyace en la solución jurídica de un problema determinado⁹⁴⁴. Esto es importante saberlo. Todo jurista debe saber buscar y encontrar el

⁹³⁹ *Loc.Cit.*

⁹⁴⁰ *Loc.Cit.*

⁹⁴¹ Cfr. Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las Teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, (Col. El Derecho y la Justicia), p. 48. Esta idea no es propia de García Figueroa, sino como lo reconoce pertenece a Genaro Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, p. 209 y s.

⁹⁴² Karl Larenz, *Derecho Justo*, p. 33.

⁹⁴³ *Loc.Cit.*

⁹⁴⁴ Una vez más, subyace la idea del pensamiento problemático. *Ibidem.*, p. 35.

principio o los principios que se encuentran detrás de cada norma. Analicemos el siguiente caso.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación concedió el amparo de la Justicia Federal a Reynaldo Álvaro Pérez Tijerina contra una pena de 14 años de prisión y el pago de cuatrocientos mil pesos, como reparación del daño, por el delito de homicidio, al considerar inconstitucional el artículo 309 del Código Penal vigente del estado de Nuevo León en que se basa la sentencia.⁹⁴⁵

Dicho artículo omite señalar el lapso dentro del cual puede considerarse mortal una lesión, que el anterior Código Penal de 1934, en su artículo 293, fracción II, delimitaba a 60 días.

Pérez Tijerina hirió con arma de fuego, el 4 de julio de 1990, a Raúl Eloy Escalón. El proyectil se alojó a la altura de la sexta vértebra cervical, produciéndole invalidez total y, dos años después, en 1992, falleció a consecuencia de una neumonía secundaria, producida por su misma invalidez.

La declaración de inconstitucionalidad que determinó el Máximo Tribunal de Justicia del país se basó en que el legislador suprimió el requisito de temporalidad que debe haber entre la lesión inferida y el día de la muerte del lesionado, pues de ello depende que el sujeto activo del delito pueda ser sentenciado por lesiones o por homicidio.

Dentro de nuestro derecho esta resolución es inconstitucional por lo previsto en el segundo y tercer párrafos del artículo 14 de nuestra Constitución Política, que a la letra señalan:

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que

⁹⁴⁵ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo I, Mayo de 1995, p. 86, IUS 200383. Citado en Poder Judicial de la Federación, *100 decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Novena Época)*, 2ª Ed., México, Miguel Ángel Porrúa – Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000, p. 25 y s.

se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

*En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata*⁹⁴⁶.

Evidentemente, el principio que se encuentra detrás de la norma Constitucional y la resolución de la Corte es el de “*Nullum pene sine lege*”⁹⁴⁷. Resulta evidente que si, desde la primera instancia, se hubiese tenido presente dicho principio no hubiese sido necesario acudir a la Corte Suprema de la Nación.

Karl Larenz indica que “el principio no se obtiene mediante la generalización de la regla. Es al revés: hay que hacer un viaje de retorno desde la regulación a los pensamientos de regulación que subyacen bajo ella y desde los cuales la regulación aparece como algo dotado de sentido, y cuando se trata de principios de Derecho justo, como algo justificado”⁹⁴⁸. En consecuencia, el grado de generalidad no es decisivo para la existencia de un principio. Lo fundamental es su papel en la justificación de las decisiones jurídicas. En razón de esta cualidad el principio escapa a una determinación conceptual debido a su alto grado de indeterminación.⁹⁴⁹

Precisamente, el hecho de que los principios sean indeterminados hace que los mismos tengan una mayor proximidad al pensamiento problemático más que al sistemático.

Pero, ¿son todos los principios de un derecho positivo principios del derecho justo? Si la respuesta fuese afirmativa no existirían conflictos a la hora de ser aplicados. Existen principios que por su

⁹⁴⁶ El subrayado es mío.

⁹⁴⁷ Este principio del derecho ha sido también enunciado de la siguiente forma: “*Nullum pene sine lege, previa, escrita, estricta et legitima*”, mismo que parece señalar de manera más completa los requisitos del principio de legalidad.

⁹⁴⁸ Karl Larenz, *Derecho Justo*, p. 35.

⁹⁴⁹ *Ibidem.*, p. 36.

naturaleza tienen un alto grado de neutralidad⁹⁵⁰, aunque, indudablemente, algunos de ellos responden a criterios de justicia⁹⁵¹. Si esto es así, si no todos los principios son de derecho justo, ¿qué criterio emplearemos para saber cuando estamos frente a un principio que justifique decisiones consideradas como justas? Sobre este problema hay, al menos, dos posibles salidas. La primera sería relativizar a los principios y decir que esto dependerá de cada derecho positivo y de las diferentes situaciones en las que se apliquen, determinando que no existen principios de carácter universal⁹⁵². La segunda postura es identificar aquellos principios “que se caractericen ante todo por remitir una carga de sentido inmediata a un sentido de base o final o, si nos referimos al carácter teleológico de todas las regulaciones, a un objetivo o fin último de todo el derecho, en el cual contemplamos al mismo tiempo la última causa de su pretensión normativa”⁹⁵³. A estos últimos Karl Larenz los denomina principios del derecho justo⁹⁵⁴, es tal su importancia que juntos van a determinar la idea de derecho.

2.3 *La idea de derecho como punto de unidad de los principios jurídicos del derecho justo*

Tal y como Gustav Radbruch lo señala, el derecho tiene que cumplir con ciertos fines⁹⁵⁵. Este aspecto teleológico del derecho es lo que generará una determinada idea del derecho. Dentro de este contexto sería necesario distinguir, como lo hace Henkel, entre fines “generales y

⁹⁵⁰ Como ejemplo de principios neutrales podría mencionar los siguientes: *Lex posterior derogat legi priori* y *Res judicata pro veritate habetur*.

⁹⁵¹ Para ejemplificar recordar los principios *In dubio pro reo* y *A lo imposible no está obligado nadie*. Para ampliar estos ejemplos puede consultarse de José Luis Soberanes Fernández, *Los Principios Generales del Derecho en México. Un ensayo histórico*, México, Editorial Porrúa, 2003, pp. 26 a 85.

⁹⁵² Tal es el caso de Jorge Adame Goddard en la voz: “Principios Generales del Derecho” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Vol. 4, p. 2542. Esta postura tiene un problema técnico difícil de resolver: los principios del derecho que responden a fines generales y amplios. En efecto, esta clase de principios no puede resolver su problemática desde una perspectiva relativista. Acaso ¿la paz jurídica no es válida para todo el género humano?

⁹⁵³ Larenz, *Derecho Justo*, p. 38.

⁹⁵⁴ *Ibidem.*, p. 39.

⁹⁵⁵ Gustav Radbruch, *Filosofía del Derecho*, pp.

amplios” y aquellos que son “particulares y concretos”⁹⁵⁶. Esta diferenciación es importante dado que los principios jurídicos responden a una u otra clase de fines. Creer que los principios del derecho pueden ser abordados desde una perspectiva meramente relativista es simplificar su verdadera complejidad y no entender este aspecto teleológico de los mismos.

De ninguna manera el reconocimiento de que los principios pueden atender a fines distintos nos debe llevar a establecer jerarquías entre ellos. Simplemente, su manejo contextual y casuístico es diferente. El tipo de problemas a resolver, en cada caso, también es distinto.⁹⁵⁷

Así, ¿cuáles son los fines más amplios y generales del derecho? Según Larenz, se trata del aseguramiento de la paz y la justicia. El primero de ellos, porque es el presupuesto para el desarrollo del derecho. Los procesos jurídicos son sustitutos de la lucha violenta, buscan la solución pacífica ante todo⁹⁵⁸. Esta paz sólo se sostiene cuando los particulares tienen confianza plena en su derecho y sus tribunales. La paz nos proporciona seguridad jurídica⁹⁵⁹. De esta forma, Larenz considera que la paz jurídica incluye a la seguridad jurídica. Esto es así, puesto que el “fin último, sin embargo, no son las expectativas particulares, que el Derecho protege, sino la paz jurídica en su totalidad, un estado que es la precisa contraposición del Estado de naturaleza descrito por Hobbes y, más todavía, la ausencia de fuerza, de temor y de desconfianza en las relaciones entre los hombres”⁹⁶⁰.

La justicia también es un fin último. Pero, ¿qué debemos entender por justicia? No es éste el lugar para embarcarnos en una definición de justicia que, como sabemos, siempre resultará

⁹⁵⁶ Citado por Karl Larenz, *Derecho Justo*, p. 43.

⁹⁵⁷ Por otra parte, el afirmar que existe jerarquía entre los principios nos llevaría a reconocer que unos pueden prevalecer sobre otros. Esto provocaría una pérdida total de su naturaleza casuística.

⁹⁵⁸ Karl Larenz, *Derecho Justo*, p. 43.

⁹⁵⁹ *Ibidem.*, p. 45.

⁹⁶⁰ *Ibidem.*, p. 46.

problemática⁹⁶¹. Mejor utilicemos los criterios generales de diferenciación entre justicia igualitaria y justicia material que, dicho sea de paso, son el sustento de conceptos diversos de justicia.

En la justicia igualitaria subsiste la idea de que los hombres son iguales ante la ley y que ninguno puede reclamar algún privilegio⁹⁶². Como este principio no nos dice nada sobre cómo tratar igual a los iguales o desigual a los desiguales, generalmente se aplica la exigencia de una justicia objetual; es decir, la que reclama una regulación adecuada para cada caso concreto.⁹⁶³

La otra distinción clásica se presenta entre la justicia conmutativa y la justicia distributiva. Aclara Karl Larenz:

A la justicia conmutativa pertenece la exigencia de moderación en el sentido de ponderación. Es lo que ocurre en la mayor parte de los casos de una armonización de bienes o de intereses. La justicia objetiva tiene que ver tanto con la justicia distributiva como con la conmutativa, con la justicia distributiva cuando se trata de repartir derechos o de dividir cargas y con la justicia conmutativa cuando se trata, por ejemplo, de llevar a cabo composición entre varios deudores o varios perjudicados en una indemnización de daños. La justicia igualitaria, en cambio, escapa al esquema y se antepone a ambos tipos.⁹⁶⁴

Tanto la paz jurídica como la justicia tienen una relación dialéctica: se condicionan entre sí y juntas integran la idea del derecho. Donde la paz jurídica falta desaparece la justicia. ¿No es éste el principal problema de nuestro tiempo?

Regresando a los principios. Dado que de estos no se puede derivar, por vía de deducción, la idea del derecho, realmente no hay

⁹⁶¹ Recordar como ejemplo el libro de Hans Kelsen *¿Qué es justicia?*.

⁹⁶² Este es el fundamento de la analogía en el derecho.

⁹⁶³ Karl Larenz, *Derecho Justo*, p. 50.

⁹⁶⁴ *Ibidem.*, p. 51.

garantía alguna de su integridad ni puede aspirarse a ella. Por ello, no existen catálogos definitivos de principios, estos pueden descubrirse día con día, sólo así podrá buscarse, como señala De Enterría, una solución material y no formal de nuestro derecho.⁹⁶⁵

Los principios tienen un carácter complejo. Algunos extienden su radio de acción hacia todos los terrenos jurídicos; otros, sólo tienen importancia en determinadas materias: pueden operar de manera distinta, en algunas regulaciones jurídicas puede haber un solo principio de fondo, en otras, varios de ellos. Como señalamos, no pueden catalogarse de manera definitiva. Lo que no se debe perder de vista es que no se trata de reglas, sino de principios rectores del pensamiento jurídico⁹⁶⁶. Destaca así su naturaleza problemática. Ante la afirmación anterior, ¿cómo aborda los principios Robert Alexy? Esta pregunta es importante, sobre todo si hemos dicho que su teoría es básicamente axiomática.

2. 4 Teoría de los principios en Robert Alexy

En su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Robert Alexy desarrolla de manera principal su teoría de los principios. En algunos sectores de la doctrina, esta aportación se considera superior al trabajo, sobre la misma materia, hecho por Ronald Dworkin⁹⁶⁷. En un primer momento, Alexy estudia tanto las reglas como los principios, con la finalidad de analizar la estructura de las normas de derecho fundamental⁹⁶⁸. Veamos esta distinción en Alexy.

⁹⁶⁵ Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los principios Generales del Derecho*, pp. 156 y ss.

⁹⁶⁶ Por tanto, los principios son un sustento fundamental en la forma de razonamiento propia de la tónica jurídica. Vid. Chaim Perelman, *La lógica jurídica y nueva retórica*, pp. 120 – 128.

⁹⁶⁷ Vid. Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico, El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998 (Col. El Derecho y la Justicia), p. 185.

⁹⁶⁸ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 81.

2.4.1 Distinción entre reglas y principios

La distinción teórico-estructural más importante dentro de la obra alexyana de los derechos fundamentales es, precisamente, la que se presenta entre reglas y principios. En su consideración, son la base de su fundamentación y “una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales”⁹⁶⁹.

Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Es un elemento básico no sólo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto. Con su ayuda, es posible hacer más transparentes problemas tales como el efecto en terceros y la división de competencia entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento. La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales.⁹⁷⁰

En la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, los principios son la base para entender su estructura y sentido. Por esta razón, a su parecer vale la pena elaborar una distinción sistemática entre las reglas y los principios⁹⁷¹. Alexy comenta que a menudo lo que se contrapone es norma y principio o norma y máxima. Pero que para él las reglas y los principios se encuentran bajo el concepto de norma, puesto que en ambos casos se trata del mundo del deber ser. Es decir, ambos “pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los

⁹⁶⁹ *Loc.Cit.*

⁹⁷⁰ *Ibidem.*, p. 82.

⁹⁷¹ *Loc.Cit.*

principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente”⁹⁷².

Después de hacer un análisis de lo que comúnmente se entiende por regla y por principio⁹⁷³, Alexy enuncia tres tesis sobre este tópico. La primera considera cualquier intento de distinción como totalmente vano debido a la pluralidad realmente existente de ambos. La segunda determina que la diferenciación sólo es *de grado*, dependiendo de su mayor o menor generalidad. Finalmente, la tercera considera que entre reglas y principios no sólo existe una diferencia gradual, sino una de naturaleza *cualitativa*⁹⁷⁴. Y es esta última la postura que asume Robert Alexy.

2.4.2 Principios como mandatos de optimización

La característica cualitativa más importante, según Alexy, para distinguir las reglas de los principios es que estos últimos “son normas que ordenan que algo sea realizado, en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁹⁷⁵. En ese sentido, se trata de *mandatos de optimización*. Estas posibilidades jurídicas se hallan determinadas por los principios y reglas opuestos.⁹⁷⁶

En cambio, las reglas son normas que sólo pueden cumplirse o no⁹⁷⁷. “Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”⁹⁷⁸. Lo que contienen las reglas son *determinaciones* en lo fáctico y lo jurídicamente posible.

⁹⁷² *Ibidem.*, p. 83.

⁹⁷³ *Ibidem.*, pp. 83 y ss.

⁹⁷⁴ *Ibidem.*, p. 85 y s.

⁹⁷⁵ *Ibidem.*, p. 86 y Alfonso García, *Principios y positivismo jurídico*, p. 186 y s.

⁹⁷⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p.86 Esta afirmación genera algunos problemas metodológicos importantes. Por ejemplo ¿todos los principios tienen un contrario específico? o ¿los contrarios se establecen de manera casuística? Por nota a pie de página pareciera ser que Alexy considera iguales los conflictos entre normas con los conflictos entre principios. Recordemos que para el maestro de Kiel tanto las reglas como los principios son normas. No obstante lo anterior, señala que “las colisiones de principios y los conflictos de reglas son fundamentalmente diferentes”.

⁹⁷⁷ *Ibidem.*, p. 87.

⁹⁷⁸ *Loc.Cit.*

Para Alfonso García Figuerola existe una ambigüedad en el concepto de principio de Alexy: ¿se trata de un mandato de optimización o es objeto de un mandato de optimización⁹⁷⁹? García Figuerola advierte que “no se entiende bien si el principio es un mandato de optimización (de la validez o de la aplicabilidad de una norma) o bien la propia norma objeto de la optimización”⁹⁸⁰. De alguna forma, el propio Alexy reconoce este problema en el momento en que reconoce que utiliza el concepto de mandato en un sentido amplio, que abarca también permisiones y prohibiciones⁹⁸¹. A pesar de lo anterior, no aclara esta circunstancia⁹⁸². La claridad en la diferencia es importante para la aplicabilidad práctica de los principios. En efecto, si como señala Alexy los principios son normas, ¿cómo se aplican? Para solucionar esta dificultad, el maestro de Kiel estudia los aspectos conflictuales entre los principios y las reglas.

2.4.3 Colisiones de principios y conflictos de reglas

Para Robert Alexy las colisiones de principios y los conflictos de reglas serán fundamentales para una adecuada distinción entre uno y otro. Lo común en ambos casos es “el hecho de que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser contradictorios”⁹⁸³. La diferencia está en la forma en que resuelven los conflictos.

2.4.3.1 Los conflictos de reglas

En el momento en que se presenta un conflicto de reglas, éste sólo puede ser solucionado o “bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida por

⁹⁷⁹ Alfonso García, *Principios y positivismo jurídico*, p. 187.

⁹⁸⁰ *Loc.Cit.* La crítica la hace siguiendo a J.R. Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystemes*.

⁹⁸¹ Cita a pie de página, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

⁹⁸² Sobre el particular, véase la interesante crítica de Alfonso García, *Principios y Positivismo Jurídico*, pp. 187 y ss.

⁹⁸³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 87.

lo menos una de las reglas”⁹⁸⁴. Un ejemplo de la cláusula de excepción dentro del Derecho Constitucional Mexicano, sería lo previsto por el Artículo 72 Constitucional que determina el derecho de veto del Presidente a leyes expedidas por el Congreso de la Unión, salvo en el caso de resoluciones que sean exclusivas de alguna de las Cámaras.

Si una solución de este tipo no puede ser posible en la solución de algún caso, entonces, por lo menos una de ellas, tiene que ser declarada inválida. Sobre el particular, veamos qué dice Alexy: “El concepto de validez jurídica no es graduable. *Una norma vale o no vale jurídicamente*”⁹⁸⁵. Que una regla vale y es aplicable a un caso significa que vale también su consecuencia jurídica. Cualquiera que sea la forma cómo se los fundamente, no puede ser que valgan dos juicios concretos de deber ser recíprocamente contradictorios”⁹⁸⁶. Este problema puede ser resuelto de dos formas. Primero, con la aplicación de reglas tales como: *lex posterior derogat legi priori* y *lex specialis derogat legi generali*. Segunda, si se procede de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto⁹⁸⁷. Por ejemplo, una Ley reglamentaria de un artículo Constitucional frente a una Ley Federal.

Si bien esta forma de resolver los conflictos entre las reglas pareciera ser correcto, Alexy olvida un problema fundamental: el caso de leyes o reglas antinómicas. Como establece Chaïm Perelman:

Se dirá que en un sistema de derecho nos encontramos en presencia de una *antinomia* cuando, con referencia a un caso concreto, existen, en el referido sistema, dos directivas incompatibles, a las cuales no es posible ajustarse simultáneamente, bien sea porque imponen dos obligaciones en sentido opuesto o porque una prohíbe lo que la otra permite y no hay, por tanto, medio de conformarse a una sin violar la otra⁹⁸⁸.

⁹⁸⁴ *Ibidem.*, p. 88.

⁹⁸⁵ El subrayado es mío.

⁹⁸⁶ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 88.

⁹⁸⁷ *Loc.Cit.*

⁹⁸⁸ Cfr. Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 57 y s.

Por las reglas, señaladas por Alexy, el problema puede solucionarse de forma relativamente fácil, si se trata de una ley general y otra especial o en el caso de una ley anterior y otra posterior. Pero, ¿qué sucede cuando se trata de normas de la misma jerarquía e igualmente válidas y no existen reglas generales que permitan, en el caso concreto, dar prioridad a una sobre otra⁹⁸⁹? Este problema no es resuelto por Alexy. Si bien este tipo de problemas no son comunes, sí suelen presentarse en los distintos sistemas normativos. No obstante, el problema es más frecuente cuando se trata de asuntos de conflictos de leyes regidos por el derecho internacional privado.⁹⁹⁰

Pero, técnicamente, ¿cómo se resuelven los problemas antinómicos en leyes de la misma jerarquía y vigencia? La solución sólo puede ser casuística⁹⁹¹: buscando la solución más equitativa y razonable. Evidentemente, este tipo de respuesta escapa a las consideraciones hechas por Alexy. El razonamiento de antinomias escapa a las reglas de la lógica normativa clásica. Como menciona Perelman: “Abandonando las concepciones de la Escuela de la Exégesis y admitiendo fuentes del derecho distintas de la ley positiva, la doctrina, seguida por la jurisprudencia, se ha servido de la técnica de las antinomias para descartar la aplicación de textos legales a favor de soluciones más equitativas o más razonables”⁹⁹².

En conclusión, las antinomias jurídicas no son resueltas satisfactoriamente en la teoría de principios de Robert Alexy.

⁹⁸⁹ Este es el caso más característico de un problema antinómico. *Ibidem.*, p. 59.

⁹⁹⁰ *Ibidem.*, p. 65.

⁹⁹¹ Este caso también se presentó en el sistema jurídico mexicano. Se trata del famoso caso popularmente conocido como de anatocismo, es decir el cobro de intereses sobre intereses, que presentaba un conflicto entre el Código Civil y el Código de Comercio. Siguiendo los aspectos casuísticos la Suprema Corte señaló que: “serán los diferentes juzgados y tribunales del país los que deberán resolver cada caso en particular con estricto apego a las leyes que rigen en México”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, Octubre de 1988, p. 6 y 335.* De esta resolución destacan dos cosas: la solución casuística y el hecho de que ninguna norma queda abrogada o derogada una por otra.

⁹⁹² Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica...*, p. 65.

2.4.3.2 Colisión de principios

En el caso de colisión de principios en la teoría alexyana, uno tiene que ceder ante el otro:

Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. *Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso.*⁹⁹³

Alexy señala que los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez⁹⁹⁴; la colisión de principios en la dimensión del peso⁹⁹⁵. Para resolver este tipo de conflictos determina que deben tomarse en cuenta las circunstancias del caso, para instaurar entre los principios una *relación de precedencia condicionada*; es decir, se deben indicar las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro⁹⁹⁶. Para tales efectos, Alexy establece una *Ley de colisión de principios* en donde los dos principios opuestos se identifican con P1 y P2. Para la relación de precedencia se utilizará el signo P. Finalmente, para las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro se utilizará C. De esta forma, hay cuatro posibilidades de decidir un caso mediante una disolución de una colisión de principios⁹⁹⁷:

(1) P1 P P2

(2) P2 P P1

⁹⁹³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 89. El subrayado es mío.

⁹⁹⁴ Con la salvedad de los problemas antinómicos, como ya se ha señalado, en el que deben tomarse en cuenta consideraciones casuísticas.

⁹⁹⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 89. Esta noción de peso es empleada por Robert Alexy siguiendo a Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, hay traducción al español de Marta Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, pp. 276 y ss.

⁹⁹⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 92.

⁹⁹⁷ *Loc.Cit.*

(3) (P1 P P2) C

(4) (P2 P P1) C

En los dos primeros casos, se trata de relaciones de precedencia incondicionadas. Como señala Alexy, se trata de relaciones *abstractas* o *absolutas* de precedencia que valen, en lo general, para las colisiones de principios del derecho constitucional⁹⁹⁸. Los casos (3) y (4) se denominan de precedencia condicionada, *concreta* o *relativa* y se explican de manera simple del siguiente modo. Un principio prevalece sobre otro, en un caso concreto, cuando existen razones suficientes bajo ciertas condiciones previamente dadas⁹⁹⁹. En este caso, se busca que la consecuencia jurídica sea la más adecuada en atención a las circunstancias a considerar. De lo anterior, Alexy señala la siguiente *Ley de colisión*: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia del principio precedente”¹⁰⁰⁰.

Esta ley refleja la característica de mandato de optimización a la que ya hemos hecho referencia. En el mismo sentido, obliga a la dogmática jurídica a establecer los límites y alcances de los derechos fundamentales.

Dentro de las colisiones de principios, en la Constitución existen ciertas *condiciones* bajo las cuales se produce una *lesión de un derecho fundamental*. Para Alexy, “que una acción lesiona un derecho fundamental significa que está prohibida desde el punto de vista iusfundamental”¹⁰⁰¹. Esta situación la define de la siguiente forma: “Si una acción satisface las condiciones C, entonces pesa sobre ella una prohibición iusfundamental”¹⁰⁰².

⁹⁹⁸ *Loc.Cit.* A primera vista, Alexy exceptúa de esta regla el principio de dignidad humana.

⁹⁹⁹ *Ibidem.*, p. 93.

¹⁰⁰⁰ *Ibidem.*, p. 94.

¹⁰⁰¹ *Ibidem.*, p. 93.

¹⁰⁰² *Loc.Cit.*

En otras palabras, Alexy expresa su “Ley de Colisión” de la siguiente manera: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”¹⁰⁰³.

Esta regla es fundamental para la teoría de Robert Alexy, puesto que refleja la característica de los principios como mandatos de optimización, ya que no existen relaciones *absolutas* de precedencia y se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables.¹⁰⁰⁴

Lo señalado por Alexy en este apartado realmente no es novedoso. Tanto en las *regulae* en el derecho romano como en las *generalia* en el *ius commune*, o en las teorías de la argumentación clásicas como las de Viehweg y Perelman, los principios siempre actuarán bajo ciertas condicionantes. Históricamente los principios siempre actuarán atendiendo a los aspectos casuísticos y en la búsqueda de la solución más equitativa o justa. La “Ley de Colisión” de Robert Alexy no es algo más que la falta de jerarquización que siempre ha existido entre los principios¹⁰⁰⁵. Al continuar con la caracterización entre reglas y principios, Alexy diferencia su carácter *prima facie*.

2.4.3.3 El diferente carácter *prima facie* de reglas y principios

Por su naturaleza, los principios al ser mandatos de optimización, “no contienen *mandatos definitivos* sino sólo *prima facie*”¹⁰⁰⁶. El principio no determina cómo ha de resolverse definitivamente una cuestión. Se trata solamente de un criterio orientador. Alexy advierte que “los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas”¹⁰⁰⁷. Por su parte, en el caso

¹⁰⁰³ *Ibidem.*, p.94.

¹⁰⁰⁴ *Ibidem.*, p. 95. El subrayado es mío. Alexy señala también que esta regla es básica para objetar la proximidad entre la teoría de los principios y la de los valores.

¹⁰⁰⁵ En la que como hemos visto juega un papel fundamental la ponderación. Con todo, la ponderación no puede ser explicada por las reglas del positivismo jurídico en el que prevalece la aplicación estricta de la norma.

¹⁰⁰⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p.99.

¹⁰⁰⁷ *Loc.Cit.*

de las reglas, éstas “contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas”¹⁰⁰⁸. Su característica de determinación puede no ser eficaz por cuestiones de hecho o de derecho, pero si esto no sucede, la regla prevalecerá.

Por tales razones, Alexy menciona que “podría pensarse que todos los principios tienen un mismo carácter *prima facie* y todas las reglas un mismo carácter definitivo”¹⁰⁰⁹. Esto sería un modelo simple, al parecer del maestro de Kiel, por las siguientes razones.

Las reglas, con motivo de la resolución de algunos casos, pueden introducir una “cláusula de excepción”¹⁰¹⁰. En estas circunstancias la regla pierde su carácter de definitividad. En los hechos, según Alexy, estas cláusulas de excepción ni siquiera pueden ser teóricamente enumerables¹⁰¹¹. Nunca se puede estar seguro si en un nuevo caso sea necesario introducir una nueva cláusula de excepción¹⁰¹². Resulta evidente que mientras menos existan en los ordenamientos jurídicos este tipo de cláusulas más nos aproximaremos a los ideales del positivismo jurídico, al no tolerar las lagunas en el derecho. La cláusula de excepción, si es reconocida, genera dificultades en un derecho que tenga la pretensión de definitividad.

A diferencia de las reglas, Alexy comenta sobre el carácter *prima facie* de los principios lo siguiente:

¹⁰⁰⁸ *Loc. Cit.*

¹⁰⁰⁹ *Loc.Cit.* Tal es la postura dentro de la doctrina de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, pp. 49 y ss.

¹⁰¹⁰ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 99. Como ejemplo de lo anterior, recordemos los casos antinómicos estudiados en este mismo capítulo.

¹⁰¹¹ *Ibidem.*, p.100.

¹⁰¹² *Loc.Cit.* Una vez más nos encontramos ante una situación ya explorada suficientemente en el derecho. Como ejemplo de lo anterior, puede mencionarse la facultad que tenían los juristas romanos, por su *autoritas*, para crear nuevas reglas en el caso de que las existentes no fueran útiles para resolver un caso concreto. Sobre el particular, veáse Juan Vallet de Goytisolo, *Metodología jurídica*, p. 130 y s. En el mismo sentido, Pietro Bonfante, *Historia del derecho romano*, trad. José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, Vól. I, (Serie C. Tratados Generales de Derecho Privado y Público; Vól. XXIV), p. 477 y s.

Un principio es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor. En cambio, una regla todavía no es soslayada cuando en el caso concreto el principio opuesto tiene un mayor peso que el principio que apoya la regla. Además, tienen que ser esquivados los principios que establecen que reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello tienen que ser seguidas y que no debe apartarse sin fundamento de una práctica transmitida.¹⁰¹³

Estos últimos principios son denominados por Alexy como “principios formales” e indica que en tanto se les confiera más peso en un ordenamiento jurídico, “tanto mayor es el carácter *prima facie* de sus reglas”¹⁰¹⁴. Si a los “principios formales” no se les diera ningún peso, las reglas y los principios tendrían el mismo carácter *prima facie*.

Ahora bien, este carácter *prima facie* de los principios puede ser reforzado introduciendo una determinada carga argumentativa a favor de determinados principios o ciertos tipos de estos¹⁰¹⁵. Esta consideración de Robert Alexy acerca su teoría de los principios con la *racionalidad* que exige su teoría de la argumentación. En consecuencia, las reglas y principios también pueden verse como razones.

2.4.3.4 Reglas y principios como razones

Por lo antes expuesto, entendemos que las reglas y principios son razones diferentes. “Los principios son siempre *razones prima facie*; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, *razones definitivas*.”¹⁰¹⁶

Para Robert Alexy las reglas y los principios son razones para normas y medianamente razones para acciones¹⁰¹⁷. El que sean razones

¹⁰¹³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 100.

¹⁰¹⁴ *Loc. Cit.*

¹⁰¹⁵ *Ibidem.*, p. 101.

¹⁰¹⁶ *Loc. Cit.*

¹⁰¹⁷ Posición diferente es la de Joseph Raz para el cual las normas son principalmente razones para la acción. Sobre el particular Cfr. Joseph Raz, *Razón práctica y normas*,

para la acción se debe a que el maestro de Kiel parte de la utilización que puede hacerse de ellos en la jurisprudencia, al formularse el juez aseveraciones sobre lo que está ordenado, prohibido o permitido. Las reglas y los principios en la consideración de Alexy, pueden ser tanto razones para reglas como razones para resolver casos concretos¹⁰¹⁸.

A pesar de estas similitudes existen diferencias entre reglas y principios en el sentido de sus razones. Los principios nunca serán razones definitivas; sólo pueden ser criterios y justificaciones de una determinada directriz. En cambio, las reglas pueden ser razones definitivas cuando son aplicables sin excepción alguna. Los principios son razones *prima facie* y pueden establecer derechos *prima facie*; las reglas pueden ser *razones definitivas* y establecer, a su vez, *derechos definitivos*¹⁰¹⁹. Aclara Alexy:

La vía desde el principio, es decir, del derecho *prima facie*, al derecho definitivo, transcurre, pues, a través de la determinación de una relación de preferencia. Pero, la determinación de una relación de preferencia es, de acuerdo con la ley de colisión, el establecimiento de una regla. Por ello, puede decirse que siempre que un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser.¹⁰²⁰

2.4.3.5 La generalidad en los principios

Sobre este punto, Alexy añade que los “principios suelen ser relativamente generales porque no están referidos a las posibilidades del

trad. Juan Riz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 (Col. El derecho y la justicia; Núm. 27), pp. 17 y ss.

¹⁰¹⁸ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 102.

¹⁰¹⁹ *Ibidem.*, p.103.

¹⁰²⁰ *Loc.Cit.*

mundo real o normativo”¹⁰²¹. Si acaso tuviesen esa referencia, entonces se llegaría a un *sistema de reglas diferenciado*.¹⁰²²

Ahora bien, en el caso de reglas con un alto contenido de generalidad estas tienen como consecuencia el establecimiento de derechos relativizados, es decir, sujetos a interpretaciones diversas¹⁰²³. En estos casos, este tipo de normas se denominan como “principios” en el derecho moderno. Esta denominación, como señala Alexy, escapa a la conceptualización original que va de los principios hacia la teoría del derecho¹⁰²⁴.

2.4.3.6 Algunas consideraciones sobre las reglas y los principios

Como algunos juristas lo han señalado ya, resulta paradójico que la teoría de principios de Robert Alexy se sostenga por un concepto muy fuerte de regla¹⁰²⁵. La regla, como ya se ha señalado, es la única que posee *razones definitivas* para la solución de casos concretos. Los principios sólo tienen, dentro de este esquema, el papel de criterios orientadores o razones para llegar a ciertas reglas. Si esto es así, el principal contexto de las reglas es el derecho positivo; el de los principios, la argumentación jurídica. Alexy no lo expresa así, pero en el fondo de su estructura conceptual subyace la idea de la seguridad jurídica. Sólo las reglas del derecho positivo pueden garantizar un trato igual y no diferenciado a los distintos casos a resolver. La noción de seguridad jurídica, dentro del positivismo jurídico, es “el resultado de un conjunto de técnicas normativas encaminadas a garantizar la propia consistencia del sistema”¹⁰²⁶. Pero no sólo se encuentra en este

¹⁰²¹ *Loc.Cit.*

¹⁰²² *Loc.Cit.*

¹⁰²³ Por dar un ejemplo, en el párrafo tercero del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se preve el derecho de todo individuo a la salud.

¹⁰²⁴ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 104.

¹⁰²⁵ Cfr. Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, p. 198.

¹⁰²⁶ Cfr. Liborio Hierro, *Estado de Derecho. Problemas actuales*, México, Editorial Fontamara, 1998, (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; Núm. 69), p. 60.

problema el aspecto de consistencia sino también la misma razón de existir de un determinado ordenamiento jurídico.

No obstante estas consideraciones, no es posible continuar avanzando en el estudio de los principios y su aplicación en el derecho dentro de la teoría de Robert Alexy sin analizar su concepto de ponderación y la forma en la que se utiliza de forma racional.

2.5 La ponderación

Según Alexy, el concepto de ponderación es criticado por considerarse como un método sin control racional y sujeto al arbitrio de quien la realiza¹⁰²⁷. Sería un espacio donde no rige metodología alguna y abre el campo al subjetivismo y decisionismo de los jueces. Alexy considera que estas objeciones son válidas en el caso de que la ponderación no lleva necesariamente a un resultado; pero resultan inválidas al no considerar racional la ponderación.¹⁰²⁸

Uno de los mecanismos racionales para la ponderación es el establecimiento de una relación condicionada de precedencia entre los principios; es decir, que bajo ciertas condiciones se debe preferir un principio respecto de otro. Esto no significa que un principio derogue a otro. Simplemente determina los aspectos circunstanciales que lo hacen prevalecer en un caso concreto.

Para comprender lo anterior, Alexy diferencia entre la decisión y la fundamentación en los principios.

¹⁰²⁷ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 157.

¹⁰²⁸ *Loc. Cit.* Dentro de la ciencia clásica del derecho el término correcto en lugar de ponderación era el de prudencia, referido a la búsqueda de lo justo concreto. De ahí el término de jurisprudencia. En nuestra época el positivismo jurídico desacreditó el término por la aparente falta de metodología racional en su aplicación. Nada más alejado de la realidad. Sobre el particular, confrontese el interesante libro de Carlos Ignacio Massini, *La prudencia jurídica, Introducción a la gnoseología del derecho*, Pról.. Georges Kalinowski, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pp. 21 y ss.

2.5.1 Modelo de decisión y modelo de fundamentación

La determinación de preferencia de ciertos principios puede llevarse a cabo de manera intuitiva. Para evitar consideraciones subjetivas, a un *modelo de decisión* Alexy contrapone un *modelo de fundamentación*, de tal forma que: esta “distinción permite referir el postulado de la racionalidad de la ponderación a la fundamentación del enunciado de preferencia y decir: una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundamentado racionalmente”¹⁰²⁹.

En consecuencia, el problema de la racionalidad de la ponderación conduce, necesariamente, a la posibilidad de una fundamentación racional en la que establezcan preferencias condicionadas entre distintos principios.¹⁰³⁰

Esta fundamentación, para muchos de los juristas contemporáneos, implica una deliberación que tiene como objeto la indagación, operabilidad y análisis práctico de las circunstancias de cada hecho para la búsqueda de la solución más adecuada.¹⁰³¹

2.5.2 Otra variante de fundamentación

Pero la fundamentación puede referirse no sólo a reglas precisas en torno a la colisión de principios, sino que pueden ser utilizados todos los argumentos posibles dentro de la argumentación jurídica. Tal es el caso de métodos de interpretación e integración jurídica, aspectos dogmáticos, jurisprudenciales, prácticos y empíricos en lo general¹⁰³². Explica Alexy: “Desde luego, quedan excluidos argumentos semánticos cuando, con la constatación de la colisión, se ha decidido ya, en virtud

¹⁰²⁹Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 158 y ss.

¹⁰³⁰ *Ibidem.*, p. 159. Alexy habla de principios opuestos. En estricto sentido no existe tal oposición. Puede haber limitantes entre ellos, preferencias, pero no una oposición en el amplio sentido del término.

¹⁰³¹ Massini, *La prudencia jurídica*, p.54.

¹⁰³² Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p.159.

del texto literal, acerca de la aplicabilidad de las disposiciones de derecho fundamental que están en cuestión.¹⁰³³

2.5.3 La fundamentación referida específicamente a la ponderación

Para la aplicación de esta fundamentación, Alexy hace referencia a la llamada “Ley de ponderación”, de acuerdo con la cual “la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro”¹⁰³⁴. Esta ley pone en claro que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o de manera absoluta, sino que siempre puede hablarse de pesos relativos.¹⁰³⁵

Por estas razones, la ponderación no puede ser un procedimiento abstracto o general. “Su resultado es un enunciado de preferencia condicionado que, de acuerdo con la ley de colisión, surge de una regla diferenciada de decisión.”¹⁰³⁶

Para Alexy la “Ley de ponderación” no es una formula vacía, puesto que define lo que tiene que ser fundamentado racionalmente¹⁰³⁷. Esto da entrada, como puede verse, a su teoría de la argumentación jurídica. Asimismo, su estudio es indispensable para la filosofía del derecho por su implicación con el razonamiento jurídico.¹⁰³⁸

Ahora estudiemos algunas ideas que pueden ayudar a integrar la teoría de la argumentación y principios de Robert Alexy.

¹⁰³³ *Loc.Cit.*

¹⁰³⁴ *Ibidem.*, p. 161.

¹⁰³⁵ *Loc.Cit.*

¹⁰³⁶ *Ibidem.*, p. 166.

¹⁰³⁷ *Ibidem.*, p.167

¹⁰³⁸ Alexy, “Naturaleza de la filosofía del derecho”, p. 154.

QUINTA PARTE

UNA PROPUESTA QUE RECURRE A LO CLÁSICO

CAPÍTULO I

UNA INTEGRACIÓN A LA TEORÍA ARGUMENTATIVA DE ALEXY

1. INTEGRACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA TEÓRICA

Robert Alexy trata de conciliar, en su teoría de la argumentación y en su teoría de los principios, los radicalismos existentes entre el derecho positivo y el derecho natural. Ante el auge de los derechos humanos por el daño causado por el positivismo en las guerras mundiales, en la actualidad resulta absurdo concebir una posición epistemológicamente absoluta, sobre una u otra noción de derecho. A esta tendencia no escapa Alexy. Su teoría de la argumentación es atemperada por su teoría de principios, a grado tal que algunos defensores del derecho natural, el maestro de Kiel se aproxima, incluso, por su pretensión de corrección y ponderación, a los postulados del no positivismo¹⁰³⁹. De mi parte, no lo considero así, por todo lo expuesto a lo largo de esta obra nos hemos podido percatar del enorme esfuerzo de Alexy por no resquebrajar los postulados positivistas. Su teoría de los principios entra con camisa de fuerza en su teoría argumentativa. Por esa razón, propongo volver la vista al derecho clásico¹⁰⁴⁰ que con naturalidad une y complementa el derecho positivo y el natural, sin renunciar a la complejidad del fenómeno jurídico.

¹⁰³⁹ Como ejemplo de lo anterior, véase Rodolfo Vigo, “Balance de la Teoría Jurídica discursiva de Robert Alexy”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Madrid, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 2003, Núm. 26, pp. 203-224.

¹⁰⁴⁰ Denomino como tal, al derecho romano y al *iuscomune* por sus connotaciones problemáticas y metodológicas comunes, tal y como se verá a lo largo de este capítulo.

Esta es la principal razón por la que, a guisa de ejemplo, rescataré algunos rasgos de la forma de razonamiento jurídico romanística y del método propio del *ius comune*. Quizá si dejamos de lado sus principales postulados, podamos ver con ojos más frescos lo que nos aportan para integrar, en nuestro tiempo, la parte sistemática y problemática del derecho. La teoría de la argumentación jurídica es un buen pretexto para volver a analizar y reconocer la complejidad del derecho. Busquemos esos elementos sin que esto signifique de forma alguna aplicarlos sin atender a las circunstancias de los modernos Estados de Derecho.¹⁰⁴¹

1.1 *La argumentación jurídica en Roma*

La formación y consolidación institucional del derecho romano, a lo largo de once siglos, es el mejor ejemplo de la evolución constante de una gran tradición jurídica¹⁰⁴², así como la fuente normativa que ha dado contenido a gran parte de la legislación occidental y que con no poca razón, por la certeza de sus juicios, se le ha denominado como la *razón escrita*¹⁰⁴³.

¹⁰⁴¹ Este esfuerzo de retomar elementos jurídicos de algunas teorías clásicas no es algo novedoso. La Escuela de Maguncia encabezada por Theodor Viehweg o el iusnaturalismo de John Finnis son un ejemplo mejor logrado de ello. Sobre el particular, *vid.* Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia* y de John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, ambos ya citados en esta obra.

¹⁰⁴² En el mundo contemporáneo las tradiciones jurídicas más influyentes son la del derecho civil y la del derecho común. John Henry Merryman considera más correcto hablar de tradición jurídica que de sistema legal; ya que desde su punto de vista un sistema legal es “un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y reglas legales”; en tanto que la tradición legal ubica al sistema jurídico dentro de una perspectiva cultural ya que implica los aspectos históricos, políticos y sociales en los que se presenta el derecho. Ver John Henry Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. Eduardo L. Suárez, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1989, (Breviarios, No. 218), pp. 15 y ss.; por su parte, Mario G. Losano si considera correcto el uso de la noción sistema jurídico, por considerarlo científicamente acertado. Cfr. Mario G. Losano, *Los grandes sistemas jurídicos*, Madrid, Debate, 1982, (Colección universitaria), p. 38 y s.

¹⁰⁴³ Cfr., el libro ya clásico dentro de nuestro derecho nacional Emilio Alvarez, *Tablas sinópticas de la historia externa e interna del Derecho Romano*, Puebla, Imprenta de la Escuela de Artes y Oficios, 1895, (Ed. Facsimilar de la Asociación Nacional de Abogados; México, 1980), p. III.

Escudriñar en este filón los antecedentes del razonamiento jurídico no es un esfuerzo sin sustento, ya que en todos los sistemas jurídicos que tienen su fundamento en la tradición jurídica *romano-canónica*, la forma de solucionar problemas por parte de los juristas romanos ha sido una de las principales fuentes de su derecho codificado.¹⁰⁴⁴

El derecho romano se convirtió en el derecho común para la mayor parte de los pueblos occidentales hasta la época de las modernas codificaciones. Su difusión se dio básicamente por la influencia de la enseñanza universitaria que en el siglo XI se realizó en Bolonia; posteriormente, este derecho es rescatado tanto en el Código Civil Francés como en la dogmática y la codificación alemana.¹⁰⁴⁵

En nuestro acercamiento cognoscitivo al derecho romano no pretendo constreñirme a la legislación sino, de manera primordial, a la forma de resolver, por parte de los juristas romanos, los problemas jurídicos. En ese sentido, resulta fundamental el conocimiento de este método jurídico, mismo que, por su lógica, delicadeza en el análisis y deducción de su problemática legal, ha sido útil en la consolidación de una forma de razonar el derecho.

Si este derecho aún se toma como un ejemplo de metodología jurídica es porque su forma de pensar, integrando e interpretando la ley, tiene una gran utilidad pragmática. Esta aptitud para la solución de problemas no debe sorprendernos, si se toma en cuenta la destreza del

¹⁰⁴⁴ Eugene Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, trad. José Ferrández González, 3 era. ed., México, Porrúa, 1986, p. 17. Sobre el particular, Juan Luis González A. Carrancá opina que: "La extraordinaria difusión del derecho romano en una Europa en la que la grandeza de Roma se había convertido en un simple recuerdo histórico, es atribuible a diversos factores, entre los que destacan los siguientes: a) circunstancias históricas favorables en los países que durante siglos formaron parte del Imperio Romano y estuvieron sometidos a su influjo cultural y jurídico; b) inclusión de numerosos elementos de derecho natural en el derecho romano (lo cual, aunque cierto, no basta para justificar la exageración medieval de considerar al derecho romano como expresión acabada e insuperable del derecho natural); y c) internacionalización - casi universalización- del derecho romano en las últimas etapas de su desarrollo, determinada por la necesidad de elaborar un ordenamiento jurídico que rigiera la vida de la comunidad supranacional que era el Imperio", Estudio Preliminar de Emilio Álvarez, *Op. Cit.*, p. 5.

¹⁰⁴⁵ Ver Álvaro D'ors, *Derecho Privado Romano*, Octava Edición, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1986, pp. 31 y ss.

pueblo romano para entender el derecho, la cual sólo tiene parangón con la de los griegos para la filosofía¹⁰⁴⁶.

Los estudios más recientes sobre el derecho romano acostumbran analizar a las instituciones jurídicas que han sido fundamentales en la integración del derecho occidental, sin prestar mucha atención a la forma en que las mismas son creadas. Desde esa perspectiva puede pasar desapercibido que el proceso de generación de las reglas jurídicas tiene un alto contenido argumentativo y que el derecho codificado representa un catálogo de argumentos para resolver ciertos problemas jurídicos.

El punto de partida de este análisis jurídico es estudiar la forma de argumentación de los juristas romanos; por ende, la integración de sus instituciones jurídicas y su relación con las reglas jurídicas pragmáticas. Este análisis, que de ninguna manera pretende agotar tan importante veta, será útil para localizar elementos que nos ayuden a comprender la evolución del razonamiento jurídico.

1.1.1 El inicio de la jurisprudencia romana

Los orígenes del derecho romano¹⁰⁴⁷ nos llevan al problema del derecho en las sociedades primitivas, en las que se mezclaban la magia, la religión y el derecho. En la época arcaica el uso o costumbre denominado como *mos* era el fundamento de la actividad jurídica confiada a los sacerdotes. El mismo nombre de pontífices encierra una

¹⁰⁴⁶ Eugene Petit; *Op. Cit.*, p.18; sobre el particular ver también Álvaro D'ors, *Elementos de Derecho Privado Romano*, 3 era ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1992, p. 12, que sobre este tópico señala: "Los griegos, tan superiores a los más pragmáticos romanos en tantas ciencias y artes, nunca tuvieron una ciencia del derecho como la romana. Sus controversias se dirimían conforme a leyes dadas por los gobernantes y a los tópicos retóricos de los abogados. Por eso el genio griego, del que dependen tantas ciencias y técnicas de hoy, no presenta interés permanente para el derecho, y así se explica que no se estudie hoy el derecho griego, pero sí, desde hace muchos siglos, el romano, que conserva un interés permanente"; Javier Hervada en su *Introducción crítica al Derecho Natural*, 2a ed., México, Editora de Revistas, 1988, (Manuales Derecho, No. 1), p. 15 y s, comenta: "A eso que correspondía a cada uno lo llamaron el *ius* o derecho de cada uno y a la ciencia que consistía en saber averiguar el *ius* o derecho de cada uno le dieron el nombre de *ars iuris* o arte del derecho".

¹⁰⁴⁷ Durante los tres primeros siglos de Roma, el derecho tenía su única fuente en los usos que se encontraban en vigor entre los fundadores de la ciudad, estas costumbres de los antepasados se les llamo como *mores majorum*; Petit, *Op. Cit.*, p. 36.

historia que se repite en todas las culturas. En sus funciones como tales, se debe conservar el orden de una naturaleza que su sociedad concibe como caótica: “Debe aplacar a las náyades del agua violada por el puente y a las de los bosques cuyos árboles fueron talados debe de restablecer la armonía de una naturaleza en la que el hombre ha unido dos orillas que la divinidad había querido divididas”¹⁰⁴⁸. Se trata de la búsqueda constante del orden universal.

En consecuencia, la historia de la jurisprudencia romana¹⁰⁴⁹ empieza con los *pontífices*, conocedores de la magia¹⁰⁵⁰, los cuales tenían entre sus principales funciones el dominio sobre las reglas de comunicación de la ciudad para con los dioses, así como las fórmulas eficaces de comunicación de los ciudadanos entre sí.¹⁰⁵¹

La participación de los *pontífices* en la vida jurídica del pueblo romano se justifica porque en la época primitiva el pueblo romano

¹⁰⁴⁸ Mario G. Losano, *Op Cit.*, p.54

¹⁰⁴⁹ La jurisprudencia se encuentra estrechamente ligada a la historia de Roma, razón por la cual ambas, de forma tradicional, han sido divididas de la siguiente forma: *Época Primitiva*, comprendida desde la fundación de Roma hasta la Ley de las XII tablas (650 a. c.) o 1 a 304 año de Roma; *Época de Desarrollo*, de la Ley de las XII Tablas hasta Cicerón (450 a. c.) o 304 a 723 de Roma; *Época de consolidación*, transformación de la República en Imperio, desde Cicerón hasta Alejandro Severo (202 a.c.) o 723 a 988 año de Roma; y, *Época de decadencia*, comprendida desde Alejandro Severo hasta Justiniano (225 a 565 d. c.). La clasificación cronológica original fue hecha por Gibbon en su *Historia de la decadencia y de la caída del Imperio Romano*, en nuestros días se considera como la más exacta a pesar de las críticas que se le han hecho. El problema de la cronología ha sido puesto en duda a partir de Ihering quién considera que no es válido equiparar la historia del Estado Romano con su derecho; Rudolph Von Ihering, *El Espíritu del Derecho Romano*, Trad. Fernando Vela, Madrid, Marcial Pons, 1997, (Clásicos del Pensamiento Jurídico, No. 2), p. 59 y s; también sobre el particular cfr. Emilio Alvarez, *Op. Cit.*, (n. 10), p. 1 y Petit, *Op. Cit.*, (n. 11), p. 27 y s.; finalmente cabe aclarar que la llamada jurisprudencia clásica abarca del siglo I romano al II romano d.c., para lo cual ver Mario G. Losano, *Op. Cit.*, (n. 10), p. 53 y s.

¹⁰⁵⁰ Para algunos autores en sus inicios el derecho subjetivo sería el *agere* en cuanto rito mágico llevado a la práctica para efectuar una pretensión. De hecho, el derecho se practicaba diciendo algunas palabras solemnes con contenido mágico. Para un estudio detallado de la relación entre el derecho y la magia ver Arnaldo Biscardi, *Temas de Derecho Romano*, trad. Javier Paricio, Barcelona, Bosch, 1987, p. 17 y s.; Noailles, *Du droit sacré au droit civil*, París, 1949, pp. 88 y ss.; y, Lévy - Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, París, 1960, pp. 37 y ss.

¹⁰⁵¹ En este momento histórico, 500 años antes de nuestra era, el derecho romano no se encontraba sistematizado, el texto jurídico principal era el derecho de las XII tablas que en nuestra época se nos ha transmitido únicamente en fragmentos; ver W. Kunkel, *Historia del derecho romano*, trad. Juan Miguel, 9 ena. ed., Barcelona, Ariel, 1994, p.39.

pensaba que en sus relaciones jurídicas, al igual que en la oración de tipo religioso, todo dependía del empleo de las palabras adecuadas; de tal forma que “sólo el que sabía la fórmula apropiada podía obligar a la divinidad y vincular o desvincular a los hombres”¹⁰⁵².

Los *pontífices* se hallaban, en apariencia por sus funciones propiamente de carácter religioso, fuera de la esfera del derecho civil. Sin embargo, se encontraban obligados a tocar una multitud de materias jurídicas que tenían alguna conexión con el *jus sacrum*, tales como la devolución de los *sacra privata* en caso de sucesión, la *confaeratio* y la determinación de las *res religiosas*. De ahí la necesidad de ser al mismo tiempo jurisconsultos, condición que favoreció el ser los primeros en conocer la aplicación y el desenvolvimiento del derecho.¹⁰⁵³

La jurisprudencia pontifical para cada caso concreto encontraba el derecho, su pretensión de ninguna forma era elaborar leyes. Los *pontífices* monopolizaban el conocimiento jurídico; así que sus decisiones expresaban una comprensión de los ideales de justicia del pueblo romano que no requería, por contar con el consenso del pueblo, de argumentación racional, en el sentido moderno del término. Era suficiente con encontrar el orden y el equilibrio con la naturaleza.

En estos casos, bastaba apoyar su decisión en su autoridad, conscientes de sus facultades para la comprensión de los fenómenos jurídicos.¹⁰⁵⁴

Las características cualitativas de los *pontífices* y el medio al que dirigían sus decisiones, explica que silenciaran, en principio, sus fundamentos y que sólo en pocas ocasiones hicieran referencia a las decisiones de sus predecesores.¹⁰⁵⁵

Desde una perspectiva moderna, esta metodología de razonamiento jurídico puede parecer un tanto discrecional y subjetiva. Al respecto cabría preguntarse: ¿Cuáles fueron los límites para que esa

¹⁰⁵² Kunkel, *Op. Cit.*, p.106.

¹⁰⁵³ Petit, *Op. Cit.*, p. 43.

¹⁰⁵⁴ Juan Vallet de Goytisolo, *Metodología Jurídica*, p. 130.

¹⁰⁵⁵ *Loc.Cit.*

facultad no se desbordara? Tratando de resolver esta interrogante, Juan Vallet de Goytisolo indica que lo que determinaba la frontera de su decisión¹⁰⁵⁶ fue su sentido jurídico, su fina percepción de la realidad en la vida social del pueblo romano y un gran respeto a las enseñanzas de sus precursores.¹⁰⁵⁷

El saber de los *pontífices* era secreto y, por ende, los *libri pontificales* sólo eran accesibles a sus miembros, los que transmitían, de generación en generación, los métodos de aplicación del derecho que habían desarrollado y practicado.

Los *pontífices* conocían los secretos de los procedimientos jurídicos, así como la lista de los días *fastos*, durante los cuales era permitido realizar, ante los magistrados, los *ritos* en torno a las acciones legales. En consecuencia, el pueblo en general se encontraba obligado a recurrir a sus servicios para consultarles los días propicios para cualquier causa litigiosa.¹⁰⁵⁸

Este saber monopólico subsistió durante mucho tiempo, pero en el momento en el que publicaron las colecciones de fórmulas del archivo de los *pontífices*¹⁰⁵⁹, y algunos miembros de este consejo comenzaron a dar pareceres jurídicos públicamente, con una exposición abierta de los puntos de vista relevantes¹⁰⁶⁰, se allanó el camino para una ciencia jurídica libre y accesible a todos.

Esta situación se presentó cuando un escriba de Apio Claudio, llamado Cneo Flavio pública el *Jus flavianum* que integraba cuáles se consideraban como los días *fastos* y las fórmulas de las acciones de la ley. Esta acción agradó tanto al pueblo romano que gracias a este hecho Flavio llegó a ser tribuno, senador y edil curul.¹⁰⁶¹

No obstante, conviene no olvidar que, si bien los pontífices llevaban a cabo unciones sacerdotales, este carácter religioso ya se

¹⁰⁵⁶ *Ibid.* Pp.129-132.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, p. 130 y s.

¹⁰⁵⁸ Petit, *Op. Cit.*, p. 43.

¹⁰⁵⁹ Según la tradición a comienzos del siglo III antes de nuestra era.

¹⁰⁶⁰ Vallet de Goytisolo, *Op. Cit.*, p. 130.

¹⁰⁶¹ Petit, *Op. Cit.*, p. 43. Históricamente este acontecimiento se ubica en el año 450 antes de nuestra era.

encontraba bastante atenuado. Señala Carlo Augusto Cannata: “Se trataba, en la práctica, de personas que ejercían un cargo público, del mismo modo que los magistrados. Magistrados y sacerdotes se reclutaban en la misma clase social, pues era necesario que fueran ricos al objeto de poder consagrarse al desempeño de una función no remunerada”¹⁰⁶². En ese sentido, no era raro que existieran personas que ejercieran los dos cargos, la dirección política y religiosa del estado. Realmente, lo importante no fue quitar privilegios jurídicos a los sacerdotes; lo más relevante fue ceder al pueblo el conocimiento del derecho en un momento histórico dado.

1.1.2 Un derecho para el pueblo

Después de la publicación del *Jus flavianum*, la ciencia jurídica dejó de ser un privilegio de una casta celosa de guardar el secreto, mismo que fue abierto a todos¹⁰⁶³. Como afirma Eugene Petit: “Los plebeyos pudieron entregarse, como los patricios, al estudio de las cuestiones nacidas de las prácticas de las leyes.”¹⁰⁶⁴

Con esto se dio origen al nacimiento de los nuevos representantes de la jurisprudencia: los juristas, cuya primera actividad fue dictaminar sobre casos prácticos de derecho. El derecho era lo realmente vivido.

Los juristas estaban dispuestos a dar asesoría a cualquiera, dado que la jurisprudencia no era una profesión, sino un ejercicio intelectual propio de círculos aristocráticos, a través del cual no se obtenía más ventaja que el honor y la fama.¹⁰⁶⁵

Entre los que acostumbraban frecuentar al perito en derecho se encontraban no solo particulares, sino también los propios órganos de la administración del derecho, magistrados y jueces, ya que al no existir

¹⁰⁶² Carlo Augusto Cannata, *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, Trad. Laura Gutiérrez-Masson, Madrid, Técnos, 1996, p. 30.

¹⁰⁶³ Para Mario G. Losano cuando la actividad judicial pasa a los laicos y se extiende a nuevas materias, esta expansión se efectúa por medio de la empiricidad, es decir caso por caso, los juristas adaptan los *mores* a los nuevos problemas y las decisiones de los tribunales se convierten en la otra gran fuente del derecho. Mario G. Losano, *Op. Cit.*, p. 56.

¹⁰⁶⁴ Petit, *Op. Cit.*, p. 43.

¹⁰⁶⁵ Kunkel, *Op.Cit.*, p.107

una profesionalización del derecho, estos órganos dependían de la ayuda de los juristas¹⁰⁶⁶, sobre todo por la importancia que se daba a sus opiniones sobre casos concretos.

Es así como el dictamen jurídico fue el centro de toda la actividad jurisprudencial y lo siguió siendo hasta el final del Imperio Romano; es decir, se trata cuando menos de un periodo de cinco siglos.

Los juristas dieron inicio a una afanosa elaboración de formularios jurídicos. Quizá esta tradición procedía de la antigua interpretación jurídica romana que creía ciegamente en la letra de la ley; sin embargo, este método de interpretación quedó relegado a segundo término cuando la jurisprudencia, al final de la República, encontró un camino más libre de interpretación.¹⁰⁶⁷

Con relación a su actividad dictaminadora, los juristas romanos llevaron a cabo la enseñanza del derecho, misma que tenía el carácter de un aprendizaje práctico. Los discípulos rodeaban al jurista que dictaminaba; oían sus respuestas y se les permitía dar razones en favor y en contra. Incluso en la época imperial la *disputatio fori*¹⁰⁶⁸ era la verdadera esencia de la enseñanza del derecho; su método fue conocido como tópico, principalmente por los griegos.¹⁰⁶⁹

1.1.3 Estructura argumentativa de los juristas romanos

En Roma, el derecho fue obra de los juristas por medio de la *auctoritas*¹⁰⁷⁰, y a través del tiempo su fundamento fue el poder público y su *potestas*¹⁰⁷¹. La *auctoritas* tiene como producto al *ius*, es decir al

¹⁰⁶⁶ D'Ors, *Op. Cit.*, p. 13.

¹⁰⁶⁷ Kunkel, *Op. Cit.*, , pp. 108 y ss. y Goytisolo, *Op. Cit.*, pp. 139 y ss.

¹⁰⁶⁸ Kunkel, *Loc. Cit.*

¹⁰⁶⁹ Goytisolo, *Op. Cit.*, p. 134.

¹⁰⁷⁰ Vid., Max Kaser, *En torno al método de los juristas romanos*, trad. Juan Miquel, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1964, p.17 de título original en alemán *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, publicado en las *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen (Phililig-his. Klasse)*, Gotinga, 1962.

¹⁰⁷¹ Para analizar la evolución de estos conceptos consultese Rafael Domingo, *Teoría de la "auctoritas"*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1987, p. 49 en donde *auctoritas* es el saber socialmente reconocido y *potestas* el poder socialmente reconocido.

derecho; en tanto que la *postestas* tiene como producto a la *lex*, la ley.¹⁰⁷²

El *pretor*, que conjugaba su *potestas* con la *libertas* de los ciudadanos, merced a su *auctoritas* que le daba el prestigio social, moderó y actualizó el *ius civile* con su *interpretatio* y con el *ius preatorium*, aportando una gran cantidad de soluciones específicas para situaciones de hecho concretas que se consideraban dignas de ser protegidas¹⁰⁷³. Esta interpretación¹⁰⁷⁴ que realizaba el pretor no era, de ninguna forma, una simple explicación de la ley, sino la búsqueda de una conciliación del derecho escrito con las exigencias de la vida.¹⁰⁷⁵

Estos jurisconsultos formaban un estamento, caracterizado por su *auctoritas*, prestigio social dimanante de su linaje, su talento moral y su competencia como especialistas y, además, porque ejercían su labor gratuitamente. Por decisión de Augusto, aparte de su *auctoritas* originaria, recibieron la *auctoritas principis* que les confería el monopolio de dictaminar públicamente realizando dictámenes como juristas del *princeps* y que eran vinculantes para los tribunales¹⁰⁷⁶. Las controversias que resultaban de sus dictámenes con las resoluciones anteriores formaron el llamado *ius controversum*¹⁰⁷⁷.

Con la decadencia de Roma se menoscaba también la potencia creadora de los jurisconsultos romanos, los cuales, casi sin excepción, entran al servicio del emperador, “al que aconsejan y guían en sus

¹⁰⁷² *Ibidem.*, p. 70

¹⁰⁷³ Goytisolo, *Op. Cit.*, p. 135.

¹⁰⁷⁴ De *inter pres*, que significaba conciliar o negociar.

¹⁰⁷⁵ Goytisolo, *Op. Cit.*, p. 135; así como Ihering, *Op. Cit.*, pp. 207 y ss., sobre este particular Javier Hervada, comenta que “Cuando en Roma los juristas consiguieron *ius redigere in artem*- transformar el derecho en un arte-, no introdujeron algo radicalmente nuevo en la vida de la sociedad humana. Perfeccionaron, hasta constituirlo en un monumento de sabiduría, el saber hacer lo que desde los inicios de la humanidad constituía una necesidad de la práctica diaria: el saber dar a cada hombre lo suyo; o sea, que era lo que correspondía a cada uno en el marco de las relaciones humanas, en las cuales se ponen en juego una serie de bienes”, Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, *Op. Cit.*, p. 15.

¹⁰⁷⁶ Kunkel, *Op. Cit.*, pp. 136 y ss.

¹⁰⁷⁷ *Loc. Cit.*

edicta, decreta, rescripta y mandatae, que en conjunto recibirán el nombre común de *constitutiones principis*¹⁰⁷⁸.

Como comenta Fritz Schulz, en cerca de 500 años de cultura jurídica de gran calidad, desde la guerra de Aníbal a Diocleciano, “la promulgación estatal del derecho quedó en segundo plano circunscrita a determinadas funciones”¹⁰⁷⁹. Ihering denomina a esta circunstancia como el principio de espontaneidad¹⁰⁸⁰, el cual distinguió al derecho romano por su aislamiento de toda injerencia no jurídica, y por su independencia del poder político que lo llevó a la separación de dicho poder respecto a la administración de justicia.

Este aislamiento entre lo jurídico y lo no jurídico de ninguna manera se contradice con el hecho de que la jurisprudencia tuviera conocimiento de los asuntos divinos y humanos¹⁰⁸¹. El significado que debe otorgársele al concepto de espontaneidad es la capacidad de enfocar diversas cuestiones desde un punto de vista jurídico y de captar de ellas únicamente lo que revistiera interés de esta naturaleza fuera previo o actual. El derecho consideraba todo, pero siempre desde un punto de vista jurídico y con criterios útiles para su ciencia¹⁰⁸². Cabe aclarar que para Ihering existen dos tipos de espontaneidad: la formal y la interna o material. La primera, se refiere a que el juez, la organización del procedimiento, la fijación legal de los principios jurídicos, “aseguran al derecho un mecanismo para realizar fielmente y con seguridad y uniformidad el contenido que debe recibir, y que lo reconocido como derecho sea indefectiblemente aplicado como tal”¹⁰⁸³. En cuanto a la segunda, ésta “descansa sobre la idea de que el derecho no es una simple forma que puede recibir cualquier contenido, sino que

¹⁰⁷⁸ Goytisolo, *Op. Cit.*, p. 136.

¹⁰⁷⁹ Citado por Juan Vallet de Goytisolo, *Op. Cit.*, p.125.

¹⁰⁸⁰ A este mismo principio, Fritz Schulz, lo denominó como principio de aislamiento, *History of Roman Legal Science*, 5a Ed. London, Oxford University Press, 1967; así como Ihering, *Op. Cit.*, p. 121.

¹⁰⁸¹ *Vid. supra*, numeral 1.1.

¹⁰⁸² Ihering, *Op. Cit.*, p. 121.

¹⁰⁸³ *Ibid.*, p. 122.

sólo ciertos fines pueden ser realizados en esa forma; es decir, que su contenido sólo puede ser dictado por la idea del derecho”¹⁰⁸⁴.

El derecho no se encontraba constreñido, en su producción, a un órgano determinado y, como resultado del razonamiento de los juristas, tenía una gran movilidad en contenidos y estructura. A un jurista romano le era imposible entender el derecho desde una perspectiva meramente dogmática.¹⁰⁸⁵

Para Max Kaser, la manera que tenían los romanos de ver su derecho casuísticamente, es decir, desde la perspectiva del caso concreto, domina prácticamente todos los períodos de la historia de su derecho. No sólo eso, es muy probable que este enfoque en una época primitiva fuera común a todos los pueblos y culturas.¹⁰⁸⁶

1.1.3.1 Derecho intuitivo¹⁰⁸⁷

Al método de los juristas romanos se le puede denominar como empírico-casuístico¹⁰⁸⁸, porque ve al derecho desde la perspectiva del caso concreto, el método tópico que después desarrollará Viehweg.¹⁰⁸⁹

Este método ofrece una serie de soluciones a problemas complejos, buscando y estableciendo puntos de vista que pueden provenir de cualquier texto en donde hayan encontrado reconocimiento y comprobación, enlazando distintos argumentos de tal forma que se

¹⁰⁸⁴ *Loc. Cit.*

¹⁰⁸⁵ Entiendo por tal, en este contexto, al método jurídico que emplea como punto de partida únicamente al derecho escrito.

¹⁰⁸⁶ Kaser, *Op. Cit.*, p. 15.

¹⁰⁸⁷ Juan Vallet de Goytisolo afirma que esta intuición no es una idea abstracta como el *cogito ergo sum* de Descartes, sino una intuición que juzga de forma inmediata una realidad concreta. “Es decir, es un juicio de *sindéresis*, en el que la luz surge instantáneamente al contacto del sentido de lo justo con el impacto de la sensación de la cosa, a la que se juzga. Es un juicio de sentido común, pero de un sentido común educado y repleto de experiencia. Es *sindéresis* enriquecida por el hábito”, *Op. Cit.*, p. 130; en el *Diccionario de la Real Academia Española*, 21.ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1992, se define como *sindéresis* a la capacidad natural para juzgar rectamente.

¹⁰⁸⁸ Este tipo de método se opone al método dogmático-sistemático según la terminología seguida por Helmut Coing, ver en ese Vallet de Goytisolo, *Op. Cit.*; p.127; para analizar un ejemplo práctico se recomienda ver Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, p. 67 y s.

¹⁰⁸⁹ Max Kaser al estudiar el método de razonamiento de los juristas romanos parte de la teoría de la argumentación de Theodor Viehweg. Vid., Max Kaser, *Op. Cit.*, p. 9.

construye un tejido jurídico¹⁰⁹⁰. Esto no quiere decir que el empirismo romano se redujo a una aplicación pragmática del derecho sin análisis de fondo, quizá por lo cual resulta más correcto designar a esta metodología como “problemática jurídica” o, como le han llamado algunos, “casuística jurídica”¹⁰⁹¹. El objeto principal de esta metodología fue resolver lo que era justo y lo que no lo era a partir del conocimiento previo de las diversas circunstancias, que consideraban tanto aspectos humanos como divinos; es decir, la equidad de los romanos.

Este sistema puede calificarse también como *intuitivo*¹⁰⁹², ya que partía de una comprensión inmediata de los asuntos jurídicos que no necesitaba una argumentación amplia. Esta manera de ver —de naturaleza espontánea— la solución exacta se basa en dos tipos de fundamentos, los cuales se compenetran de forma íntima, a saber: el sentimiento jurídico material y la enorme experiencia adquirida en su labor jurídica. El defecto que se le adjudica es que los juristas silenciaron los fundamentos de sus decisiones casuísticas.¹⁰⁹³

Este tipo de derecho, en consecuencia, expresaba una materia prima preexistente, constituida por un derecho nacido de forma natural y necesaria, con un sentido muy peculiar del derecho natural romano antiguo.

Este derecho natural tuvo un papel relevante en la tarea de adaptación y de humanización del primitivo *ius civile*, que era rígido y formalista, razón por la que fue un elemento importante para flexibilizar las instituciones al tener como su función principal el corroborarlo, suplirlo o corregirlo¹⁰⁹⁴. El derecho natural, en este caso, no debe ser confundido con la prudencia jurídica, porque una “cosa es el derecho natural —exigencias de justicia de la naturaleza humana— y otra distinta las reglas o soluciones que aplica a la vida jurídica quien tiene

¹⁰⁹⁰ Viehweg, *Op. Cit.*, p. 69.

¹⁰⁹¹ *Ibidem.*, p. 16.

¹⁰⁹² Según Kaser, *Ibidem.*, p. 17.

¹⁰⁹³ Sobre el particular ver Loc. Cit., así como Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, 5a Ed. London, Oxford University Press, 1967, p. 61.

¹⁰⁹⁴ Javier Hervada, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, 2 a. ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1991, p.71.

autoridad o potestas, o el intérprete privado de la ley, por el sentido natural de justicia —por la prudencia jurídica— ante laguna de la legislación, situaciones en las que el *rigor iuris* llevaría a injusticias o soluciones inconvenientes, etc. Esto no es derecho natural, sino prudencia jurídica”¹⁰⁹⁵.

De esta forma, para los juristas romanos no hay más que un derecho —la solución justa de los casos reales—, dentro del cual juegan factores naturales (*naturalis ratio*) y factores positivos (*civilis ratio*)¹⁰⁹⁶. Por la vinculación entre el derecho positivo y el natural Goytisoló afirma que la jurisprudencia de los pontífices no *creó* estas instituciones jurídicas substanciales y fundamentales para el pueblo romano antiguo, sino que las *encontró*, captándolas a la luz de la vida misma del cuerpo social. No es derecho lo que el juez quiere por un acto arbitrario de voluntad; la sentencia del juez no crea al derecho primitivo, lo declara y lo protege.¹⁰⁹⁷

Respecto de las leyes, a pesar de considerarse como actos volitivos tampoco eran actos de creación, sino que representaban la revelación de un hallazgo o la delegación para buscarlo y proclamarlo una vez hallado. De esta forma, la volición se refería a su declaración, a su proclamación para darle un carácter obligatorio o vinculante.¹⁰⁹⁸

Los romanos eran fieles a la íntima convicción de que el derecho supone un cierto ordenamiento eterno inquebrantable de las relaciones humanas, dependiente del arbitrio de los magistrados y las asambleas populares, que no por ello debe permanecer inmóvil e inmutable. La interpretación se encontraba al servicio de la casuística, ahorrando los pronunciamientos legislativos.¹⁰⁹⁹

A los juristas les bastaba apoyar la decisión en su autoridad, conscientes de sus seguras facultades cognoscitivas. A través de esta

¹⁰⁹⁵ *Ibidem.*, p. 77 . Para profundizar en el tema de la prudencia jurídica veáse Carlos Ignacio Massini, *La prudencia jurídica*, pp. 21 y ss.

¹⁰⁹⁶ Javier Hervada, *Historia de la Ciencia del derecho natural*, p. 81.

¹⁰⁹⁷ Goytisoló, *Op. Cit.*, p. 128

¹⁰⁹⁸ *Loc. Cit.*

¹⁰⁹⁹ *Ibidem.*, p. 129 e Ihering, *Op. Cit.*, p. 207 y ss.

intuición se juzga de forma inmediata una realidad concreta. Por medio de un sentido común educado y repleto de experiencias, no se busca alcanzar la justicia sino la equidad entendida como tal, lo justo para cada caso en concreto.¹¹⁰⁰

Un jurista romano no cree en la justicia general y abstracta, para él lo más importante es resolver el derecho aplicable a cada caso concreto. Esta intuición requería sentido jurídico, una fina percepción de la realidad, de los sucesos en la vida social y un pleno respeto a las mejores enseñanzas de los mayores.¹¹⁰¹

Para lograr una aplicación del derecho acertada, Kaser destaca que los jurisprudentes romanos estuvieron dotados de ciertas cualidades que se dieron en ellos de forma superlativa. En primer lugar, un sentido jurídico que correspondía a la justicia material o *ética específicamente jurídica*; don del pueblo romano que se vio fecundado con el talento de sus juristas, rayando en ocasiones a la altura de la genialidad. En segundo término, el realismo con el cual encontraban siempre los medios más idóneos para encontrar las soluciones adecuadas, atendiendo a la naturaleza de las cosas. Finalmente, un evidente tradicionalismo que tenía por objeto el mantener a toda costa las costumbres que hubieren demostrado su eficacia a lo largo de distintas generaciones.¹¹⁰²

La justicia, en consecuencia, no tenía el contenido impreciso que algunos pretenden darle en la actualidad¹¹⁰³, ya que para el pueblo romano se ligaba siempre a lo concreto, al ser de las cosas, de lo cual extraían fecundas lecciones.¹¹⁰⁴

La casuística romana, por ende, a pesar de fundamentarse en una parte creativa se sustentaba asimismo en fuertes columnas: “La fuerza de la tradición, el valor de la experiencia y una especial

¹¹⁰⁰ Goytisoló, *Loc. Cit.*

¹¹⁰¹ *Ibidem*, p.131 y Max Kaser, *Op. Cit.*, p. 19.

¹¹⁰² *Loc. Cit.*

¹¹⁰³ Sobre el particular véase a Hans Kelsen, *¿Qué es justicia?*, Trad. Albert Calsamiglia, México, Planeta-De Aostini, 1993, (Obras maestras del pensamiento contemporáneo; Núm 27), pp. 35 y ss.

¹¹⁰⁴ Goytisoló, *Op. Cit.*, p. 127.

sensibilidad para percibir las exigencias inexcusables que impone la realidad, la espontánea y viva de la naturaleza de las cosas”¹¹⁰⁵. Lo que justificaba la libertad creativa de dichos juristas era su *auctoritas*¹¹⁰⁶, apoyada en la de sus predecesores, que permitía el hallazgo, “revelación” o “invención” de una solución jurídica.

Los juristas romanos no tienen la pretensión de crear normas que sean vigentes por siempre, sólo aspiran a generar un mero juicio basado en la experiencia, que les otorga el conocer el pasado.¹¹⁰⁷

Al referirse a esta metodología Alvaro D’ors comenta que la ciencia jurídica se expresaba, ante todo, en forma de *respuestas* a las *questiones* que eran sometidas a los juristas, pero nunca con la pretensión de elaborar leyes generales, cuya creación se presentó hasta la época de decadencia del imperio.¹¹⁰⁸

1.1.3.2 Derecho deductivo

Hacia la mitad del siglo II antes de nuestra era, se produce un cambio fundamental en el método de los juristas romanos, quienes, impulsados por la filosofía griega¹¹⁰⁹, dan a la materia jurídica un enfoque dialéctico. De esta suerte, los juristas entran en concurrencia con los retóricos, no quedándoles otro remedio que enunciar, además, los fundamentos materiales de su decisión.¹¹¹⁰

Por esta influencia griega, los juristas romanos trabajaron por vez primera en las *definitiones*; la argumentación por casos análogos o extremos; las *regulae*, *differentiae* y *distinctiones*¹¹¹¹. Como era de

¹¹⁰⁵ *Ibidem.*, p. 132.

¹¹⁰⁶ Rafael Domingo, *Op. Cit.*, p. 50.

¹¹⁰⁷ Vid., Max Kaser, *Op. Cit.*, p. 26.

¹¹⁰⁸ D’ors, *Op. Cit.*, p. 13 y s.

¹¹⁰⁹ *Ibidem.*, p. 25 donde D’ors señala que de hecho muchas de las frases famosas de los personajes romanos fueron pronunciadas en griego, *pero no así entre los juristas*, “pues sólo alguno de ellos muy tardío escribió alguna obra en esa lengua extranjera, ya que los prudentes eran conscientes de su superioridad sobre Grecia en la ciencia del derecho”.

¹¹¹⁰ Max Kaser, *Op. Cit.*, *passim.*, pp. 22 y 39 y Kunkel, *Op. Cit.*, p. 109.

¹¹¹¹ *Ibidem.*, *passim.*, pp. 40, 42 y 45; así como D’ors, *Op. Cit.*, p. 26, autor que señala que a pesar de que los juristas griegos importaron ideas o palabras griegas, lo hicieron en una medida muy reducida, por ejemplo, “sólo alguno habla de

suponerse, al tratar de reducir la aplicación del derecho a fundamentarse en lo ya creado, sus progresos son tanto reducidos como poco originales. Los juristas romanos se distancian, entonces, de los casos prácticos cuando se apoyan en una norma jurídica abstracta o en una delimitación conceptual.¹¹¹²

Para Theodor Viehweg, la retórica griega y la jurisprudencia romana tienen un punto de partida común en la teoría retórica de la *stasis* o teoría del *status*, que tiene por objeto hacer de un caso de conflicto un caso oratorio, distinguiendo primero la afirmación y negación y posteriormente la discusión de los hechos y el derecho. Una vez establecido así, el *status cause*, los esquemas retóricos suministran puntos de vista para el hallazgo de la prueba.¹¹¹³

Por su parte, la explicación de Goytisolo para este cambio tan trascendental en la metodología jurídica romana es una circunstancia más histórica que jurídica: la victoria de Roma sobre Cartago en la batalla de Zama, en el 202 antes de nuestra era; la destrucción de Cartago y Corinto después de la conquista de Macedonia, de Grecia y Oriente, que hicieron de Roma un gran Estado imperial, dominador del mar Mediterráneo, creador de una nueva civilización unitaria, en la que se integraban también “las fuerzas todavía vivas del mundo griego y oriental”¹¹¹⁴.

A pesar de las conquistas militares, los romanos respetaban a los pueblos conquistados; en sus costumbres, religión y derecho. Este respeto permite que Roma tenga una recepción del derecho extranjero, que se da con lentitud y no sin haberle dado un estilo romano que lo vuelve inconfundible. Rara vez se abroga el derecho vigente, de forma

excepcionalmente de ‘hipoteca’ o de ‘anticresis’, y algunos términos del mismo origen suelen ser muchas veces de la época de la decadencia, como ‘enfiteusis’ o incluso post-romanos, como ‘sinalagmático’ o ‘hiperoica’ “.

¹¹¹² *Ibidem.*, p. 25.

¹¹¹³ Viehweg, *Op. Cit.*, p. 81.

¹¹¹⁴ Goytisolo, *Op. Cit.*, p. 132.

más fácil, cae en desuso. El progreso jurídico se da de forma paulatina en estrecha conexión con las instituciones vigentes.¹¹¹⁵

Con la influencia de la filosofía griega la base de su proceso racional sigue siendo la intuición o *sindéresis* jurídica, aplicada conjuntamente con la metodología que a continuación describiré¹¹¹⁶.

Todavía son frecuentes los casos en que los juristas acuden directamente a la aplicación de lo justo concreto sin buscar mayor sustento que la exposición de las circunstancias del problema en cuestión, destacando, ahora sí, los elementos que determinaron la decisión. En otras ocasiones se apoyan con casos análogos, argumenta a *simili*; contrarios argumentum a contrario; consecuencias absurdas de la solución contraria, *argumentum ab absurdum*; pero siempre guiados por su conocimiento empírico.¹¹¹⁷

Por otra parte, generaban normas concretas, apoyadas en la autoridad del jurista y de sus predecesores con consideraciones semejantes; así como fórmulas generales, denominadas por ellos mismos como *regulae*, que eran reglas que exponían de forma breve la cosa tal cual era. Estas *regulae* fueron conocidas desde el derecho primitivo, pero con el contacto con la filosofía griega adquieren un nuevo impulso. Sin embargo, no construyeron fuentes independientes del conocimiento jurídico, sino que se sujetaron a la aplicación práctica del derecho, de ahí la famosa frase de Paulo: “El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con el derecho que hay.”¹¹¹⁸

En esta época aparece también la *definitio* como una delimitación conceptual¹¹¹⁹; aunque al formularlas no se preocuparon de agotar su contenido dogmático y siguieron siendo consideradas como poco certeras por limitar el conocimiento jurídico.

Lo que sí resultó importante fue la aplicación de conceptos rectores como la *aequitas*, la *bona fides*, el *animus*, por mencionar

¹¹¹⁵ Fritz Schuls, *Op. Cit.*, p 278 y ss.

¹¹¹⁶ Kaser, *Op.Cit.*, pp. 22 y ss., así como Goytisolo, *Op. Cit.*, p. 133 y s.

¹¹¹⁷ Goytisolo, *Loc. Cit.*

¹¹¹⁸ *Loc. Cit.*. “*Non ex regula ius sumatur sed ex iure quod est regula fiat*”.

¹¹¹⁹ *Ibidem.*, p. 134.

algunos; pero nunca fueron utilizados como categorías abstractas, construidas y estudiadas de forma dogmática, simplemente eran criterios valorativos para las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, los cuales podían servir de referencia para adoptar determinada solución.¹¹²⁰

En concreto, sin desaparecer la intuición, se aplicaron procedimientos racionales inductivos por medio de los cuales se obtenían definiciones así como conceptos rectores.

1.1.3.2.1 Las *regulae*

Estas reglas creadas por los romanos no son fuentes independientes de conocimiento del derecho, sino que vienen a reflejar únicamente el derecho tal y como se manifiesta en las resoluciones casuísticas concretas. Es más, en múltiples ocasiones los juristas romanos consideraban que las *regulae* son peligrosas, ya que carecen de sentido cuando no están formuladas de modo constante y preciso. Pero esto no incluye que crearan un sin fin de dichos brocardos y que “les asignaran el papel de ingredientes fijos de su ordenamiento jurídico”¹¹²¹.

Por medio de las *regulae*, las fórmulas jurídicas romanas translucían una elasticidad que resulta ajena a nuestros órdenes jurídicos contemporáneos; su forma de razonamiento es inductiva, pero parte de *topoi*¹¹²² generales; su método resulta muy análogo al de la tópica, pero nunca alcanzaron a realizar un sistema, siempre permanecieron en el límite, pero a la vez grandeza, que proporciona la casuística¹¹²³.

Estas *regulae* no eran de ninguna forma tópicos. Ni el título Dig. 50, 17 reunía un repertorio de ellos, tal y como creía Theodor Viehweg¹¹²⁴, puesto que los clásicos no empleaban la casuística para

¹¹²⁰ *Loc. Cit.*

¹¹²¹ Fritz Schulz, *Op. Cit.*, p. 28.

¹¹²² Puntos de vista argumentativos, Viehweg, *Op.Cit.*, pp. 77 y ss.

¹¹²³ *Ibidem.*, *passim.*, p. 31, 36, 47 y s.

¹¹²⁴ Goytisolo, *Op. Cit.*, p. 134; Max Kaser, *Op.Cit.*, p. 27 y s. y Viehweg, *Op. Cit.*, p. 76 y s.

elaborar reglas que sirviesen de puntos de partida; eran frutos secundarios de su tarea, ya que únicamente trataban de decidir en cada caso cuestionado.

El nacimiento histórico de las *regulae* se considera tardía, en la primera mitad del siglo II antes de nuestra era, con la redacción de Catón, en forma de máximas, de un conjunto de principios generales abstraídos de los casos particulares, conocido como “*regulae iuris*”. Estas reglas se agruparon con funciones teorizantes y didácticas, recogándose en el Digesto únicamente una especie de sumario de utilidad práctica.¹¹²⁵

1.1.3.2.2 Las instituciones

Con la influencia griega, la llamada corriente didáctica¹¹²⁶ intenta sistematizar al derecho por medio de las instituciones, las cuales pueden ser definidas como un conjunto de reglas para resolver problemas similares. Como afirma Jean Carbonier, se trata de “un bloque de derecho, disponible de antemano para ser aplicado a toda una serie de casos de la misma naturaleza.”¹¹²⁷

El representante más genuino de esta escuela es Gayo, que en su obra *Instituta* muestra un verdadero sistema, planificando desde el vértice, del que parte la clasificación entre *personae* y *res*; por medio de la cual, se desarrollan subsecciones que constituyen toda una estructura tejida por diversos puntos de vista jurídicos. Sin embargo, según Kaser, Gayo no pasa de la misión de un maestro elemental del derecho, puesto que sólo tiende a lograr una construcción didácticamente eficaz; pero su materia sigue siendo casuística, aunque hábilmente agrupada y reelaborada.¹¹²⁸

¹¹²⁵ *Loc. Cit.*

¹¹²⁶ Según Kaser esta corriente se presentará hacia el siglo II antes de nuestra era. *Vid. Kaser, Op.Cit.*, p. 39.

¹¹²⁷ *Vid. Jean Carbonier, Sociología Jurídica*, Trad. Luis Diez – Picazo, Madrid, Técno, 1982, p. 95.

¹¹²⁸ Max Kaser, *Op. Cit.*, p. 44 y s.

Los juristas romanos nunca lograron formular conceptos o instituciones completas, tal y como las conocemos en la actualidad; principalmente por la intuición realista que poseían, que hacía poco práctica una sistematización.¹¹²⁹

Desde el punto de vista de Kunkel, el conocimiento de las instituciones sólo tenía una finalidad didáctica para los principiantes, ya que los atisbos de un enfoque teórico jugaban un papel bastante modesto dentro del conjunto de la literatura jurídica clásica. La grandeza del derecho romano se encuentra —no en su síntesis teórica— en la resolución justa del caso práctico.¹¹³⁰

El conocimiento de las instituciones, para el jurista práctico, únicamente tenía la utilidad de punto de partida para yuxtaponerlas, ya fueran antiguas o nuevas, civiles u honorarias, formales o no, y así, poder resolver las situaciones de hecho.

Aplicaban un lenguaje sencillo, erradicaban aquellas frases que carecían de contenido y resolvían aplicando la experiencia decantada a lo largo del tiempo.

Finalmente, para concluir, es necesario resaltar que el derecho romano, a diferencia del actual, no ve el núcleo de su ordenamiento en el derecho legal, sino que lo considera un límite a la libertad creadora del derecho, ya que el jurista debe de tener en consideración otros datos objetivos al tratar de resolver los casos concretos.¹¹³¹

1.2 *La argumentación en el Jus Commune*

El siglo XII es un “siglo jurídico”. Más que eso, fue la época en que se formó la tradición jurídica occidental¹¹³². No obstante, las primeras grandes realizaciones jurídicas ocurrieron desde las últimas décadas del siglo XI. Tal es el caso de los *Dictados* del Papa Gregorio VII, las

¹¹²⁹ Goytisolo, *Op.Cit.*, p. 137 y Max Kaser, *Op. Cit.*, p. 45.

¹¹³⁰ Kunkel, *Op. Cit.*, p. 119.

¹¹³¹ *Ibidem.*, p. 110 y Max Kaser, *Op. Cit.*, pp. 46 y ss.

¹¹³² *Vid.* Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, Trad. Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, (Política y Derecho), p. 130.

medidas centralizadoras de los gobernantes normandos y las realizaciones académicas del gran jurista canónico Ivo de Chartres y del gran jurista romano Irnerio. Por esa razón, la época del *ius commune*, para algunos, comienza en el año 1059 y, para otros, inicia con el alba de la escuela de los glosadores¹¹³³, a partir del siglo XII. Lo que no es objeto de discusión es que tiene su introducción en el mundo jurídico a partir de la idea de unidad, provocada por el Imperio consolidado en la época de Carlo Magno.

Berman considera que el surgimiento de los modernos sistemas jurídicos occidentales del siglo XI y del XII estuvo directamente relacionado con el nacimiento de las primeras universidades europeas. Fue precisamente en éstas en donde, por vez primera, el Derecho se enseñó como un cuerpo distinto y sistemático de conocimiento, como una ciencia en que decisiones, reglas y aplicaciones jurídicas en particular eran estudiadas objetivamente y explicadas en función de principios generales y de verdades básicas para el sistema en su conjunto¹¹³⁴.

Los egresados de las Universidades Medievales, ingresaron en las cancillerías y en otros cargos públicos de los nacientes estados eclesiásticos y seculares, con la finalidad de servir como consejeros, jueces, abogados, administradores y redactores legislativos. De esta forma, con la aplicación práctica de las normas modificaron sistemas normativos añejos y crearon nuevos órdenes a través de los dispersos en las costumbres sociales y en las instituciones políticas y religiosas en general.

Para Juan Vallet de Goytisolo el *ius commune*¹¹³⁵ requirió de la concurrencia de dos fenómenos: uno cultural y el otro político. El primero de ellos se inicia en el siglo XI en la Escuela de Artes de Bolonia, en la que Irnerio fue maestro, y que es el antecedente de la

¹¹³³ Cfr. Alfonso Ruiz Miguel, *Una filosofía del Derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2002, (Col. Estructuras y Procesos; Serie derecho), pp. 85 y ss.

¹¹³⁴ Berman, *Op. Cit.*, p. 130.

¹¹³⁵ Vallet de Goytisolo, *Op. Cit.*, p. 138.

Universidad, en donde los glosadores desarrollaron su actividad. Mientras tanto, en materia política, está la consideración de que el emperador alemán era el sucesor de los emperadores romanos, por lo cual el Derecho Romano se manifiesta como un derecho imperial y, por tanto, el derecho del Imperio de Occidente, que tiene como finalidad el representar a la universalidad del imperio. La idea de unidad se presenta en el poder político, en el conocimiento y en Dios.

Conocido lo anterior, no resulta extraño comprender que los glosadores pretendieran la vigencia exclusiva del *ius commune* en Occidente y que únicamente las lagunas pudieran ser llenadas por medio de las costumbres y los estatutos locales. De ahí se explica también el que prefirieran buscar la solución en los textos del *Corpus Iuris*, considerándolo como una razón escrita inspirada por Dios; la solución a los problemas jurídicos se buscaba previamente en dicho texto antes que penetrar en la complejidad de los mismos, a diferencia del método romanístico. No obstante, la glosa medieval “siguió prefiriendo el análisis a la síntesis, es decir, hizo más por descubrir los pormenores que por trabar el armazón”¹¹³⁶.

El orden jurídico universal era romano-cristiano, de tal forma que el derecho común fue, a la vez, derecho romano y derecho canónico. “Los dos, si bien no formaban un solo ordenamiento, aparecían recíprocamente vinculados en una relación que hacía de ambos un *sistema único de normas universales: unum ius*”¹¹³⁷.

Paolo Grossi considera que el *ius commune* se encarna e identifica con la *interpretatio*, lo cual provoca que tenga una dimensión sustancialmente científica, como un producto de la ciencia¹¹³⁸ y que

¹¹³⁶ Max Kaser, *Op.Cit*, p. 53.

¹¹³⁷ Vallet de Goytisolo, *Op.Cit.*, p. 138.

¹¹³⁸ *Vid.* Berman, *Op.Cit.*, p. 131 para este autor es dable hablar en el medioevo de ciencia del derecho al crear, los juristas medievales, conocimiento acerca del mismo, al sistematizarlo y hacer comentarios objetivos y comprobables. La comprensión que genera ese conocimiento se consolida con la interpretación; y ésta, con la aplicación.

esta ciencia, en cuanto *interpretatio*, elaborara al derecho desde su fundación y con el auxilio de un texto autorizado.¹¹³⁹

La *interpretatio* es creadora y constructora del derecho; no sólo es declaración, también integra, corrige y modifica el texto. Su función deviene en mediación entre dos objetos: el texto, como aspecto formal, y los hechos, como circunstancia material.

El *ius commune* se desarrolla y fusiona en dos momentos inseparables: el de validez, representado por el *Corpus iuris civilis* y por el *Corpus iuris canonici*, y el de efectividad, simbolizado por la construcción doctrinal y, de forma secundaria, por la actividad judicial y notarial. “Nuestra ciencia jurídica no es pensable sin un texto que interpretar, pero el texto no puede ser considerado más allá de una insustituible referencia formal”¹¹⁴⁰. El derecho común tiene muy poco de exégesis de un conjunto textual, más bien, desde esta perspectiva se identifica con la *interpretatio*.

Grossi fundamenta en el argumento de la *interpretatio* que el *ius commune* no es una continuación, en el terreno medieval, del antiguo derecho romano; principalmente, en cuanto a los contenidos jurídicos, el *ius commune* tiene por objeto los hechos del tiempo medieval.

Para Grossi, a diferencia de la teoría tradicional, los “glosadores” y “comentaristas” son, en sustancia, bastante poco glosadores, comentaristas así como romanistas. En el mismo sentido, el *ius commune* no es un derecho romano modernizado, más bien, “es un gran hecho de civilización medieval, quizá el más grande; es en esta civilización donde se ubica, es en ella donde ha de ser comprendido”¹¹⁴¹.

Considerar al *ius commune* como un conjunto de leyes y hablar de él como un “sistema legislativo”, para Grossi es un error, ya que este tipo de derecho no puede considerarse únicamente desde el ángulo de la validez. Si se sigue tomando desde esta perspectiva no se comprenderá nunca la auténtica

¹¹³⁹ Vid. Paolo Grossi, *El orden jurídico medieval*, Trad. Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 225.

¹¹⁴⁰ *Loc. Cit.*

¹¹⁴¹ *Ibidem.*, p. 226

calidad de su construcción jurídica y el esfuerzo racional de los juristas medievales se reduciría a la interpretación exegética¹¹⁴² de los textos. El jurista del medievo¹¹⁴³ tenía un espíritu creador que se fundaba en la *aequitas*, que es, finalmente, el instrumento que atempera los cierres legalistas.

En el último de los casos, el *ius commune* podría ser calificado como legislativo, solamente porque tiene su fundamentación sustancial y última en el derecho divino, que posee en la sociedad medieval un indudable positivismo y que provenía de un único soberano plenamente reconocido.¹¹⁴⁴

1.2.1. El método escolástico¹¹⁴⁵

Este método se desarrolló a principios del siglo XII. Tanto para la jurisprudencia como para la teología presupone la autoridad absoluta de ciertos libros, mismos que es necesario entender como un *corpus* consistente y completo. Paradójicamente, como lo señala Rolando Tamayo, también presupone la existencia de *lacunae* y *contradictiones* dentro del texto¹¹⁴⁶. Es, precisamente, el propósito fundamental del

¹¹⁴² *Exégesis* significa explicación o interpretación de los textos, desde el punto de vista jurídico se refiere al método expositivo, en las obras de derecho, que sigue el orden de las leyes positiva, a cuya interpretación atiende principalmente. *Vid.* Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ava. ed.; Madrid, Espasa-Calpe, 1992. (2 Vól.). Así mismo, cabe aclarar que a los juristas medievales se les considera como importantes antecesores de la denominada *Escuela Exegética Francesa*, que como bien se sabe, es una importante influencia para el positivismo jurídico contemporáneo.

¹¹⁴³ *Vid.*, Jacques Le Goff, *Los intelectuales en la Edad Media*, Trad. Alberto L. Bixio, 4 a ed., Barcelona, Editorial Gedisa, 1996, (Historia), p. 21 para quien el término correcto para enunciar a los hombres de esta época es el de *intelectuales*. Le Goff los denomina de tal forma porque dicho término designa a quienes tienen por oficio pensar y enseñar su pensamiento. Al final de cuentas, los juristas medievales son, ante todo, maestros universitarios.

¹¹⁴⁴ *Vid.* Grossi, *Op. Cit.*, p. 227.

¹¹⁴⁵ Los rasgos característicos del hombre de ciencia medieval, escolástico, es “la actitud inquisitiva y crítica, la curiosidad intelectual, la investigación metódica y rigurosa de la realidad”, comentario de Heberto Verduzco H. en el Prefacio del libro Dawson, Chistopher, *Historia de la Cultura Cristiana*, comp.; trad.; e introd. de Heberto Verduzco Hernández, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, (Breviarios, No. 529), 552 pp.

¹¹⁴⁶ *Vid.*, Rolando Tamayo y Salmorán, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político, (Estudio histórico de la ciencia jurídica y de su impacto en la ciencia política)*, México, UNAM., 1989, (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie C., Estudios Históricos, núm. 28), p. 68 y s.

método escolástico el hacer la *summa* del texto, integrando las *lacunae* y resolviendo las *contradictiones*.¹¹⁴⁷

En el derecho el método escolástico adquirió la forma de examen y síntesis de la masa de doctrina encontrada en la codificación de Justiniano. En la *Summa in pandectas*, que se atribuye a Bassianus y a Azo, se dice que su *modus in legendo* es cúadruple: se configura un caso adecuado a lo que dispone la ley; se seleccionan los pasajes que contrastan con el texto y se resuelven las contradicciones; se obtienen de la ley los *generalia* o *brocarda*; finalmente, se plantean las *quaestiones* y se discuten a la luz del texto de la ley.¹¹⁴⁸

Según Le Goff, la enseñanza en esta época es, en primer lugar, libresca, con todo lo que esto supone. Los textos fundamentales en la facultad de derecho civil son las *Pandectas* y el *Código*; sin embargo, no son los libros los únicos instrumentos para los universitarios, se apoyan en la “autoridad” que los libros representan, en muchos casos con gran libertad, se desarrolla un método: el escolástico. Este razonamiento, afirma Le Goff, pasa por los siguientes momentos: lectura de un texto (*lectio*), etapa que cae en desuso hasta el punto de desaparecer; el planteamiento de un problema (*quaestio*), que en su origen se planteaba en la lectura y posteriormente tomó independencia técnica; la discusión del tema (*disputatio*) seleccionado, etapa que constituye la parte medular del proceso, y, finalmente, la solución (*determinatio*), que es una decisión intelectual que valora las diferentes posibilidades de respuesta y selecciona la que en cada caso, considera más adecuada.¹¹⁴⁹

En el ejercicio del método escolástico, los juristas medievales no son simples exegetas, sino creadores de problemas que solicitan su reflexión, excitan su pensamiento y les conducen a la toma de posiciones. Estas actividades, a pesar del sistema racional que los

¹¹⁴⁷ *Ibidem.*, p. 69.

¹¹⁴⁸ *Loc. Cit.*

¹¹⁴⁹ Vid., Jacques Le Goff, *La baja edad media*, Trad. Lourdez Ortiz, 25 ava. ed., México, Siglo veintiuno editores, 1995, (Historia Universal Siglo XXI, núm 11), p. 248.

dirige, no excluyen de ninguna forma a la improvisación y, por ende, a la creación.

El escolasticismo tiene, técnicamente, tres ejes fundamentales: el vocabulario, la dialéctica y la autoridad. La preocupación por las leyes del lenguaje llenó al pensamiento medieval porque los intelectuales de la época asignaban a las palabras un justo poder y se preocupaban por definir su contenido. En este momento histórico se busca encontrar las relaciones entre la palabra y el concepto. El escolasticismo tiene, pues, una importante base gramática.¹¹⁵⁰

La dialéctica, como leyes de la demostración, configura un conjunto de procedimientos que hacen del objeto del saber un problema, sobre el cual los escolásticos exponen, defienden contra los atacantes y resuelven, convenciendo al oyente o al lector. La dialéctica tiene un contenido que, al persuadir, resulta eficaz.¹¹⁵¹

La autoridad del escolasticismo se nutre en los textos, en la doble aportación de las civilizaciones pasadas: el cristianismo y el pensamiento antiguo que se enriquece con la cultura árabe. La Biblia, las *Pandectas*, Platón, Aristóteles, entre otros textos, configuran sus materiales de trabajo. No hay una mera repetición de ideas, en el medievo también el pensamiento progresa¹¹⁵². Se califica a la Edad Media como una etapa de tinieblas, pero no hay nada menos oscurantista que el escolasticismo, para el que la razón es un instrumento indispensable en su vida intelectual diaria.

El método escolástico marcó de forma indubitable a la tradición jurídica occidental¹¹⁵³; ya que generó toda la sistematización del mismo, así como normas jurídicas nuevas, principalmente de índole conflictual.

¹¹⁵⁰ Le Goff, *Los intelectuales...*, p. 90.

¹¹⁵¹ *Loc.Cit.*

¹¹⁵² *Ibidem.*, p. 90 y s.

¹¹⁵³ En estricto sentido hago referencia al escolasticismo de los siglos XI a XIII, porque el que se presenta a fines de la Edad Media con su barroco inspiraba desconfianza a Erasmo, Lutero y Rabelais, o al mismo Descartes.

1.2.1.1 El Iusnaturalismo Escolástico de Tomás de Aquino

Dentro del pensamiento escolástico, la *Summa Theológica*¹¹⁵⁴ de Tomás de Aquino representa su *philosophia perennis*, en la que la justicia es el fin y bien común de la sociedad humana, acompaña siempre a las relaciones entre los hombres y en sus caracterizaciones considera los aspectos legales o generales en los que se ubica a la ley y al derecho. El *ius* proporciona contenido a las leyes, por su conducto se realizan acciones tendientes a la justicia. En concreto, se busca la consecución de la equidad.

Para abordar las relaciones entre ley, derecho y justicia, el Aquitense, en un primer acercamiento, analiza la naturaleza o esencia de la ley¹¹⁵⁵. De esta forma, la ley se define como “cierta regla o medida de los actos, según los cuales se induce a alguien a actuar o a evitar actuar”¹¹⁵⁶. Por estas características, la ley se relaciona con la razón, y ya que ésta se dirige a un fin, también la ley debe de contener alguna finalidad; en este caso, la ley debe dirigirse a la consecución de la felicidad común¹¹⁵⁷. Pero, ¿qué es la ley desde la perspectiva de la razón? Tomás de Aquino afirma que es “cierta ordenación de la razón hacia el bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”¹¹⁵⁸.

Los efectos que tendría la ley serían hacer buenos a los hombres. Prohibir, permitir y castigar, de tal forma que la virtud y la ley se hayan estrechamente unidos; la ley positiva humana se deriva de la ley natural¹¹⁵⁹; la ley sólo puede ser justa en la medida en que se apega a las reglas de la razón, es decir, la ley natural. Si la ley llegare a apartarse de la ley natural se corrompería; si se deriva de ella, es justa.

¹¹⁵⁴ Tomás de Aquino, *La Suma Teológica*, Tercera Edición, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1997, Vól. II, 1-2, qq. 90-92 y 2-2, qq. 90-92.

¹¹⁵⁵ *Ibidem.*, 1-2, qq. 90-92.

¹¹⁵⁶ *Loc. Cit.*

¹¹⁵⁷ *Ibidem.*, 1-2, q. 90, a.2.

¹¹⁵⁸ *Ibidem.*, a.4.c.

¹¹⁵⁹ *Ibidem.*, a.2.c.

En Tomás de Aquino el estudio del derecho se incorpora como introducción al tratado sobre la justicia¹¹⁶⁰. Esto se debe a que nuestro filósofo considera que el derecho es el objeto de la virtud de la justicia y, en concreto, el derecho objetivo hace referencia a relaciones justas, más que a una facultad, libertad o garantía.

De esta forma, el derecho natural es la fuente de toda ley o derecho positivo. Una ley injusta no puede considerarse como tal. La ley debe tener, como finalidad última, la consecución del bien común.

Además de los aspectos anteriores, la metodología jurídica puede enriquecerse con la filosofía de Tomás de Aquino en la aplicación del método escolástico. En efecto, las investigaciones recientes en materia de argumentación jurídica, como en el caso de Theodor Viehweg y Chaïm Perelman¹¹⁶¹, han explorado aspectos de la metodología jurídica relacionados con la parte problemática del derecho. Precisamente, dentro de estos trabajos se ha descubierto una línea directa entre la forma de razonamiento de los juristas romanos con el método de los pensadores de la Edad Media, el *mos italicus*. En efecto, el método escolástico tiene una estrecha relación, tanto con la jurisprudencia romana como con la tópica aristotélica.

La *Summa Theológica* no solo es importante por su contenido, también por la forma de razonamiento que lleva implícita. La tópica tiene una importancia estructural fundamental para el pensamiento medieval y tiene una forma pragmática de representarse.

En la Edad Media los esquemas utilizados presentan pequeñas variantes, pero las diferencias nunca se plantean de forma profunda. En consecuencia, son muy similares los métodos de razonamiento de juristas como Bartolo o Acurcio, a los seguidos por la teología escolástica.

En Tomás de Aquino el método escolástico consta de los siguientes elementos: a) *utrum*, consistente en la fijación de un

¹¹⁶⁰ *Ibidem.*, 2-2, q.57

¹¹⁶¹Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia* y Chaim Perelman, *Lógica Jurídica y Nueva Retórica*.

problema; b) *videtur quod*, que es la búsqueda de puntos de vista próximos; c) *sed contra*, es decir, puntos de vista contrarios, y, d) *respondeo dicendum*, relativo a la propuesta de solución. Este esquema básico se veía enriquecido, en forma más libre, por las objeciones que se dirigían o podrían dirigirse a la solución propuesta¹¹⁶². Casi idéntico es el método utilizado por Bartolo en sus *Concilia*: a) *quaeritur an...*, fijación del problema; b) *et videtur quod...*, puntos de vista próximos; c) *in contrarium facit...*, puntos de vista contrarios; d) *ad solutionem quaestionis...*, la solución.¹¹⁶³

Esta metodología problemática es coincidente con la forma de razonar de los juristas romanos. La jurisprudencia romana se estructura a partir de propuestas de solución a problemas específicos; y no con la aplicación concreta de soluciones ya dadas. Tomás de Aquino no sólo resulta importante para la ciencia jurídica contemporánea por los conceptos y relaciones que establece entre ley, derecho y justicia, sino por la metodología que aplica, misma que se relaciona, como se ha visto, con los primeros métodos de creación jurídica de los juristas romanos y la tópica aristotélica.

1.2.2 La tópica y el *mos italicus*

Como señala Theodor Viehweg: “Que los representantes del *mos italicus*, los postglosadores o comentaristas, como sus predecesores los glosadores boloñeses, estaban familiarizados con la tópica es algo que demuestra su misma formación cultural”¹¹⁶⁴. En efecto, tal y como lo señala Viehweg, en esta época es muy clara la vinculación existente entre la retórica y la jurisprudencia. Como ejemplos de lo anterior se encuentran los comentarios de Boecio a la *Tópica* de Cicerón¹¹⁶⁵, obra tomada con alta estima en la Edad Media y el libro de Buoncompagno,

¹¹⁶² Viehweg, *Op. Cit.*, p. 96

¹¹⁶³ *Loc.Cit.*

¹¹⁶⁴ *Ibidem.*, p.87

¹¹⁶⁵ *Ibidem.*, p. 88.

Rhetorica Antiqua, escrita en 1215 y leída solemnemente por profesores y estudiantes de derecho civil y canónico.¹¹⁶⁶

Esta vinculación entre tópica y jurisprudencia son minimizados, principalmente a partir del siglo XVI, por considerar al *mos italicus* con falta de sistematización¹¹⁶⁷. En la actualidad esa idea ha sido ampliamente discutida y refutada.¹¹⁶⁸

Aunque para efecto de lo que aquí hemos expuesto, lo fundamental es el carácter problemático de la jurisprudencia medieval. Esto es así porque existen dos problemas fundamentales a resolver para la literatura jurídica y teológica de la Edad Media: “El primero pregunta qué hay que hacer cuando los textos se contradicen; el segundo se dirige, más o menos conscientemente, a determinar cómo puede establecerse una adecuada correlación de situaciones”¹¹⁶⁹. En ambos casos, el *ars inveniendi* y, por tanto, un método problemático son excelentes auxiliares. A la tarea en conjunto se le denomina interpretación, la cual es, como ya hemos visto, de importancia fundamental en el *mos italicus*. Viehweg refuerza: “Sin interpretación no hay jurisprudencia”¹¹⁷⁰.

Sin embargo, lo que aquí nos interesa es el método propio del *mos italicus* y su relación con la problemática del derecho. De esta forma, en el caso de falta de acuerdo entre los textos, se seguía lo siguiente: “Las contradicciones (*contrarietates*) de las fuentes dan lugar a dudas (*dubitationes, dubietates*) y a una discusión científica (*controversia, dissensio, ambigüitas*) que exigen una solución (*solutio*).”¹¹⁷¹

La solución buscaba la “elaboración de concordancias”. Para llegar a ella existían diversos medios, a saber: la subordinación de

¹¹⁶⁶ Cfr. Jorge Mario Magallón Ibarra, *El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana*, México, IJ-UNAM, 2002 (Col. IJ; Serie Doctrina Jurídica, Núm. 109) p. 183.

¹¹⁶⁷ Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, p. 90.

¹¹⁶⁸ Como ejemplo de lo anterior veáse el interesante trabajo de Paolo Grossi, *El orden jurídico medieval*, que ya hemos citado.

¹¹⁶⁹ Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, p.92.

¹¹⁷⁰ *Loc.cit*

¹¹⁷¹ *Ibidem.*, p. 93.

autoridades, la distinción o diferenciación y la división o partición, que con ella se relaciona¹¹⁷². En estos casos no se trata de una metodología que utilice un punto de vista meramente deductivo, sino casuístico. Se trata más bien del *ars inveniendi*. Sólo cuando se resuelven las contradicciones es posible incluirlas en un sistema lógico¹¹⁷³. En lo propiamente jurídico, señala Viehweg: “Se buscan y encuentran puntos de vista que justifiquen la aplicabilidad de un texto. Este procedimiento es tanto más necesario cuanto mayor es el prestigio y la autoridad del texto en cuestión y la diferencia existente entre la situación problemática que determinó su aparición y el tiempo de su aplicación”¹¹⁷⁴. Una vez más, encontramos presente la existencia de la *aporía fundamental*; es decir, qué es lo justo para este caso y en este momento. Sólo de esta forma el derecho medieval pudo desarrollar y aplicar a nuevas circunstancias el derecho romano. El *mos italicus* también se convirtió en un derecho vivo y floreciente.

Tratando de esquematizar todos los elementos aquí señalados se puede decir que la metodología propia del *mos italicus* es la siguiente¹¹⁷⁵: características introductorias, aclaración de términos y otros preliminares; división de las ideas contenidas en el texto; su renovada síntesis; planteamiento de un *casus*, tomado del texto, de una colección de casos, de la práctica o simplemente inventado; lectura del texto e interpretación; fundamentación de la decisión¹¹⁷⁶; sucesión de ulteriores observaciones, donde se desarrollan también reglas generales, llamadas *brocardia, regulae, loci communes, axiomata*; réplicas y controversias, cuyo peso principal radicaba en la dialéctica

¹¹⁷² *Loc.Cit.* Viehweg menciona como un ejemplo típico de distinción la *diáresis* o partición de conceptos utilizada por Platón en su diálogo *Sofistas*, en el que respetando un orden se llega al estudio de la noción de *tecné*.

¹¹⁷³ *Ibidem.*, p. 94.

¹¹⁷⁴ *Ibidem.*, p.95.

¹¹⁷⁵ M. Gribaldus Mopha, *De mhetodo ac ratione studendi libri tres*, 1541. Citado por Viehweg, *Ibidem.*, p.99.

¹¹⁷⁶ Donde se encontraba la aplicación a las cuatro causas aristotélicas: *efficiens, materialis, formalis* y *finalis*.

escolástica¹¹⁷⁷. Una vez más, la esencia del método descrito es la discusión de problemas.

Cada aporía jurídica forma parte de una aporía mayor. La justicia, que, para no ser algo sin sentido, debe resolver el problema de la mejor forma posible. En el derecho moderno el interés por la jurisprudencia medieval prácticamente se ha centrado en las *generalia* por su aproximación a una sistematización de las normas jurídicas¹¹⁷⁸. Sin embargo, sólo eran medios auxiliares dentro de una argumentación jurídica más compleja y rica¹¹⁷⁹.

A estas alturas es importante establecer, para finalizar este apartado, algunas distinciones entre la casuística legal romana de la casuística legal de los juristas occidentales de los siglos XI y XII. Los romanos no utilizaban casos para ilustrar principios, simplemente buscaban las razones necesarias para resolver los asuntos, sin un análisis de las ambigüedades o lagunas que se presentaren. En cambio, los juristas del *mos italicus* “llevaron la dialéctica griega a un nivel de abstracción muy superior. Intentaron sistematizar las reglas con un todo integrado, no sólo definir los elementos comunes a especies particulares de casos, sino también sintetizar las reglas en principios, y los principios mismos en todo un sistema, en un cuerpo de derecho”¹¹⁸⁰.

Una de las técnicas de los juristas medievales para conseguir su propósito fue utilizar las *regulae* romanas como máximas legales; “es decir, como principios independientes, de validez universal”¹¹⁸¹. Esto los llevó a creer que el derecho romano era la razón escrita, un derecho natural con verdades universales. Nada más alejado de la mente de los juristas romanos. La deducción parecía ser más importante que la

¹¹⁷⁷ Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, p.99. Sobre el particular, Harold Berman señala que por dialéctico en el siglo XII debe entenderse la búsqueda de la reconciliación de los opuestos. Vid. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, p. 142.

¹¹⁷⁸ Dentro de la doctrina nacional destaca la obra de Rolando Tamayo y Salmorán, *Razonamiento y argumentación jurídica*, pp. 111 y ss.

¹¹⁷⁹ Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, p. 100.

¹¹⁸⁰ Harol Berman, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, p. 150.

¹¹⁸¹ *Loc.Cit.*

creación. Esta paradoja entre combinar el razonamiento apodíctico con el dialéctico, la unión entre fe y razón, generó no sólo un método, sino una jurisprudencia y una teología¹¹⁸². A la larga, la forma de pensamiento problemático fue olvidada. Sin embargo, este aspecto es el que vale la pena rescatar para integrar, con presupuestos reales, una teoría de la argumentación jurídica.

2. PRESUPUESTOS REALES PARA UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

Cuando me refiero a los presupuestos reales que es necesario considerar para integrar y replantear la teoría de la argumentación jurídica —en este caso, la propuesta de Alexy—, me refiero a cuestiones no ajenas al derecho, sino constantes en él. Por lo mismo, considero fundamental tener en cuenta el sentido problemático del derecho y la búsqueda de lo justo concreto.

2.1 *Planteamientos problemáticos. Aspectos generales*

En las relaciones entre la parte problemática y sistemática del derecho se pueden apreciar, al menos, tres funciones o usos diversos, a saber: a) El aspecto problemático del derecho como una metodología distinta de la cuestión sistemática, b) lo problemático y lo sistemático actuando de manera integral y, c) el aspecto problemático como rectificador del sistemático. En todas estas situaciones vale la pena detenerse un momento para analizar cada punto y sus consecuencias en el derecho moderno.

Del carácter versátil de la problemática jurídica puede desprenderse que la enumeración anterior no es de forma alguna estricta, ya que para la solución de un caso jurídico concreto pueden llegar a aplicarse estas relaciones u otras, tales como una combinación de las mismas. No obstante, me ha parecido que la enumeración que he realizado, por su generalidad, puede ser útil para apreciar su aplicación

¹¹⁸² *Ibidem.*, p. 153.

en la argumentación jurídica. Algunos aspectos más específicos serán abordados más adelante, en este mismo apartado.

2.1.1 Problemática y sistemática jurídica y su actuación independiente

Tal y como lo hemos visto, en la actualidad prácticamente es imposible aplicar una metodología que en su totalidad sea problemática dejando a un lado el sistema normativo. Esto sucede tanto en sistemas jurídicos como el *common law* como en nuestra tradición legal romano-canónica. Lo anterior tiene, como argumento de peso, la seguridad jurídica como un valor de las democracias constitucionales. Volver a una metodología como la seguida por los juristas romanos o el *ius comune* es una tarea a todas luces imposible.

Aunque no niego todos los argumentos anteriores, no puedo dejar de señalar que el uso de una parte problemática del derecho independiente puede ser una metodología importante en ciertos casos. Para explicar esta apreciación es importante analizar las similitudes y las diferencias entre un aspecto problemático del derecho y uno sistemático del mismo. En ambos casos, como hemos visto anteriormente, se trata de cuestiones estructurales, es decir, compuestos por elementos diversos y complejos. La gran diferencia entre ellos es que la función sistemática del derecho es cerrada y se rige por estrictos principios lógicos, que algunos califican como dogmáticos. En cambio, la parte problemática es de naturaleza abierta, no queda sujeta a ninguna rigidez formal y, especialmente, tiene utilidad para consideraciones valorativas.

Tratemos de explicarlo esquemáticamente. El punto de partida en un sistema aporético es el problema (P), el cual no está subordinado a regla alguna, solamente utiliza los argumentos problemáticos necesarios para resolver los asuntos (AP); en esos casos, puede utilizar consideraciones valorativas (CV). Todo esto entra en juego para dar una solución (S). Aún así, como se ha visto, la aporía fundamental siempre estará presente (AF) —es decir, que es lo justo en este caso y en este

momento—. Robert Alexy diría que se trata de la *pretensión de corrección*. Este tipo de razonamiento se caracteriza por no utilizar, de inicio, consideración normativa alguna (N). De esta forma:

$$(P) \cdot (AP) \cdot (S) \neg (N)$$

$$(CV) \cdot (AF)$$

Como ejemplo de lo anterior analicemos el siguiente caso de la República Federal Alemana. *Sentencia 32,98 del 19 de octubre de 1971*. Sobre el efecto irradiante del derecho fundamental de la libertad de creencia en la penalización por omisión al deber de prestar auxilio. Art. 330 del Código Penal Alemán¹¹⁸³.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. (P) El recurrente pertenecía a la asociación religiosa de la comunidad evangélica de hermanos. Su esposa también pertenecía a esa comunidad. La esposa, luego del nacimiento de su cuarto hijo, sufrió de una aguda falta de sangre, se negó a recibir tratamiento en un hospital, de acuerdo con la recomendación médica, y, especialmente, a dejarse hacer una transfusión de sangre. Su esposo se abstuvo de influenciar a la mujer en el sentido de hacer valer la recomendación médica. No se llevó a cabo el tratamiento médico; la esposa, que hasta el final estuvo plenamente consciente, murió.

El tribunal estatal de Ulm condenó al recurrente mediante sentencia de 14 de enero de 1965, por el deceso debido a la omisión al deber de prestar auxilio, a una multa de 200 marcos alemanes, reemplazables por 10 días de prisión.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL ESTATAL DE ULM. (AP) El tribunal dio su resolución con fundamento en las siguientes circunstancias de hecho:

¹¹⁸³ Caso obtenido del libro de Jürgen Schwabe, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Trad. Marcela Anzola Gil, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez – Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, pp. 109-112.

El médico reconoció que existía peligro para la vida, y le aconsejó tanto al recurrente como a la esposa la hospitalización, para que se le pudiera hacer una transfusión de sangre; hizo evidente que ella podía morir si no se sometía a un tratamiento de esta clase; el recurrente le manifestó al médico que su esposa sanaría nuevamente sin necesidad del tratamiento médico, si le pedía a Dios y se mantenían dentro de su credo; ellos eran muy creyentes, que habían aprendido a creer en la palabra de Dios y a confiar en él (CV). Que él mismo estaba en contra de un tratamiento médico. Después de esto se dirigió a su mujer y le aclaró que si ella lo deseaba podía ir al hospital; en la asamblea, sin embargo, se tomó otro camino, debido a que en las escrituras sagradas, estaba escrito lo siguiente: “si alguien está enfermo, se deberá convocar al más viejo de la comunidad y se le pedirá que ore y la oración del creyente ayudará al enfermo”. La esposa del recurrente declaró por tanto que rechazaba el tratamiento médico y solicitó que se llamara a un hermano de su comunidad religiosa, para que él orara con ella; y así se hizo. Poco tiempo después la esposa falleció.

El recurrente objetó la resolución con base en su derecho fundamental a la libertad de creencia y conciencia (AF). Negando la validez, en este caso, del artículo 300 del Código Penal Alemán (\neg N). La Corte Suprema Alemana le dio la razón y lo absolvió completamente. Es notorio, en el caso que nos ocupa, cómo se resuelve el problema jurídico sin tener como punto de partida la norma penal, sino los derechos fundamentales, aspectos valorativos y la búsqueda de la solución más equitativa. En otros sistemas legales el recurrente hubiese permanecido en prisión durante varios años.

Como puede apreciarse, una metodología problemática del derecho puede ayudar a garantizar derechos fundamentales de las personas. No obstante, resulta importante señalar que pueden integrarse las formas de razonamiento problemático y sistemático del derecho. Por ejemplo, estableciendo aspectos teleológicos o determinando funciones.

Ahora bien, puede ser que en un determinado caso jurídico sólo se consideren los aspectos sistemáticos o normativos (N) para la solución de un problema (P). En este caso, el punto de partida es la norma (N); los argumentos son meramente normativos (AN) y la solución (S) será una mera deducción de la hipótesis normativa, sin tomar en consideración los argumentos problemáticos (AP). Estableciendo de forma esquemática esta idea se tiene:

$$(N).(P) (AN) (S) \neg (AP)$$

Como ejemplo de lo anterior, veamos el siguiente problema¹¹⁸⁴. El artículo 886 del Código Civil (N) para el Distrito Federal señala: “La propiedad de los bienes da derecho a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora natural o artificialmente. Este derecho se llama *accesión*”. El Señor X tiene una plantación de árboles de manzana en una finca suya, en consecuencia, lo que producen es de su propiedad, ya que tiene, como se ha visto, el derecho de *accesión*; pese al reclamo de propiedad de los frutos que hace Y (P). Pueden utilizarse en este caso los siguientes argumentos normativos (AN): “Artículo 888. Son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra, las crías y demás productos de los animales” y “Artículo 896. Todas las obras, siembras y plantaciones, así como las mejoras y reparaciones ejecutadas en un terreno, se presumen hechas por el propietario y a su costa, *mientras no se pruebe lo contrario*”. En consecuencia Y tendría que demostrar la no actualización de estas hipótesis normativas. De otra forma, conforme a la legislación civil se desprende que X es propietario de la producción de manzanas de la finca de su heredad (S) por tener el derecho de *accesión*.

El problema anterior, pese a su sencillez, representa una forma de razonamiento considerada básica en el derecho. No obstante, como se

¹¹⁸⁴ Para profundizar en el tema puede consultarse de Rafael Rojina Villegas, *Derecho Civil Mexicano, Bienes, Tomo Tercero, Derechos Reales y posesión*, 8^a ed., México, Editorial Porrúa, 1995, pp. 318 y ss.

verá a continuación, la realidad es muchas veces más compleja en comparación con lo hasta aquí señalado.

2.1.2 Pensamiento problemático como parte integral del pensamiento sistemático en derecho

Pueden enunciarse dos formas de integración, a saber: a) los casos en que el pensamiento problemático se subordinará al sistemático; b) los casos en que el pensamiento sistemático se subordinará al problemático. La selección de una u otra forma de integración dependerá de los aspectos casuísticos de cada caso, la materia jurídica de que se trate o la finalidad o función del razonamiento jurídico.¹¹⁸⁵

En el primer caso, es decir, cuando la forma de razonamiento problemático se subordina al sistemático, se encuentran cuando menos dos posibilidades de integración. En la determinación de aspectos valorativos y en el caso de problemas de interpretación e integración normativas. En el primero, la función es de búsqueda, pues tienen que obtenerse los valores sociales más acordes a las circunstancias para actuar de la forma más aceptable en cada caso; en el segundo, en el caso de obscuridad, silencio o insuficiencia de la ley, el pensamiento problemático busca la solución más adecuada al sistema normativo. De esta forma, se presenta un aspecto fundamental en la metodología para argumentar jurídicamente en los casos de discrecionalidad de la ley o en el caso de consideraciones valorativas en la aplicación normativa. Sólo así pueden utilizarse argumentos que fluctúen entre lo deseable y lo posible. El pensamiento problemático proporcionará, de esta manera, los criterios argumentativos que en cualquier caso justifiquen, de manera más elaborada y convincente, la decisión jurídica a tomarse.

En la hipótesis donde el pensamiento sistemático se subordina al problemático se presentan formas de razonamiento jurídico en las que las normas pasan a realizar un papel secundario respecto de la

¹¹⁸⁵ Por ejemplo, no es lo mismo aplicar uno u otro sistema de integración en una sentencia jurídica que en un estudio monográfico.

resolución de los casos jurídicos. Esto no se presenta en un sistema de tradición romano-canónico como el nuestro, sino más bien en un sistema del *common law*. La norma, a pesar de su positividad, deberá contar con una gran flexibilidad en su aplicación. Quizá otro de los supuestos en que podría presentarse esta posibilidad sería en el caso de tratados internacionales y derechos difusos o en transición en los sistemas normativos. En ambos casos la aplicación del derecho es paradigmática. Por estas diferencias en lo substantivo es prácticamente imposible realizar una teoría de la argumentación jurídica válida universalmente.

En la complejidad de la realidad jurídica, las formas de integración a las que hacemos referencia en este numeral pueden presentarse conjuntamente. Tratando de simplificar, la integración se presenta, en primer lugar, en la siguiente forma, subordinándose el pensamiento sistemático al problemático únicamente en los casos de existencia de una gran flexibilidad normativa o derechos difusos. De esta suerte:

(PP)-(ps) en los casos (FN) y (DD)

Por otra parte, la integración puede presentarse subordinándose el pensamiento problemático al sistemático en el caso de determinación de cuestiones valorativas o problemas de interpretación o integración normativas. De tal forma que:

(PS)-(pp) en los casos (CV) y (PII)

El pensamiento problemático, por su naturaleza empírica, puede proporcionar un campo de acción argumentativo de gran amplitud, al no constreñirse a las limitaciones propias del sistema normativo, salvo que se dé el cumplimiento de sus fines de equidad para cada caso concreto. Como ejemplo de lo anterior, revisemos el siguiente caso práctico en el que las consideraciones valorativas fueron determinantes

para la solución de un problema jurídico, así como la aplicación y reconocimiento de derechos difusos. Es decir, en el que se aplican ambas formas de integración a las que he hecho referencia en el presente numeral.

España

*Violeta Friedman vs León Degrelle (1985)*¹¹⁸⁶

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: En el número 168 de la Revista *Tiempo*, correspondiente a la semana del 29 de julio al 4 de agosto de 1985, se publicó un reportaje titulado “Cazadores de Nazis vendrán a España para capturar a Degrelle”, en el que se recogían unas declaraciones realizadas a la revista por León Degrelle, sobre la actuación nazi en relación con los judíos y con los campos de concentración. Entre otras cosas, este exjefe de las SS afirmaba lo siguiente:

¿Los judíos? Mire usted, los alemanes no se llevaron judíos belgas, sino extranjeros. Yo no tuve nada que ver con eso. Y, evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios.

El problema con los judíos es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos; si no tienen enemigos, los inventan.

[...]

Falta un líder; ojalá que viniera un día el hombre idóneo, aquél que podría salvar a Europa... Pero ya no surgen hombres como el Führer.

[...]

Han sacado los huesos y hasta los dientes de Mengele... ¡Hasta dónde llega el odio! A mi juicio, el doctor Mengele era un médico normal y dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez, porque hace dos años que hay una recompensa en los EE.UU. para aquel que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son 50 millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos.

Ante estas declaraciones, Violeta Friedman, quien había estado internada siendo niña en el campo de exterminio de Auschwitz, donde murió en la cámara de gas toda su familia por orden del Doctor

¹¹⁸⁶ Caso obtenido del libro Manuel Atienza, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Editorial Ariel, 1993, (Ariel, Núm. 113), pp. 36 y ss.

Mengele, demandó la protección civil del derecho al honor contra León Degrelle, el periodista y el director de la revista.

Por su parte, León Degrelle se defendió amparado por el derecho de libertad de expresión consagrado en el artículo 20.1 de la Constitución Española.¹¹⁸⁷

El problema en este caso es que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que uno de sus límites es, precisamente, el derecho al honor¹¹⁸⁸. Pero el honor tiene un carácter estrictamente personal y ninguna de las expresiones aparecidas en el reportaje se refería a la señora Friedman o algún miembro de su familia, razón por la cual carecía de legitimación activa para litigar. El caso llegó hasta el Tribunal Supremo de Justicia en España.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA: Este órgano judicial se encarga precisamente de revisar el respeto a los derechos humanos y sus argumentos básicos fueron:

- Friedman si bien no tenía un interés simple, sí tenía un interés legítimo. En consecuencia, podía demandar a Degrelle. Ese derecho lo posee en su calidad de ciudadana de un pueblo como el judío y de descendiente de sus padres, abuelos maternos y bisabuela judíos. Este argumento busca concretizar un derecho difuso para que la demandante pueda legitimarse en el proceso.

- Debe distinguirse entre *libertad de expresión* en sentido estricto, entendiéndose por tal la emisión de juicios y opiniones, y *libertad de información*, entendiéndose por tal la manifestación de hechos. El requisito de veracidad es más fuerte tratándose de hechos que de

¹¹⁸⁷ El cuál señala a la letra: “Artículo 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”.

¹¹⁸⁸ En el mismo Artículo 20 de la Constitución Española pero en su numeral 4, se preve de forma literal lo siguiente: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

juicios de valor. Aquí, se plantea un problema de interpretación normativa por parte de la corte.

- El demandado hizo “juicios ofensivos al pueblo judío”, interpretándose con una connotación racista. Evidentemente se trata de un argumento de naturaleza valorativa.

- De tal forma que: “Tales derechos (las libertades ideológica y de expresión) no garantizan, en todo caso, el derecho de expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancias personal, étnica o social.”

En virtud de los argumentos anteriores, el Tribunal condenó a Degrille a pagar a Friedman una indemnización por algunos miles de pesetas. Como podemos apreciar, en este caso, los aspectos valorativos fueron determinantes para la condena de Degrille. No obstante, la *ratio legis* no parece adecuada, ya que, bajo estos argumentos, todo judío podía demandar y obtener el mismo resultado, un pago por indemnización. Bajo esta lógica, llegará un momento en que la resolución resulte ineficaz. Además, queda otro problema por resolverse: ¿De qué forma es corresponsable la revista en este caso?

El problema anterior es aleccionador. Al momento de aplicar una forma determinada de argumentación jurídica es necesario considerar sus efectos dentro del sistema jurídico y la realidad social. De otra forma, se podrá resolver un problema en lo inmediato, pero sus defectos estructurales no permitirán utilizar nuevamente los mismos argumentos. ¿Qué hubiese sucedido si un número indeterminado de judíos demandan a Degrille? ¿La solución hubiese sido la misma? Es necesario tener cuidado en esos casos en los que el derecho y la moral se toman de la mano. Si el caso aquí señalado nos es útil para ejemplificar la complejidad de los razonamientos aquí emitidos habrá cumplido con su cometido. Veamos ahora otro supuesto argumentativo.

2.1.3 Pensamiento problemático como rectificador del pensamiento sistemático

Es necesario recordar que el pensamiento sistemático, aplicado al derecho, es un sistema cerrado; es decir, que rechaza, de inicio, todo aquello que no coincida con sus lineamientos fundamentales. Es evidente que un sistema de estas características no admite correcciones, sino que simplemente rechaza todo aquello que no se encuentre dentro de los supuestos para los que fue creado.

Un sistema completamente cerrado, tarde o temprano, terminará siendo poco funcional, puesto que la realidad social exige una transformación constante en cuanto a sus fines y medios para conseguirlo. El derecho necesita ampliar su campo de regulación a necesidades novedosas o integrar sus lagunas o resolver sus contradicciones. El pensamiento problemático desempeña un papel fundamental en estos casos al incluir nuevos conceptos, reglas o soluciones al sistema normativo. Claro, siempre y cuando sean coherentes y acordes al mismo. De esta forma, si bien el pensamiento sistemático prevalece (PS), el pensamiento problemático (PP) le ayuda a rectificar para el cumplimiento de sus fines (F) con la creación de conceptos (C); reglas (R) o soluciones casuísticas (SC), aplicando, en principio, las reglas de interpretación que ya hemos visto con anterioridad. De tal forma que:

(PS) se rectifica con (PP) por lo menos en los casos de (C), (R) o (SC) aplicando las reglas de interpretación o integración normativas.

Como ejemplo, analicemos el siguiente caso.

Amparo 2231/97 Suprema Corte de Justicia de la Nación¹¹⁸⁹

¹¹⁸⁹ Poder Judicial de la Federación, *100 decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Novena Época)*, 2 a ed., México, Poder Judicial de la Federación, 2000, pp. 223 y ss.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: La persona que promovió el juicio de amparo era derechohabiente del Instituto Mexicano del Seguro Social del que recibía atención médica, pues padecía el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). El quejoso afirmaba que recientemente habían sido descubiertos y comercializados diversos medicamentos que, por sus ventajas terapéuticas, resultan esenciales para el tratamiento de los enfermos del SIDA. Sin embargo, estos medicamentos no fueron incluidos en el *Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos del Sector Salud*, no obstante su disponibilidad en el mercado y que la Secretaría de Salud ya les había otorgado el registro sanitario. Por tal motivo, el quejoso afirmó que no le fueron prescritos y suministrados, considerando que se violaba en su perjuicio el derecho a la protección a la salud¹¹⁹⁰. El IMSS le negó los medicamentos, acudió en primera instancia y se confirmó la resolución. El caso es atraído al Máximo Tribunal del país.

Argumentos de la Suprema Corte de Justicia:

- El derecho a la protección a la salud no se satisface con el suministro de cualquier medicamento o el otorgamiento de cualquier clase de atención médica sino que se debe proporcionar a los enfermos la mejor alternativa terapéutica, definida como aquella que otorga una mayor calidad y cantidad de vida. Esto significa que, para cada enfermo, el *medicamento esencial para la salud* (C) es aquel que tiene una mayor eficacia terapéutica que los restantes medicamentos que pueden ser suministrados al propio enfermo.
- El carácter de *medicamento esencial para la salud* no queda supeditado al arbitrio de las autoridades responsables o de los particulares. Los ciudadanos son titulares de un derecho que los habilita para recibir en especial determinados medicamentos con la

¹¹⁹⁰ El tercer párrafo del Artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala a la letra: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.

mayor eficacia terapéutica. El derecho a la protección de la salud no otorga a los gobernados la prerrogativa de recibir los medicamentos que éstos pretendan de manera arbitraria, pero sí el derecho a recibir los medicamentos que produzcan los mejores beneficios terapéuticos posibles.

- La *Ley General de Salud* establece obligaciones para las autoridades, con el fin de hacer efectiva la disponibilidad de *medicamentos esenciales para la salud*, como un componente básico del derecho a la salud.
- El incluir un medicamento en el *Cuadro Básico y Catálogo de medicamentos* no es una facultad discrecional de la autoridad. Cuando un medicamento es *esencial* para tratar alguna enfermedad, el gobierno tiene la obligación de incluirlo oportunamente.

Con fundamento en los argumentos anteriores, el quejoso ganó el amparo interpuesto. Como puede apreciarse, la clave en esta resolución fue el incorporar para integrar los preceptos normativos el concepto de medicamento esencial para la salud. Es decir, se trata de un caso de integración normativa. En nuestro país, el derecho a la salud había sido considerado como un derecho meramente programático¹¹⁹¹. Con esta resolución, este tipo de derecho se volvió vinculante y por tanto exigible por cualquier ciudadano mexicano. En este caso, el aspecto problemático consistente en determinar cuál es el *medicamento esencial para la salud* fue resuelto casuísticamente. No obstante, la *ratio legis*, a mi parecer, resulta cuestionable. ¿Qué sucedería si una gran cantidad de enfermos terminales exigieran su *medicamento esencial para la salud*? Financieramente, ¿podría solventar el gasto el gobierno mexicano? A mi parecer no. Sin embargo, no quiero dejar pasar de largo que esta resolución de la Suprema Corte de Justicia mexicana me

¹¹⁹¹ Desde el punto de vista técnico Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 484.

parece fundamental por el precedente que genera en los casos de derechos colectivos.¹¹⁹²

De los numerales anteriores, podemos concluir que en la argumentación jurídica, como en el derecho mismo, el pensamiento problemático es fundamental para integrar adecuadamente los distintos argumentos. Esto forma parte de lo que el propio Alexy señala como discurso práctico general. Ahora es importante abordar otro problema fundamental dentro de la teoría de la argumentación: ¿Cómo buscar y encontrar los argumentos adecuados para cada situación?

2.2 *La búsqueda de argumentos*

Desde mi punto de vista, en la búsqueda de argumentos hay dos caminos diferenciados pero complementarios: el sistemático y el cetético. En el primer caso, los argumentos son obtenidos del propio sistema normativo atendiendo sus límites y fines así como sus axiomas; en el segundo, en el accionar deliberativo pueden seleccionarse principios generales del derecho así como la metodología propia de la prudencia jurídica. La búsqueda de cada argumento dependerá de cada caso en particular, pues su utilización y aplicación es de naturaleza casuística. No obstante, en un sistema como el nuestro, tal y como lo señala Alexy, los argumentos que prevalecen, en principio, son los de naturaleza sistemática. Para profundizar en cada uno de estos aspectos es necesario clarificar la presente diferenciación.

2.2.1 Argumentos sistemáticos

Un argumento es sistemático cuando se constriñe a los límites, axiomas y fines de un sistema normativo. En lo esencial, la teoría argumentativa de Robert Alexy se constriñe a la utilización de este tipo de argumentos. “En lo esencial”, porque no entra dentro de la presente clasificación una

¹¹⁹² Sobre este caso y su trascendencia en el derecho mexicano hago un estudio más detallado en Francisco Javier Dorantes Díaz, *Derecho Cultural Mexicano. Problemas Jurídicos*, Santiago de Querétaro, México, FUNDAP, 2004, (Col. Derecho, Administración y Política), pp. 30 y ss.

parte de los argumentos interpretativos, porque, como ya lo expusimos, en la teoría alexyana prevalece la interpretación literal o la voluntad del legislador histórico sobre cualquier otra¹¹⁹³. Precisamente, cualquier otra forma de interpretación e integración normativa entra dentro de la siguiente clasificación de argumentos¹¹⁹⁴. Avancemos en esta propuesta de clasificación.

2.2.1.1 Límites de los argumentos sistemáticos

Desde hace algún tiempo, algunos juristas, como Genaro R. Carrió, habían evidenciado la importancia de los límites en el lenguaje normativo¹¹⁹⁵, al que define, sin gran precisión, como el “que usamos para realizar actos tales como prohibir, autorizar, ejercer críticas de ciertos tipos, excusar, justificar; atribuir o reconocer derechos; afirmar que alguien tiene (o no tiene) una competencia, un deber, un derecho, una responsabilidad; imponer deberes u obligaciones; afirmar que algo hecho por alguien es (o no es) una transgresión o que merece (o no) un premio o un castigo, etcétera”¹¹⁹⁶.

Sobre los límites puestos a este tipo de lenguaje, Carrió señala que pueden ser internos o externos. Su clasificación solamente se construye a tomar en cuenta aspectos contextuales; es decir, el lenguaje normativo se utiliza dentro o fuera del derecho¹¹⁹⁷. En ese sentido, es mucho mejor y más clara la distinción de Alexy, a la que ya hemos hecho referencia, entre justificación interna y externa de la argumentación jurídica.¹¹⁹⁸

La justificación interna es abordada tradicionalmente a partir de los problemas propios del silogismo jurídico y aplicando los métodos de

¹¹⁹³ Vid. Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, pp.224 y ss.

¹¹⁹⁴ Me refiero, por ejemplo, a la equidad.

¹¹⁹⁵ Sobre el particular, veáse Genaro R. Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973, (Col. Filosofía y Derecho Núm. 3), 96 pp.

¹¹⁹⁶ *Ibidem.*, p. 19

¹¹⁹⁷ *Ibidem.*, pp. 22 y ss.

¹¹⁹⁸ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica...*, pp. 214-223.

la lógica moderna. Por su parte, la justificación externa se refiere a la fundamentación de las premisas usadas en la justificación externa por medio de reglas de derecho positivo, enunciados empíricos y premisas que no son ni lo uno ni lo otro¹¹⁹⁹. En ambos casos hemos visto los tipos de argumento a utilizar. No obstante, para la selección de argumentos aquí puntualizaremos algunas reglas.

2.2.1.1.1 Reglas para la selección de argumentos de justificación interna

Aquí, según Alexy, debemos utilizar las siguientes reglas, atendiendo a las características del silogismo jurídico:

1. Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

2. La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

3. Siempre que exista duda sobre si a es un T o un M_i ¹²⁰⁰, hay que aducir una regla que decida la cuestión.

4. Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

5. Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.¹²⁰¹

No vamos a repetir lo ya estudiado hasta ahora respecto a las reglas anteriores, sólo las recordamos para su aplicación práctica a la hora de la búsqueda de argumentos. Eduardo García Máynez, por otra parte, en su obra ya clásica y ampliamente conocida *Introducción a la Lógica Jurídica*, nos señala que en este tipo de argumentos no sólo se

¹¹⁹⁹ *Loc.Cit.*

¹²⁰⁰ Como ya lo hemos visto, T se refiere a un predicado tan complejo como se quiera que representa el supuesto de hecho de una norma y M_i a las distintas características en las que puede presentarse ese acto. Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, p. 214 y s.

¹²⁰¹ Cfr. *Supra*, Tercera Parte, Capítulo II de esta obra.

deben aplicar las reglas de la lógica jurídica, sino que hay que recordar algunos axiomas importantes dentro del derecho¹²⁰², a saber:

Axioma I: Todo objeto del conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo.

Axioma II. Ninguna conducta puede hallarse, al propio tiempo, jurídicamente prohibida y jurídicamente permitida.

Axioma III: La conducta jurídicamente regulada sólo puede hallarse prohibida o permitida.

Axioma IV: Todo lo que está jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido.

Axioma V: Lo que está jurídicamente permitido, no está jurídicamente ordenado, puede libremente hacerse u omitirse.

Para explicar con mayor detalle cada uno de estos axiomas es necesario que veamos las proposiciones en que se fundamentan, con su respectiva demostración.

AXIOMA I: TODO OBJETO DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO ES IDÉNTICO A SÍ MISMO¹²⁰³.

Proposiciones:

1. *Lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido.*

Demostración:

Una conducta no puede estar, a un tiempo, prohibida y permitida, pues esto implicaría una contradicción. Ejemplo: Ninguna norma me prohíbe caminar por la calle; en consecuencia, tal acción está jurídicamente permitida.

¹²⁰² Veáse Eduardo García Máynez, *Introducción a la Lógica Jurídica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, pp. 173 y ss.

¹²⁰³ *Ibidem.*, p. 234.

2. *Lo que no esta jurídicamente permitido está jurídicamente prohibido.*

Demostración:

Si lo que no está jurídicamente permitido, no estuviese a la vez prohibido, se hallaría a un tiempo prohibida y permitida, lo que implica una contradicción. Por ejemplo: Si no se permite circular en determinado sentido en una calle, es evidente que se prohíbe hacerlo.

AXIOMA II: NINGUNA CONDUCTA PUEDE HALLARSE, AL PROPIO TIEMPO, JURÍDICAMENTE PROHIBIDA Y JURÍDICAMENTE PERMITIDA¹²⁰⁴.

Proposiciones:

1. *El que ejercita su derecho, no puede abusar de él.*

Demostración:

Quién en el ejercicio de un derecho comete un abuso, abandona el ámbito de lo que se le permite y penetra en el de lo ilícito. Si esto se aceptara, el hecho sería a un tiempo permitido y prohibido, lo que implica contradicción. Ejemplo: En el ejercicio de la libertad de expresión no puedo afectar el derecho a la intimidad de las personas.

2. *Lo que ésta jurídicamente ordenado no puede estar jurídicamente prohibido.*

Demostración:

Lo que esta jurídicamente ordenado esta jurídicamente permitido; en consecuencia, no puede estar jurídicamente prohibido. Ejemplo: Los padres tienen el deber de alimentar a sus hijos, por ende, no puede impedirse que cumplan con esta obligación.

3. *Si la omisión de la conducta permitida está prohibida, esa conducta está ordenada.*

Demostración:

¹²⁰⁴ *Ibidem.*, p. 235 y s.

Se halla jurídicamente permitida toda conducta que puede realizarse en ejercicio de un derecho. Pero, cuando se prohíbe la omisión de un acto permitido, la facultad jurídica en cuya virtud se ejecuta el acto no puede ser otra que la de cumplir una obligación propia. Ejemplo: Para los ciudadanos mexicanos es un derecho intervenir en las elecciones; adicionalmente, les está prohibido abstenerse de votar, en consecuencia, realizar dicho acto no sólo es un acto lícito sino además obligatorio.

Corolarios:

1. Si la ejecución de la conducta jurídicamente permitida está ordenada, su omisión esta prohibida.

2. Si la ejecución de la conducta jurídicamente permitida no está ordenada, su omisión está permitida.

3. No todo lo que está jurídicamente permitido está jurídicamente ordenado.

AXIOMA III: LA CONDUCTA JURÍDICAMENTE REGULADA SOLO PUEDE HALLARSE PROHIBIDA O PERMITIDA¹²⁰⁵.

Proposiciones:

1. *Si la conducta jurídicamente regulada está prohibida, no puede, al propio tiempo, estar permitida.*

Demostración:

Si un acto se halla a la vez prohibido y permitido esto implicaría una contradicción. Ejemplo: Si una persona tiene prohibido comercializar un producto no puede, al propio tiempo, enajenarlo.

2. *Si la conducta jurídicamente regulada está permitida, no puede, al propio tiempo, estar prohibida.*

Demostración:

¹²⁰⁵ *Ibidem.*, p. 237 y s.

Si la conducta jurídicamente regulada está permitida, no puede, al propio tiempo, estar prohibida en razón de que implicaría una contradicción. Ejemplo: Si un ciudadano tiene derecho a emitir su voto, no puede, al mismo tiempo, tener una prohibición para hacerlo.

AXIOMA IV: TODO LO QUE ESTÁ JURÍDICAMENTE ORDENADO ESTÁ JURÍDICAMENTE PERMITIDO¹²⁰⁶.

Proposiciones:

1. *Quien tiene un deber, tiene el derecho de cumplirlo.*

Demostración:

Si el obligado no tuviese el derecho de hacer lo que debe hacer, se le ordenaría y prohibiría, a la vez, la misma conducta, lo que implica contradicción. Ejemplo: La norma que impone el deber de dar alimentos, a la vez le concede el derecho de hacer tal cosa.

2. *El derecho del obligado al cumplimiento de su propio deber es de ejercicio obligatorio.*

Demostración:

Siendo el objeto del derecho del obligado el cumplimiento de su propio deber, la norma que lo obliga sólo puede quedar cumplida si el derechohabiente ejercita su derecho. Ejemplo: El derecho del arrendador, de pagar el bien arrendado, se funda en el deber de pagar la renta y es, por tanto, de ejercicio obligatorio.

Corolarios:

1. Lo que estando jurídicamente permitido, está jurídicamente ordenado, no puede librarse u omitirse.

2. Lo que estando jurídicamente permitido, está jurídicamente ordenado, puede hacerse, pero no omitirse.

¹²⁰⁶ *Ibidem.*, pp.238 y ss.

3. *Quien tiene un deber jurídico no tiene el derecho de omitir la conducta a que está obligado.*

Demostración:

Pues si además de tener el derecho de hacer, tuviese el de omitir lo que la norma ordena, su conducta sería jurídicamente libre, y no estaría en modo alguno obligado. Ejemplo: El deudor tiene el deber de pagar su deuda al acreedor; carece, por ende, del derecho de no pagarla.

4. *La omisión de la conducta jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida.*

Demostración:

Si la omisión de la conducta jurídicamente prohibida no estuviese jurídicamente permitida, esa conducta se hallaría, a un tiempo, prohibida y permitida, lo que implica contradicción. Ejemplo: La norma jurídica que nos prohíbe transitar en vehículo con luz roja nos concede, de manera implícita, el derecho de abstenernos de esa conducta.

5. *Cuando la omisión de un acto es obligatoria para un sujeto, éste no es jurídicamente libre, en relación con dicho acto.*

Demostración:

Quien tiene el deber de no hacer algo, tiene el derecho de omitir la conducta prohibida, pero carece del de ejecutarla. Ejemplo: La norma jurídica que nos prohíbe transitar en vehículo con luz roja nos concede, de manera implícita, el derecho de abstenernos de esa conducta, pero nos niega, además, el derecho de ejecutarla.

6. *Nadie puede jurídicamente impedir que otro haga lo que jurídicamente debe hacer.*

Demostración:

Si alguien pudiese jurídicamente impedir que hiciésemos lo que debemos hacer, ese alguien tendría un derecho contra nosotros, y la obligación correlativa de tal derecho sólo podría ser la de omitir la

conducta ordenada. Ejemplo: No podemos impedir jurídicamente que un funcionario público cumpla con su deber.

7. *Nadie puede jurídicamente exigir que otro haga lo que jurídicamente debe omitir.*

Demostración:

Si alguien pudiese jurídicamente impedir que hiciésemos lo que debemos omitir, ese alguien tendría un derecho contra nosotros, y la obligación correlativa de tal derecho sólo podría ser la de ejecutar la conducta prohibida. Ejemplo: Si alguien pretende que cometamos un hecho ilícito, estamos facultados para rechazar tal pretensión.

8. *Nadie puede jurídicamente dejar de hacer lo que, en ejercicio de un derecho, otro le puede exigir.*

Demostración:

Declarar que alguien tiene derecho de exigir que hagamos algo, equivale a sostener que debemos hacerlo. Ejemplo: El cliente de un hotel está obligado a pagar el precio de la habitación y carece de derecho para no hacerlo.

9. *El sujeto activo de la relación jurídica en que se halla inserto el derecho del obligado, es sujeto pasivo de la relación fundante.*

Demostración:

De acuerdo con la proposición 6, nadie puede jurídicamente impedir que otro haga lo que jurídicamente debe hacer. De aquí se sigue que todo el mundo está obligado a no estorbar al sujeto pasivo de una relación jurídica que ejercite el derecho de cumplir con su deber. Ejemplo: El acreedor tiene el deber de no impedir al deudor que cumpla con su obligación o, lo que es igual, que ejercite el derecho de cumplirla. El primer sujeto es, pues, en la relación jurídica fundada, uno de los obligados.

10. *El sujeto pasivo de la relación fundante es sujeto activo de la relación fundada.*

Demostración:

Sujeto pasivo de una relación jurídica es el obligado. Como éste tiene el derecho de cumplir con su deber y tal derecho se funda en una obligación, es evidente que el titular del derecho al cumplimiento es sujeto activo de la relación fundada. Ejemplo: La persona obligada a pagar un impuesto tiene el derecho de pagarlo y este derecho se funda en su propio deber.

11. *Si la omisión de la conducta permitida está permitida, esa conducta no está ordenada.*

Demostración:

La conducta permitida no puede ser obligatoria, si se deja al sujeto en libertad para ejecutarla u omitirla. Ejemplo: El artículo 11 de nuestra Constitución Política señala: “Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes”. Luego entonces, no está obligado a hacerlo.

12. *Quien tiene el derecho, mas no el deber, de hacer algo, puede jurídicamente.*

Demostración:

Si el que tiene el derecho, mas no el deber, de hacer algo, no pudiese jurídicamente omitir lo que se le permite hacer, estaría en realidad obligado a ejecutar la conducta en cuestión; pero como no es posible estar y no estar obligado a observar un mismo comportamiento, en condiciones iguales de espacio y tiempo, es evidente que el que tiene el derecho, pero no el deber, de hacer algo, puede jurídicamente omitir lo que tiene el derecho de hacer. Ejemplo: El artículo 2528 del Código Civil para el Distrito Federal establece: “El depositario no está obligado a entregar la cosa cuando judicialmente se haya mandado retener o embargar”. Luego entonces, puede, si quiere, abstenerse de entregarla.

13. *Quien tiene el derecho, mas no el deber, de omitir algo, puede jurídicamente hacer lo que se le permite omitir.*

Demostración:

Si al que tiene el derecho, pero no la obligación, de omitir algo, se le prohibiese hacer lo que se le permite omitir, en realidad se le prohibiría lo mismo que se le permite; pero como no es posible tener y no tener, a un tiempo, el derecho de hacer algo, queda demostrado que el que tiene la facultad, más no el deber, de omitir algo, puede jurídicamente hacer lo que se le permite omitir. Ejemplo: De conformidad con los artículos 1037 y 1018 del código Civil para el Distrito Federal, relativos al usufructo gratuito, el usufructuario no está obligado a hacer las reparaciones indispensables para mantener la cosa en el estado en que se encontraba cuando la recibió, si la necesidad de tales reparaciones proviene de vejez, vicio intrínseco o deterioro grave, anterior a la constitución del usufructo. Ahora bien, como el usufructuario tiene el derecho, pero no la obligación, de abstenerse de hacer tales reparaciones, es indiscutible que no puede negársele el derecho de ejecutarlas.

AXIOMA V: LO QUE ESTANDO JURÍDICAMENTE PERMITIDO, NO ESTÁ JURÍDICAMENTE ORDENADO, PUEDE LIBREMENTE HACERSE U OMITIRSE¹²⁰⁷.

Proposiciones:

1. *El derecho que no se funda en un deber propio puede libremente ejercitarse o no ejercitarse.*

Demostración:

Si no se permitiese al titular optar entre el ejercicio y el no ejercicio de los derechos que no se fundan en un deber propio, el ejercicio de los mismos sería obligatorio; pero como un derecho no puede ser al mismo tiempo de ejercicio obligatorio y de ejercicio libre,

¹²⁰⁷ *Ibidem.*, pp. 244 y ss.

resulta patente que el que no se funda en la propia obligación puede jurídicamente ejercitarse o no ejercitarse. Ejemplo: El derecho de libertad de expresión no se funda en una obligación del titular; consecuentemente, éste puede optar entre ejercitarlo y no ejercitarlo.

2. Los derechos subjetivos que no se fundan en un deber propio son fundantes de un derecho de libertad.

Demostración:

No estando el titular obligado a ejercitarlos, es obvio que puede optar entre su ejercicio y su no ejercicio. Por tanto, los derechos subjetivos que no se fundan en un deber propio son fundantes de un derecho de libertad. Ejemplo: El derecho de acción no se funda en un deber propio, es fundante de un derecho de libertad o, lo que es igual, el titular puede jurídicamente optar entre ejercitarlo y no ejercitarlo.

3. El derecho de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de otro derecho es una facultad jurídica dependiente.

Demostración:

Como el derecho de libertad consiste en la facultad de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de otro derecho, resulta obvio que la existencia de aquél depende de la de éste, pues si el segundo no existiese, tampoco podría existir el primero, ya que no es posible optar entre el ejercicio y el no ejercicio de un derecho que no se tiene. Luego el de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de otro derecho es una facultad jurídica dependiente. Ejemplo: El derecho del dueño de un automóvil, de transitar o no con él, se funda en el *ius utendi* y es, por tanto, una facultad jurídica dependiente.

4. El derecho de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de una facultad jurídica no se confunde con el derecho entre cuyo ejercicio y no ejercicio se opta.

Demostración:

Si los dos derechos se confundiesen o, mejor dicho, si fueran uno solo, tendrían que ejercitarse en virtud del mismo acto. Pero mientras el derecho entre cuyo ejercicio o no ejercicio se opta sólo puede ejercitarse realizando la conducta en virtud del facultamiento está permitido por la norma, el de libertad puede ejercitarse optando por la omisión de tal conducta. Ejemplo: Uno es el derecho que tiene el acreedor de exigir del deudor una prestación determinada y otro el de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de la facultad fundante.

5. *Nadie tiene el derecho de impedir que otro haga lo que jurídicamente puede hacer.*

Demostración:

Si alguien estuviera jurídicamente facultado para impedir a otro lo que jurídicamente puede hacer, el primer sujeto tendría un derecho a la omisión de la conducta que el segundo puede jurídicamente realizar. Pero entonces, tal conducta se hallaría, a un tiempo, prohibida y permitida, lo que implica contradicción. Ejemplo: Tengo el derecho de publicar escritos sobre cualquier materia, todos los demás están obligados a no impedírmelo.

6. *Nadie tiene el derecho de exigir que otro haga lo que jurídicamente puede omitir.*

Demostración:

Si alguien estuviera jurídicamente facultado para exigir a otro lo que jurídicamente puede omitir, el primer sujeto tendría derecho a la realización de la conducta que el segundo puede jurídicamente omitir. Pero entonces, la omisión de tal conducta se hallaría, a un tiempo, prohibida y permitida, lo que implica contradicción. Ejemplo: Un propietario tiene el derecho, mas no el deber, de enajenar lo que le pertenece.

7. *El ámbito de la libertad jurídica de una persona crece o decrece en la medida en que aumenta o disminuye el de sus derechos subjetivos de primer grado.*¹²⁰⁸

Demostración:

Si, por definición, libertad jurídica es la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la facultad de cumplir un deber propio, es obvio que la esfera jurídica de libertad correspondiente a cada sujeto crece o decrece en la medida en que aumenta o disminuye el número de sus derechos subjetivos de primer grado, ya que éstos son fundantes del de libertad y, en consecuencia, implican lógicamente su existencia. Ejemplo: Si A le arrienda un bien a B, el primero amplía su derecho de libertad ya que queda facultado para el ejercicio o no ejercicio del derecho independiente de arrendamiento.

8. *Dentro de un régimen en que las personas no tuviesen más derecho que el de cumplir sus deberes, la libertad jurídica no existiría.*

Demostración:

El derecho de libertad es una facultad fundada en otras de ejercicio potestativo; por ende, en un régimen en que los individuos no tuviesen más derecho que el de cumplir con su deber, la libertad jurídica no existiría, ya que todos los derechos serían de ejercicio obligatorio. Aquí no puede mencionarse ejemplo alguno pues no existe un régimen jurídico de esta naturaleza. La proposición es útil para saber la forma en que se relaciona el derecho de libertad con un derecho fundante.

9. *El ejercicio de la facultad jurídica fundante implica el del derecho de libertad, o facultad jurídica fundada.*

Demostración:

¹²⁰⁸ Eduardo García Máynez define a los derechos subjetivos de primer grado como al fundante de otro derecho, *Vid. Introducción a la lógica jurídica*, p. 234.

Como el ejercicio de la facultad fundante implica el acto de opción, es obvio que no se puede hacer valer el primer derecho sin ejercitar al propio tiempo el segundo. Ejemplo: Cuando uso mi computadora, no sólo ejercito el *ius utendi*, sino también mi libertad jurídica, pues puedo hacer o no uso de la misma.

10. *El no ejercicio de la facultad jurídica fundante necesariamente implica el ejercicio de la facultad jurídica fundada.*

Demostración:

El derecho de libertad ha sido definido por nosotros como la facultad de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de las que no se fundan en un deber propio. De aquí se sigue que cuando el titular de la fundante opta por no ejercitarla, ejercita, al optar, el otro derecho. Ejemplo: El que opta por no ejercer un determinado derecho, opta, por esa razón, por su libertad jurídica.

11. *El ejercicio de la facultad jurídica fundada. O derecho de libertad, no implica necesariamente el de la facultad jurídica fundante.*

Demostración:

Como la facultad jurídica fundada puede ejercitarse lo mismo cuando se opta por el ejercicio que cuando se opta por el no ejercicio del derecho de primer grado, es obvio que el ejercicio del de libertad no implica necesariamente el de la facultad fundante. Ejemplo: Como dueño de una casa puedo optar entre venderla y no hacerlo. Si opto por lo segundo, ejercito la facultad fundada, pero no el otro derecho.

12. *Cuando un derecho subjetivo implica un conjunto de facultades jurídicas de primer grado y, por tanto, puede ejercitarse en diversas formas, el titular está facultado para escoger entre las distintas formas de ejercicio.*

Demostración:

El acto por el cual se ejercita una entre varias facultades jurídicas de primer grado, integrantes de un derecho subjetivo complejo,

necesariamente implica una opción. Pero como el acto por el cual se ejercita un derecho es lícito en todo caso, la elección de tal acto entre otros posibles e igualmente lícitos no puede ser ilícita, pues, si lo fuese, la misma conducta se hallaría, a un tiempo, prohibida y permitida, lo que implicaría contradicción. Ejemplo: El titular de un derecho real puede escoger entre diversas formas de ejercicio su derecho de propiedad.

13. *El derecho de optar entre las diversas facultades jurídicas de primer grado que integran un derecho subjetivo complejo no se confunde con las facultades a cuyo ejercicio se refiere la opción.*

Demostración:

Si tales facultades se confundiesen tendrían que ejercitarse en un mismo acto. Pero como el derecho de optar se ejercita optando y la opción sólo implica el ejercicio de la facultad jurídica por la cual se opta y no el de las restantes, es claro que la de optar entre diversas formas de ejercicio de un derecho de primer grado no se confunde con las facultades jurídicas objeto de la opción. Ejemplo: Señala Eduardo García Máynez: “El derecho del propietario de una finca rústica, de elegir entre venderla o arrendarla, no se confunde con las facultades a cuyo ejercicio se refiere la opción”¹²⁰⁹.

14. *Cuando un derecho subjetivo comprende, a la vez, facultades que se fundan y facultades que no se fundan en deberes del titular, éste sólo es jurídicamente libre en relación con las últimas.*

Demostración:

De otra forma si pudiese jurídicamente dejar de ejercitar las primeras, se le permitiría y prohibiría, al propio tiempo, dejar de ejercitarlas, lo que es contradictorio. Ejemplo: La habitación da, a quien tiene ese derecho, la facultad de ocupar gratuitamente, en casa ajena, las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, conforme a lo dispuesto por el artículo 1050 del Código Civil del Distrito Federal.

¹²⁰⁹ *Ibidem.*, p.250

Eso significa que las piezas que no necesite utilizar tiene el deber de no usarlas. Este derecho se funda en su propio deber, el usuario no puede jurídicamente optar entre ejercitarlo y no ejercitarlo. En cambio, en cuanto al primero, es jurídicamente libre.

15. *Quien tiene la facultad, pero no el deber, de optar entre dos facultades jurídicas independientes tiene además el derecho de renunciar a la opción.*

Demostración:

Si el que tiene la facultad, pero no el deber, de optar entre dos facultades jurídicas independientes, no tuviese el derecho de renunciar a la opción, estaría en realidad obligado a optar entre dichas facultades. Ejemplo: El que es despedido injustificadamente de su trabajo no sólo está facultado para exigir una indemnización o su reinstalación, sino que también está facultado para renunciar a la opción.

16. *Quien tiene el deber de optar entre dos formas de conducta, no tiene el derecho de renunciar a la opción.*¹²¹⁰

Demostración:

Si el que tiene el deber de optar entre dos formas de conducta tuviese el derecho de renunciar a la opción, no estaría en realidad obligado a optar. Pero como no es posible hallarse, a la vez, obligado y

¹²¹⁰ Esta proposición me recuerda un caso práctico sucedido en España. I.A.G. Vs. Gobierno Español (1992) en el cual, en el artículo 2, apartado 3 de la Ley Orgánica 8/1984, de naturaleza penal, se establecía lo siguiente: “Al que habiendo quedado exento del servicio militar, como objetor de conciencia, rehúse cumplir la prestación social sustitutoria, se le impondrán las penas de prisión menor en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena”. En el caso que nos ocupa, I.A.G. fue reconocido como objetor de conciencia, declarado exento del servicio militar y útil para realizar una prestación social sustitutoria. A pesar de lo anterior, cuando se le pidió realizar esa prestación en un hogar de la tercera edad, manifestó su objeción a desempeñarla. El juez, en lugar de condenarlo a prisión lo absuelve alegando la existencia de una “conciencia auténtica” y de que se trataba de conductas ligadas entre si, pues “el acusado no objeta el cumplimiento del servicio militar obligatorio (...) sino la existencia misma de dicho servicio (...): en la medida que el objetor acepte la prestación social sustitutoria, estará aceptando la existencia del servicio militar obligatorio”. Como puede apreciarse, el propio juzgador no se percata que se trata de dos formas de conducta distinta, una para las personas en lo general y otra para los objetores de conciencia. En consecuencia, debió condenar a I.A.G. Sobre los detalles de este caso, Vid. Manuel Atienza, *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, pp. 149 y ss.

no obligado a ejecutar un acto de opción, resulta obvio que el que debe optar entre dos formas de conducta no tiene derecho a renunciar a la opción. Ejemplo: En el caso de obligaciones alternativas, cuando el deudor escoge una de ellas, no puede renunciar a la opción.

17. La facultad que una persona tiene de escoger entre ejercitar y no ejercitar sus derechos subjetivos de primer grado restringe normativamente la libertad jurídica de todas las demás.

Demostración:

Si alguien pudiese jurídicamente impedir al titular de un derecho subjetivo de primer grado que optase entre el ejercicio y el no ejercicio de tal derecho, ese alguien tendría a su vez un derecho frente al titular de la facultad fundante, y la obligación correlativa sólo podría ser, bien la de ejercitar tal facultad, caso en el cual ésta no sería ya de ejercicio libre, bien la de no ejercitarla, en cuya hipótesis se prohibiría y permitiría, a un mismo sujeto, la misma conducta, lo que implica contradicción. Ejemplo: La facultad del arrendador de ejercitar su derecho de pago de la renta del arrendatario restringe normativamente la libertad jurídica de las demás personas, en cuanto éstas tienen el deber de no impedirle que lo ejercite.

18. Un régimen que permitiese optar entre el ejercicio y el no ejercicio de todos los derechos dejaría de ser un orden jurídico, para disolverse en la anarquía.

Demostración:

De acuerdo con esta hipótesis, en un régimen donde todos los derechos, sin excepción, fuesen de ejercicio libre, no habría ninguno de ejercicio obligatorio y, por tanto, nadie estaría obligado a nada, ni a exigir nada, ni tener derecho a nada. No habría orden jurídico y si anarquía. Aquí no cabe el poner ejemplos.

Con lo anteriormente señalado se tendría una base racional para la selección de los argumentos de naturaleza sistemática. No cabe la menor duda que, para efectos prácticos, la utilización de los axiomas

proporcionados por la lógica jurídica son de gran utilidad para el planteamiento argumentativo en la solución de problemas jurídicos. Analicemos ahora a los argumentos que tienen como punto de partida la cetética jurídica.

2.2.2 Argumentos cetéticos

Los argumentos cetéticos, conforme a la Escuela de Maguncia, se caracterizan por el rechazo a toda “consideración apriorística, acrítica o definitiva de contenidos¹²¹¹” y por estar sometidos, constantemente, a un continuo examen y revisión. Por su propia naturaleza este tipo de argumentos posee un carácter tentativo y no admite que se consideren como definitivos¹²¹².

La argumentación cetética resulta ser fundamental cuando se cuestiona un argumento dogmático ya sea normativo o en torno a precedentes judiciales. Gracias a las particularidades críticas y empíricas de su configuración pueden ser considerados argumentos de naturaleza práctica que señalen alguna excepción en la utilización de planteamientos sistemáticos. Efectivamente, sólo a través de la utilización de argumentos empíricos pueden romperse disposiciones o argumentos sistemáticos que no sean útiles en la solución de determinados problemas jurídicos¹²¹³. En otras palabras, nos garantiza la crítica y examen de todo tipo de “contenidos, presupuestos y métodos¹²¹⁴”.

2.2.2.1 Funciones de los argumentos cetéticos

En primera instancia podríamos afirmar que la principal función de los argumentos cetéticos es fundamentalmente cognitiva¹²¹⁵, toda vez que

¹²¹¹ Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, p.226.

¹²¹² *Loc.Cit.*

¹²¹³ El propio Robert Alexy comenta la necesidad de incorporar argumentos prácticos para la rectificación de dogmas. *Vid. Teoría de la Argumentación Jurídica...*, pp. 240 y ss.

¹²¹⁴ Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, p.227.

¹²¹⁵ *Ibidem.*, p. 239.

son útiles para obtener conocimientos de la realidad objetiva que puedan ser valiosos para modificar, complementar o justificar el razonamiento sistemático del derecho. Desde este punto de vista, los argumentos cetéticos tendrían un carácter marcadamente metateórico¹²¹⁶. En otras palabras, cada vez que hacemos metateoría del derecho los argumentos que usamos son de naturaleza cetética.

Ya de forma más específica es posible señalar tres funciones básicas de este tipo de argumentos: como mecanismo de control, como fuente de la dogmática y como legitimadora de la misma.¹²¹⁷

En lo que se refiere a los argumentos como medio de control, se puede señalar que su función es de naturaleza correctiva. Se trata de evitar los excesos, desviaciones e imprecisiones a los cuales puede llevarnos la dogmática jurídica por sí sola.¹²¹⁸

El ser fuente de los dogmas no es una tarea menos importante¹²¹⁹. Puede suceder, de forma no poco frecuente, que un pensamiento investigador se convierta en dogmático. En otras palabras, que la estructura a partir de *zetemata* se convierta en *dogmata*¹²²⁰. Según Viehweg, las aseveraciones son tratadas como *dogmata* cuando están excluidas de un ataque, no tienen deber de fundamentación pero sí de explicación. Por su parte, las aseveraciones sujetas a un ataque continuo se encuentran estructuradas como *zetemata* y su contexto no sólo es de explicación sino también de fundamentación.¹²²¹

Al paso de un argumento cetético a uno dogmático se le denomina dogmatizar¹²²². Pero es necesario aclarar que puede suceder

¹²¹⁶ *Loc.Cit.*

¹²¹⁷ *Ibidem.*, p. 240.

¹²¹⁸ Digo por sí sola porque evidentemente, como ya hemos señalado, la dogmática y la cetética cumplen funciones complementarias y necesarias.

¹²¹⁹ Con este procedimiento cetético es como se crean, por ejemplo, los distintos principios jurídicos.

¹²²⁰ Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, p.240.

¹²²¹ *Vid.* Theodor Viehweg, "Apuntes sobre una teoría retórica de la argumentación jurídica", en *Tópica y Filosofía del Derecho*, p.173.

¹²²² Como ejemplo de lo aquí señalado podemos mencionar el papel actual de las investigaciones en torno a los derechos humanos, mismas que han contribuido al desarrollo dogmático y legislativo de los mismos.

lo contrario, un dogma puede convertirse en un argumento investigador, en este caso estamos ante una pérdida de la dogmatización.

Finalmente, los argumentos cetéticos pueden tener una función de legitimación de los argumentos dogmáticos¹²²³. En este caso, la actividad teórica puede ser útil para denotar la importancia de una disposición de naturaleza dogmática. Esta acción es importante porque garantiza que la dogmática no defienda arbitrariamente un determinado sistema normativo.

Con lo aquí expuesto podemos señalar que los argumentos jurídicos pueden presentarse, en términos generales, como de naturaleza sistemática o cetética. De ninguna forma puede dársele preferencia a uno u otro tipo de argumentos. Será la naturaleza y el tipo de problema a resolver el que decidirá a favor o en contra de la utilización de cada uno de ellos para cada caso.

En la teoría argumentativa de Robert Alexy los argumentos cetéticos siempre serán importantes para la corrección de los argumentos dogmáticos, los precedentes y la propia interpretación del derecho. Por ésta y otras razones, este tipo de argumentos es importante en los distintos contextos de aplicación de la argumentación jurídica.¹²²⁴

2.3 Solución equitativa

Una última acotación. No puede considerarse una referencia a cualquier teoría de la argumentación sin abordar el problema de la búsqueda de soluciones equitativas. La finalidad última del análisis de una aporía, de la racionalización de los argumentos es, precisamente, el tratar de encontrar la mejor solución dentro del campo de lo jurídico a un problema. En otras palabras, la argumentación debe enfrentar el problema de la “aporía fundamental” o de lo “justo concreto” tarde o temprano.

¹²²³ Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tónica jurídica*, p.241.

¹²²⁴ Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica...*, pp. 216 y ss.

2.3.1 El problema de lo “Justo concreto”

El problema de la praxis en el derecho no sólo se refiere a la seguridad jurídica, la supremacía de la ley, la irretroactividad del derecho o el respeto a un sistema constitucional. De qué serviría todo esto ante un derecho arbitrario. La fundamentación y finalidad de la argumentación jurídica debe buscar y enfretar el problema de lo *justo concreto*.

Para Carlos Ignacio Massini la forma de acercarnos a lo justo concreto es por medio del conocimiento jurídico prudencial¹²²⁵. Como ejemplo de este tipo de saber señala:

Papiano, Ulpiano, Gayo, Paulo y Modestito, se destacaban entre los hombres de derecho romanos por su especial aptitud para investigar cuál era la solución justa para cada uno de los casos concretos sobre los que se les consultaba. Ese conocimiento acertado de lo que era derecho en cada situación singular —llamado *iuris prudentia*— dio posteriormente el nombre, por una derivación lingüística, a la “ciencia del derecho” y a las normas que tienen su origen en las sentencias de los tribunales.¹²²⁶

Sin embargo, a lo largo de los años, el uso del término prudencial se fue alejando de su significado original, es decir, el conocimiento de lo justo concreto. A tal grado ha llegado ese olvido que la misma palabra “prudencia” ha llegado a tomarse como un defecto, más que una virtud. En la actualidad, ya no se habla de la prudencia jurídica. Los propios abogados han perdido la acepción original del término.¹²²⁷

Una explicación sobre este tópico la realiza Rodolfo Vigo, para quien:

¹²²⁵ Carlos Ignacio Massini, *La prudencia jurídica, Introducción a la gnoseología del derecho*, Pról. Georges Kalinowski, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p.21.

¹²²⁶ *Loc.Cit.*

¹²²⁷ *Ibidem.*, p.22.

[...] la prudencia jurídica se encarga de deliberar, elegir y mandar cierta conducta jurídica absolutamente circunstanciada y concreta. El juicio prudencial opera como una especie de puente entre ciertas exigencias universales o generales y cierto problema que compromete determinados sujetos situados en un tiempo y espacio establecido, por eso, aquel juicio define lo *justo concreto*.¹²²⁸

En la aplicación de la prudencia y la búsqueda de lo justo concreto hay tres formas distintas de llegar a una solución¹²²⁹: a) soluciones racionalistas o deductivistas, conforme a las cuales el paso de la generalidad de una norma a la singularidad de un caso se produce a través de un simple silogismo; b) soluciones voluntaristas, en las que la determinación de la norma concreta es producto de la voluntad del aplicador sin control racional alguno, y, c) soluciones *realistas*¹²³⁰, en las que el paso de la norma a lo justo concreto es por medio de la razón, pero en su uso práctico, de ahí su carácter de realista. Es esta última forma la que más interesa a la teoría de la argumentación. La primera de ellas, por su simplicidad, no representa una situación que defina plenamente la aplicación del derecho. La segunda, de ser cierta, equivaldría a un estado caótico ajeno a todo derecho y falto de seguridad jurídica.

En el caso de las soluciones que utilizan razones prácticas la función propia de la prudencia jurídica es “establecer en qué consiste estrictamente la dación o acción que se debe por una razón de justicia”¹²³¹. Esta acción puede ser efectuada por diversos sujetos: el

¹²²⁸ Rodolfo Vigo, *Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, p. 39.

¹²²⁹ Massini, *La prudencia jurídica*, p.29.

¹²³⁰ Término utilizado por Massini, *Loc.Cit.*

¹²³¹ *Ibidem.*, p.46.

legislador, al crear una norma; los propios sujetos, al actuar conforme a derecho, y, los jueces, al resolver una situación controvertida.¹²³²

Lo particular del ejercicio prudencial en el caso del juez es que “su determinación de lo justo lo es con carácter definitivo y —cuando se trata de las últimas instancias— inapelable”¹²³³. En este caso existirá, tarde o temprano, cosa juzgada, la cual, como sabemos, sólo se produce en el ejercicio de funciones jurisprudenciales. Esta cualidad de *definitividad* lleva al juez a una enorme responsabilidad al tener que determinar lo justo concreto¹²³⁴. Pero, ¿cómo puede ejercerse racionalmente la prudencia jurídica en la búsqueda de lo justo concreto?

2.3.1.1 Actos propios de la prudencia jurídica

Como señala Massini, para el ejercicio de la prudencia jurídica se requiere de un determinado proceso cognoscitivo, de un camino intelectual conformado por varios pasos¹²³⁵. En concreto, en el caso del conocimiento práctico-prudencial, éste consta fundamentalmente de tres etapas: la deliberación, el juicio y el mandato¹²³⁶. Cada uno de estos actos están estrechamente ligados entre sí, pues si llegara a faltar uno de ellos la prudencia se encontraría viciada.

Para entender lo anterior, en primera instancia es necesario explicar en qué consiste cada uno de estos pasos y cuáles son los vicios derivados de una mala aplicación de cada uno de ellos. La deliberación o consejo: su vicio es la emisión de un acto precipitado; el juicio, por

¹²³² La distinción es importante si consideramos los diferentes contextos argumentativos.

¹²³³ Carlos I. Massini, *La prudencia jurídica*, p. 46. No es lo mismo emitir una decisión jurídica en un caso controvertido en el que debemos asumir una posición *definitiva*, que hacerlo en otro tipo de casos, en los que podemos cambiar de opinión sin consecuencia alguna, siempre y cuando, se razone lo suficiente. En otras palabras, los académicos podemos cambiar de opinión cuando hay razones suficientes; un juez, aunque existan las razones, no podrá modificar nunca la *cosa juzgada*.

¹²³⁴ No sucede lo mismo en el caso, por ejemplo, del derecho administrativo en el que la actuación administrativa puede ser corregida aún con la existencia de una resolución.

¹²³⁵ Massini, *La prudencia jurídica*, p.47.

¹²³⁶ *Ibidem.*, p.48.

medio de los argumentos encontrados su ausencia produce una falta de consideración, y, finalmente, sin el mandato se genera una inconstancia¹²³⁷. Ahora bien, de estos tres actos el principal para la razón práctica es el último, pues a través de éste se genera una determinada acción¹²³⁸. En términos jurídicos estaríamos hablando, como ejemplo, de la parte resolutive de una sentencia.

En la búsqueda de lo justo concreto por medio de la actuación prudencial en el derecho cada uno de estos procesos intelectivos resultan relevantes, razón por la cual dedicaremos unas líneas a su estudio.

2.3.1.1.1 La deliberación

El primero de los actos de la prudencia jurídica se denomina deliberación, consejo o *consilium*. Es este último término el que con mayor propiedad designa la naturaleza del acto que tratamos al hacer referencia a una conferencia o intercambio de opiniones, en un análisis conjunto y compartido de una cierta realidad práctica.¹²³⁹

La deliberación siempre requerirá de un intercambio de puntos de vista; es decir, parte de proposiciones que por naturaleza son opinables¹²⁴⁰. En ese sentido, se delibera sobre lo que está a nuestro alcance y es realizable; pero no deliberamos sobre los fines, sino sobre los medios que conducen a esos fines.¹²⁴¹

Massini, aplicando la deliberación a la prudencia jurídica, señala como propias las siguientes características: a) la deliberación recae sobre las realidades prácticas o tópicas como señalaría Theodor Viehweg¹²⁴², particularmente sobre las realidades que el hombre

¹²³⁷ *Loc.Cit.*

¹²³⁸ *Ibidem.*, p.49.

¹²³⁹ *Ibidem.*, p. 51.

¹²⁴⁰ *Cfr. Theodor Viehweg, Tópica y jurisprudencia*, p.35.

¹²⁴¹ No se trata de otra cosa sino de la conocida idea de *endoxa* Aristotélica, sobre este campo de lo opinable *Vid. Aristóteles, Tratados de Lógica*, p. 223.

¹²⁴² Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, p. 49 en donde señala que se trata de “lo que Boecio tradujo acaso débilmente, con la palabra latina *dubitatio*”.

produce con su *técne* o *areté* y “sobre el uso que realiza de su libre actividad en el orden ético”¹²⁴³. Qué mejor ejemplo de ello que el derecho; b) La deliberación, que es acerca de los medios, “de los instrumentos que han de ponerse en obra para el logro de un fin, sobre el que, por principio, existe certeza y por consiguiente no es preciso deliberar”¹²⁴⁴; c) se trata de actos contingentes, variables e indeterminados que no son propios de las ciencias exactas¹²⁴⁵. Por las cualidades aquí señaladas, concluye Massini:

Particulares, complejas y mudables son las soluciones que el derecho exige de los juristas y jueces; cada caso de justicia es irrepetible y único y debe contarse con circunstancias distintas y posibilidades de solución diversas. Pretender la misma solución para dos controversias, aunque sea entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, puede resultar un absurdo jurídico por la sola presencia de una nueva circunstancia, que haga variar el sentido íntegro de la solución jurídica.¹²⁴⁶

Por la forma en que se presenta y aplica la deliberación, ésta encuentra un adecuado espacio en el derecho en la búsqueda de lo justo concreto. Pero quedan importantes interrogantes por resolver: ¿cómo se presenta y aplica la deliberación en el derecho?, ¿qué elementos racionales conlleva la deliberación jurídica? Para intentar dar una respuesta se debe considerar que la acción consensual no puede realizarse entre dos o más personas; no hay un acto más solitario que la emisión de una sentencia o una resolución administrativa. La deliberación jurídica se concretiza en la búsqueda, examen y análisis de un caso jurídico. Todos los elementos que se actualizan en cada

¹²⁴³ Massini, *La prudencia jurídica*, p. 52.

¹²⁴⁴ *Loc. Cit.* Una vez más, desde el punto de vista aristotélico el estudio de verdades ciertas y no plausibles se haría a través de la dialéctica. Sobre el particular, aristóteles, *Tratados de Lógica*, pp. 223 y ss.

¹²⁴⁵ Massini, *La prudencia jurídica*, p.52.

¹²⁴⁶ *Ibidem.*, p. 53. Valga la larga cita para expresar con claridad la complejidad que conlleva la deliberación jurídica.

situación particular nos son útiles para una adecuada deliberación. Así, los distintos tipos de argumento, las pruebas, los indicios, la dogmática, la estética y nuestra propia experiencia, son útiles en este proceso. Al deliberar, el jurista se apoya en todas las circunstancias de hecho y de derecho que sea posible. La deliberación en este caso, es consigo mismo.

Tratando de sistematizar la inquisición deliberativa Massini propone considerar los siguientes elementos: a) la deliberación como un acto indagatorio o investigador, es decir, en un acto particularmente de búsqueda con el fin de alcanzar un cierto conocimiento¹²⁴⁷; b) el objeto de la deliberación radica en lo operable por el hombre, es decir, se constriñe a un acto producto del actuar humano, y, c) el fin de la deliberación es práctico, en otras palabras, “se trata de conocer lo que ha de hacerse en unas circunstancias concretas, con el fin de dirigir la acción humana”¹²⁴⁸.

El acto deliberativo ha sido denominado de manera distinta en la teoría del derecho contemporánea; así, Perelman lo calificaría como retórico¹²⁴⁹, Villey como dialéctico¹²⁵⁰ y Viehweg como tópico¹²⁵¹. Lo que resulta indudable es su trascendencia en las decisiones jurídicas y en la argumentación efectuada en los contextos jurídicos.

Pese a la importancia de la deliberación, por sí sola tampoco será garante de soluciones correctas. En el derecho no puede decirse que exista un método infalible que nos permita encontrar la corrección de un determinado caso jurídico. No obstante, la deliberación incorpora elementos cetéticos útiles para la resolución de controversias jurídicas. Esta actuación se concretiza, en la práctica, en los “medios de prueba” como medios para indagar la actualización de determinados hechos. Otros métodos propiamente deliberativos serían las diferentes teorías de

¹²⁴⁷ *Ibidem.*, p. 54. Theodor Viehweg simplemente lo calificaría como un ámbito cetético, *Vid. Tópica y Filosofía del Derecho*, pp. 75 y ss.

¹²⁴⁸ Massini, *La prudencia jurídica*, p. 54.

¹²⁴⁹ Perelman, *Lógica jurídica y Nueva Retórica*, pp. 101 y ss.

¹²⁵⁰ Michel Villey, *Précis de Philosophie du Droit*, Vól. II, Dalluz, París, 1979, p. 81 y s. Citado por Massini, *La prudencia jurídica*, p. 55.

¹²⁵¹ Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, pp. 47 y ss.

la interpretación jurídica¹²⁵². Ambos aspectos forman parte del actuar cotidiano dentro del razonamiento jurídico. Analicemos ahora el siguiente paso dentro de la prudencia jurídica: el juicio.

2.3.1.1.2 El juicio

Una vez hecha la deliberación acerca de la norma aplicable, los hechos y su correcta interpretación; no queda “sino elaborar el silogismo práctico, cuya conclusión contendrá la sentencia que resuelve el caso controvertido”¹²⁵³. En términos de Robert Alexy, aquí es donde se presenta la *justificación interna*¹²⁵⁴ y deviene siempre en la base del principio de justicia formal. Como reconoce el propio Alexy, esta argumentación no es suficiente en los casos siguientes: cuando una norma tiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho; cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas y extensivas; cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas, o cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten interpretaciones diversas¹²⁵⁵. En estos últimos casos la exigencia de argumentación jurídica es mayor por la necesidad de aclarar los puntos controvertidos. Esta *justificación interna* es importante en la medida en que ayuda a dar claridad para seleccionar las premisas a las que sea necesario darle otro tipo de justificación distinta a la meramente silogística, denominada en este caso por Alexy, como ya se ha visto, como *justificación externa*¹²⁵⁶.

A pesar de los importantes comentarios de Robert Alexy sobre el tema, es trascendental señalar la existencia de un elemento valorativo en esta etapa prudencial, mismo que no puede pasarnos desapercibido¹²⁵⁷. En efecto, desde el establecimiento de las premisas en la selección de

¹²⁵² Esto es así, puesto que la selección o rechazo de una determinada forma de interpretación jurídica puede generar, precisamente, distintas consecuencias. Argumentar e interpretar son cuestiones que se encuentran estrechamente unidas.

¹²⁵³ Massini, *La prudencia jurídica*, p. 75.

¹²⁵⁴ Alexy, *Teoría de la Argumentación jurídica...*, p. 214.

¹²⁵⁵ *Ibidem.*, p. 216.

¹²⁵⁶ *Ibidem.*, p.222.

¹²⁵⁷ Massini, *La prudencia jurídica*, p.76.

normas y determinación de hechos se encontrarán contenidos de naturaleza axiológica. En el primer caso, porque se trata no sólo de la aplicación de una norma, sino también de su más adecuada interpretación; en el segundo, por el alcance que debe darse a los distintos hechos seleccionando sólo aquellos que tengan una determinada consecuencia jurídica¹²⁵⁸. Ambas estimaciones son fundamentales tanto desde el punto de vista formal, de interés en Alexy¹²⁵⁹, para una adecuada fundamentación y motivación, sino para la realización y actualización de lo justo concreto.

Por lo aquí señalado, la actividad silogística en el derecho no puede ser constreñida exclusivamente a fórmulas precisas y frías¹²⁶⁰. La crítica al silogismo judicial y a sus alcances se limita sólo a las premisas ya establecidas y no a la forma en que se seleccionan. Esto es importante por la relevancia que conlleva en el razonamiento jurídico y en sus decisiones, el optar por una u otra norma, sistema interpretativo o hecho con consecuencias jurídicas.

Otra diferencia importante a destacar es que “*el silogismo de concreción jurídica no es un silogismo teórico, al modo de los que tienen lugar en las ciencias físicas o matemáticas*”¹²⁶¹. En este caso se trata de un silogismo deóntico pues una de sus premisas, al menos, es una norma. En la aplicación del derecho no sólo debe buscarse, en este caso, el cumplimiento de una norma en específico, sino la consecución del fin de una ley. Tomar en consideración estos elementos resulta fundamental al momento de tomar una decisión jurídica.

Tratando de simplificar lo que significa esta etapa prudencial se podría decir que el juicio “se trata de componer la solución del caso

¹²⁵⁸ *Loc. Cit.*

¹²⁵⁹ Recordemos que para la justificación interna Alexy crea reglas a las que denomina como “reglas y formas de la justicia formal”, sobre el particular *Vid. Teoría de la Argumentación Jurídica...*, p. 220.

¹²⁶⁰ Sobre el alcance y contenido de este tipo de razonamiento aún son vigentes los conceptos de Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, Sexta edición, México, Porrúa, 1989, pp. 282 y ss.

¹²⁶¹ Massini, *La prudencia jurídica*, p. 77.

jurídico a partir de los principios, causas y directrices a través del análisis deliberativo”¹²⁶². Es decir, el juicio nos obliga a una selección de los mejores argumentos para buscar la solución más adecuada al caso concreto. De esta forma, el juicio es una actividad sintética. Así, la prudencia jurídica es analítica en la deliberación y sintética en el juicio¹²⁶³. Finalmente, analicemos la última etapa en el proceso prudencial.

2.3.1.1.3 El mandato

Por medio del mandato se pone en movimiento a la voluntad propia, de otros o del Estado para que se realicen, en los hechos, la acción u omisión adecuada. Este acto es de naturaleza racional y no puede llevarse a cabo sin el cumplimiento de la deliberación y el juicio. En consecuencia, se trata de un acto imperativo en el que se encuentra en juego la eficacia del derecho.

Para lograr el propósito de una norma es válido, en este caso, hacer uso de la sanción o las medidas de apremio necesarias para garantizar dicho mandato. En el ejercicio del mandato bien puede caerse en actos arbitrarios y autoritarios. Alexy señala que una manera de evitarlos sería cumplir con las reglas del discurso jurídico y tomando en consideración la pretensión de corrección. Agrega que siempre quedará subsistente la aporía fundamental, es decir, qué es lo justo para cada caso y en un momento determinado.

Podemos afirmar que el ejercicio de la actividad prudencial puede ser útil en la búsqueda de lo justo concreto. El proceso prudencial implica varias acciones intelectuales, a saber: se delibera, juzga e impera; se interpreta, valora y razona; se conocen normas y hechos; se concretan exigencias universales y particulares. Todo esto atendiendo a circunstancias singulares e irrepetibles. Por ello, podemos afirmar que la

¹²⁶² *Ibidem.*, p. 79.

¹²⁶³ *Loc.Cit.*

metodología prudencial es la más propia del conocimiento jurídico¹²⁶⁴, no sólo desde una perspectiva teórica, sino pragmática. Concluyo este apartado con la siguiente expresión de Massini:

[...] la prudencia es, entonces, condición de posibilidad de la justicia, es la que otorga su medida, su *medio*, la que proporciona un objeto concreto y determinado al movimiento de la voluntad hacia el bien estrictamente debido a otro.¹²⁶⁵

Para terminar, es necesario detenernos un momento en la *aporía fundamental*, ya que ésta permea sobre toda la argumentación jurídica.

2.3.1.2 La aporía fundamental

La teoría de la argumentación jurídica con su cumplimiento de reglas racionales, la pretensión de corrección y la prudencia jurídica son útiles pero no definitivas para garantizar la concreción de lo justo concreto¹²⁶⁶. En estos elementos existe un problema insoluble e ineludible por ser propio de la naturaleza del derecho¹²⁶⁷, la búsqueda de la aporía fundamental. En este caso, “se trata simplemente la cuestión de qué sea lo justo aquí y ahora”¹²⁶⁸. En esa simpleza radica la complejidad. Efectivamente, la *aporía fundamental* dentro del derecho le da un gran contenido problemático y la necesidad de una revisión constante de sus sistemas de argumentación jurídica y de interpretación e integración. Su sola existencia hace imposible una sistematización acabada de las normas jurídicas y sus criterios de aplicación. Valgan como ejemplo los derechos humanos y su respectiva problemática o los casos de los llamados derechos colectivos o difusos.

¹²⁶⁴ Massini, *La prudencia jurídica*, p. 87 y s.

¹²⁶⁵ *Ibidem.*, p. 86.

¹²⁶⁶ Mucho menos puede garantizar esto cualquier teoría del derecho.

¹²⁶⁷ Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, p. 128.

¹²⁶⁸ *Loc.Cit.*

El tomar en consideración la aporía fundamental es importante desde que se toma conocimiento de un caso jurídico hasta su respectiva resolución. Se trata de un hilo conductor del actuar jurídico. Pero no sólo existe o se actualiza en la resolución de problemas jurídicos, también se presenta esta búsqueda de lo justo concreto en la tarea del legislador al hacer ordenamientos jurídicos, pues estos tienen la pretensión de ser justos¹²⁶⁹. Aquella disposición jurídica que no se ajuste a esta pretensión debe ser rechazada. La aplicación concreta de la argumentación jurídica no puede darse sin tomar en cuenta la aporía fundamental. Aquí se encuentra una importante tarea a cumplir para los verdaderos profesionales del derecho. La argumentación jurídica responde a la naturaleza humana, a su actuar, a la justicia y a la equidad. No hay fórmulas, sólo responsabilidad y respeto a la naturaleza humana y al derecho.

2.4 La pretensión de corrección

No es posible concluir este estudio sin hacer referencia a las últimas reflexiones de Robert Alexy sobre la pretensión de la corrección. Este tema, de suyo, es fundamental, no sólo por la relación con la certeza jurídica; sino, más importante aún, por su cercanía con el razonamiento problemático y las nociones de justicia y equidad.

Según Aulis Aarnio, la certeza jurídica puede explicarse en un *stricto sensu* y en un *lato sensu*¹²⁷⁰. En el primer caso, significa que “todo ciudadano tiene el derecho de esperar protección jurídica”¹²⁷¹. Es decir, se trata de un derecho básico de todo ciudadano en la sociedad. En el segundo caso, se cubren dos elementos sustanciales: evitar la arbitrariedad y que la decisión sea “correcta”¹²⁷². Cabría decir que

¹²⁶⁹ *Ibidem.*, p. 130.

¹²⁷⁰ Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, p.26.

¹²⁷¹ *Loc.Cit.*

¹²⁷² *Loc.Cit.* Aarnio señala que ambos elementos han sido estudiados en profundidad por Otto Brussin en sus estudios acerca de la discrecionalidad judicial, en concreto en su obra “Tuomarin harkinta normin puuttuessa”.

ninguno de estos elementos, por sí solo, puede satisfacer, integralmente, la expectativa de seguridad jurídica.

El derecho a exigir una decisión correcta ayuda a no violentar las exigencias más elementales de justicia. En ese sentido, el juez tiene la *responsabilidad* de justificar sus decisiones. Por esa razón, en la actualidad el derecho ya no puede ser definido sin tomar en consideración la corrección, puesto que se trata de uno de los elementos de la seguridad jurídica.

No obstante, ¿cómo podrían relacionarse, de inicio, en la teoría de Robert Alexy, la argumentación jurídica con la pretensión de corrección? La respuesta más simple a esta interrogante sería que el cumplimiento de las reglas de racionalidad discursiva, de manera natural, nos ayudan a encaminarnos a la “pretensión de corrección”. En otros términos, la argumentación jurídica encuentra su complemento en la corrección que se pretenda proporcionar al discurso. Pero, antes de continuar, resulta necesario detenernos en los conceptos definitorios de Alexy respecto a la “pretensión de corrección”.

2.4.1 Sobre el concepto

Para encontrarnos en la posibilidad de emitir un concepto, en principio, es necesario señalar que las decisiones jurídicas son respuestas a cuestiones prácticas, esencialmente referidas a la distribución y a la compensación, los problemas tradicionales de la justicia¹²⁷³. Como señala Alexy, si “las cuestiones de justicia son cuestiones morales. [...] Esto, junto con la necesidad con la que se formula la pretensión de corrección en las decisiones jurídicas, *da lugar a una vinculación necesaria entre la argumentación jurídica y la argumentación moral*”¹²⁷⁴. Esta afirmación de ninguna manera significa que una deficiencia moral sea suficiente para hacer perder la validez jurídica o el propio carácter de derecho a una norma o decisión. Como excepción a esta afirmación se encontraría la fórmula de Radbruch que, de manera abreviada, reza:

¹²⁷³ Robert Alexy, *La institucionalización de la justicia*, p.22.

¹²⁷⁴ *Ibidem.*, p.22 y s. Las cursivas son mías.

“la extrema injusticia no es derecho”¹²⁷⁵, que implica, en los hechos, que sólo en estos casos se otorga prioridad a la justicia material sobre la seguridad jurídica. No obstante, esa relación entre derecho y moral no se puede abordar, como se ha señalado, sin tomar en consideración la pretensión de corrección. Evidentemente, el término es discutible para las posiciones radicales, tanto positivistas como naturalistas. De ahí la necesidad de su definición.

Robert Alexy, para poder conceptualizar la pretensión de corrección, apunta previamente algunas consideraciones. En primer lugar, que todo aquel que decide, juzga o argumenta en un sistema jurídico, tiene una pretensión *objetiva* de corrección, en virtud de que es “formulada por personas, pero en nombre del derecho”¹²⁷⁶. Adicionalmente, esta pretensión de corrección se formula frente a los destinatarios de los respectivos actos jurídicos, en un círculo que Alexy denomina “institucional”¹²⁷⁷. Precisamente para encontrarse en posibilidad de detallar los elementos definatorios, el jurista de Kiel parte de la distinción entre institucional y no institucional, de tal forma que los actos institucionales son llevados a cabo sobre la base de normas de competencia; a guisa de ejemplo, Alexy señala: la decisión legislativa, la sentencia judicial o el dictado de un acto administrativo¹²⁷⁸.

El núcleo del argumento de la corrección consiste en la tesis de que los actos jurídicos institucionales de este tipo siempre están vinculados con el acto no institucional de *afirmación* de que el acto jurídico es material y procedimentalmente correcto.¹²⁷⁹

Esta afirmación, como lo señala el propio Alexy, tiene como una de sus consecuencias la implicación de que “junto a la pretensión de corrección, el derecho formula a la vez una pretensión de

¹²⁷⁵ *Ibidem.*, p.24.

¹²⁷⁶ *Ibidem.*,p. 33.

¹²⁷⁷ *Ibidem.*,p. 33 y s.

¹²⁷⁸ *Ibidem.*, p. 35.

¹²⁷⁹ *Loc.Cit.*

fundamentabilidad”¹²⁸⁰. Es decir, no sólo existe un deber general y básico de fundamentar, sino también tratar de darle cumplimiento. Estos elementos integran la *garantía* de fundamentabilidad, con la *expectativa* de que los destinatarios de la pretensión reconozcan el acto como correcto. De tal manera, la pretensión de corrección tiene tres elementos: la afirmación de la corrección, la garantía de fundamentabilidad y la expectativa de la corrección.¹²⁸¹

Para Robert Alexy, determinar los elementos anteriores no es suficiente para explicar el contenido de la pretensión de corrección¹²⁸². Esto es así por la propia necesidad de que los criterios de corrección sean abiertos. En efecto, éstos difieren en los distintos sistemas jurídicos; pero también son distintos en las leyes, las sentencias judiciales y los actos administrativos. Por ello, es complicado emitir una definición de pretensión de corrección que satisfaga las características de apertura aquí señaladas. Bástenos en este momento con lo hasta aquí expresado para continuar con el desarrollo de este tópico.

2.4.2 Necesaria vinculación entre derecho y corrección

Este apartado es importante, ya que si no existiera una vinculación necesaria entre derecho y corrección tampoco podría establecerse una relación de la misma naturaleza entre derecho y moral. La pretensión de corrección no sólo existe en el derecho, también la encontramos presente en los juicios morales de valor y obligación. Como señala Alexy:

La renuncia a la pretensión de corrección cambiaría esencialmente nuestro lenguaje y, con ello, nuestra autocomprensión y nuestra vida: en vez de juicios y aserciones sólo habría sentimientos y opiniones, las fundamentaciones se transformarían en

¹²⁸⁰ *Loc.Cit.*

¹²⁸¹ *Ibidem.*, p. 36.

¹²⁸² *Loc.Cit.*

persuaciones, y el lugar de la corrección y la verdad lo ocuparían manipulaciones arraigadas.¹²⁸³

La pretensión de corrección es necesaria, en consecuencia, para definir y diferenciar, en la práctica, lo correcto de lo incorrecto, lo verdadero de lo falso. Se trata de una de las principales formas de guiar el trabajo y la labor jurídica por derroteros de certeza.

2.4.3 Relación entre corrección jurídica y moral

Según Alexy, un positivista podría estar de acuerdo con todos los argumentos anteriores, sin embargo, podría alegar que no demuestran la relación necesaria entre derecho y moral puesto que la pretensión de corrección formulada en el derecho *tiene un contenido puramente jurídico*¹²⁸⁴.

Para dar una respuesta a este cuestionamiento, Alexy recurre a la característica de textura abierta que todo derecho tiene conforme a lo señalado por Hart¹²⁸⁵. Esta cualidad se presenta, entre otras razones, por la vaguedad del lenguaje jurídico, la posibilidad de contradicciones normativas, el silencio de las normas jurídicas y la insuficiencia de la ley para resolver ciertos problemas. Nos enfrentamos, a los llamados por la doctrina como *casos dudosos*¹²⁸⁶, en los que el propio juez está autorizado para crear derecho, según parámetros más allá de la norma.¹²⁸⁷

En estos casos de apertura, las decisiones jurídicas no sólo toman en consideración argumentos o elementos del derecho, sino aspectos de

¹²⁸³ *Ibidem.*, p.44.

¹²⁸⁴ *Ibidem.*, p.45. Las cursivas, nuevamente, son mías.

¹²⁸⁵ *Loc.Cit.* Sobre el particular, véase H.L.A Hart, *El Concepto de Derecho*, Trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abelardo- Perrot, 1963, p.159 en donde señala: "Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una *textura abierta*".

¹²⁸⁶ Como ejemplo de este tipo de casos puede verse Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, pp. 23 y ss.

¹²⁸⁷ Este supuesto es señalado por el propio Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, 8° Ed., México, Editorial Porrúa, 1995, p.353.

“conveniencia, costumbre y moral”¹²⁸⁸. De esta manera, si en estos casos la pretensión de corrección ha de ser satisfecha, debe considerarse como prioritaria por su papel relevante, señala Alexy, en la correcta distribución y compensación, ya que las “cuestiones de la correcta distribución y de la correcta compensación son cuestiones de justicia. Y las cuestiones de justicia son cuestiones morales”¹²⁸⁹. De esta forma, se establece una relación *necesaria* entre derecho y moral. Una vez más, Alexy: “La pretensión de corrección jurídica no es en modo alguno idéntica a la pretensión de corrección moral, pero incluye una pretensión de corrección moral”¹²⁹⁰. Una virtual dificultad de este argumento de Robert Alexy es el hecho de que sólo en *casos dudosos*, en apariencia, se presentaría esta relación entre derecho y moral. De este modo, quedaría por resolver si la misma relación se presenta en cuestiones que no sean de textura abierta; o acaso, la interpretación literal de una norma y su respectiva aplicación, ¿no podrían tener relación con la moral?

Antes de aventurar una respuesta propia, veamos la manera en que Alexy argumenta contra las que denomina objeciones de autonomía y la de imposibilidad. En el caso de la autonomía, señala que la plenitud y la coherencia del sistema jurídico son criterios esenciales de racionalidad y, por ende, de corrección¹²⁹¹. De tal forma, que “en los casos dudosos, la coherencia es un criterio suficiente y el único criterio”¹²⁹². Este argumento, señala Alexy, ha fascinado siempre a los juristas, sin embargo es irrealizable¹²⁹³, por la misma textura abierta del derecho positivo a la que ya hemos hecho referencia. Sobre la segunda objeción, se “sostiene que una relación conceptualmente necesaria entre derecho y moral sería conceptualmente imposible”¹²⁹⁴. Alexy soluciona este problema indicando que los principios y

¹²⁸⁸ Robert Alexy, *La institucionalización de la justicia*, p. 46.

¹²⁸⁹ *Loc.Cit.*

¹²⁹⁰ *Ibidem.*, p. 47.

¹²⁹¹ *Loc.Cit.*

¹²⁹² *Loc.Cit.*

¹²⁹³ *Ibidem.*, p. 48.

¹²⁹⁴ *Loc.Cit.*

argumentos morales que han de considerarse dentro del ámbito jurídico sólo deben ser tomados en cuenta desde el punto de vista de su corrección material. Afirma Alexy: “La corrección, y nada más que la corrección, los remite al derecho”¹²⁹⁵. Este argumento sí abarca a la totalidad del derecho positivo. Todo el derecho legislado tiene como uno de sus objetivos el cumplir con esa corrección material, una vez más Alexy: “la pretensión de corrección *hace saltar por los aires* el concepto positivista del derecho y lo *abre* a la moral”¹²⁹⁶.

Pero existe una objeción más en la *necesaria* vinculación entre derecho y moral. Alexy la denomina como la objeción realidad e ideal y puede resumirse de manera simplificada de la siguiente manera: “Que el derecho pretende ser justo no significa todavía que, de hecho, también lo sea”¹²⁹⁷. En otras palabras, una cosa es lo que el derecho pretende y otra lo que realmente lleva a cabo. El principal argumento de Alexy es que una sentencia injusta no puede ser calificada, de ninguna manera, como perfecta o magistral¹²⁹⁸. El mismo derecho, y no necesariamente a través de la moral, criticaría una decisión jurídica viciada por la injusticia. De esta manera, como señala Alexy, a “pesar de todas las contingencias de los ordenamientos jurídicos particulares, se llega a la vinculación del derecho con la idea de una moral correcta”¹²⁹⁹. Precisamente por esa razón existe conceptualmente una vinculación necesaria entre derecho y moral.¹³⁰⁰

2.5 Sobre la justicia como corrección

Utilizando la fórmula clásica según la cual la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, Alexy propone, para los efectos de este apartado, la siguiente definición genérica: “Justicia es corrección en relación con la

¹²⁹⁵ *Ibidem.*, p. 49.

¹²⁹⁶ *Ibidem.*, p. 50.

¹²⁹⁷ *Loc.Cit.*

¹²⁹⁸ *Ibidem.*, p. 53.

¹²⁹⁹ *Loc.Cit.*

¹³⁰⁰ *Loc.Cit.*

distribución y la compensación”¹³⁰¹. Según el maestro de Kiel, este concepto nos pone de manifiesto que “el concepto de justicia pertenece a una familia de conceptos que se ocupan de los criterios supremos de valoración para determinados ámbitos”¹³⁰². Uno de esos conceptos, estrechamente unidos al que nos ocupa es, precisamente, el de verdad.

Lo justo, en consecuencia, se encuentra estrechamente ligado con lo correcto y la justicia como corrección nos conduce por los causes de la fundamentabilidad¹³⁰³, y ésta, a su vez, por el camino de la racionalidad del discurso jurídico; por ende, de la argumentación jurídica. La justicia como corrección complementa la teoría de la argumentación de Robert Alexy. De tal manera es posible hacer referencia a una teoría discursiva de la justicia que puede ser expresada de la siguiente forma: “Son correctas y, por tanto, justas las normas para la distribución y la compensación a las que todos darían su aprobación en un discurso ideal”¹³⁰⁴.

El discurso de la justicia se institucionaliza por medio de la Constitución, en la que subsiste una regla fundamental de inserción: “cualquiera puede introducir sus concepciones de justicia en el discurso”¹³⁰⁵. Esta regla es garante de las sociedades democráticas de nuestro tiempo.

2.6 Sobre algunas insuficiencias y límites en el discurso jurídico alexyano

En nuestro idioma, de manera reciente, destaca la crítica de Pedro Serna a las insuficiencias y limitaciones del discurso jurídico de Alexy¹³⁰⁶, las cuales ya han sido destacadas a lo largo de la presente

¹³⁰¹ *Ibidem. Pasimm.*, pp. 55, 56 y 57.

¹³⁰² *Ibidem.*, p. 57.

¹³⁰³ *Ibidem.*, p. 58.

¹³⁰⁴ *Ibidem.*, p. 62. Explica Alexy: “Un discurso ideal en todos los aspectos es un discurso en el que se busca respuesta a una cuestión práctica en condiciones de tiempo ilimitado, participación ilimitada y ausencia total de coacción en aras de producir completa claridad lingüístico- conceptual, completa información, capacidad y disposición completas para el cambio de roles y ausencia total de prejuicios”.

¹³⁰⁵ *Ibidem.*, p. 64.

¹³⁰⁶ Pedro Serna, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Editorial Porrúa, 2006, pp. 85 y ss.

investigación, pero considero que vale la pena recapitular brevemente algunas de ellas como una última reflexión.

2.6.1 Dilema entre seguridad y racionalidad

La teoría de Robert Alexy no garantiza, señala Serna, una única respuesta correcta¹³⁰⁷. Esto es verdad, pero no puede ser de otro modo, el carácter problemático del derecho nos da pauta para que esto sea así. De esta manera, para Alexy la seguridad jurídica y la racionalidad no pueden entenderse como sinónimos. La segunda no es garantía de la primera. No obstante, Alexy deja en claro que la mejor manera de acceder a la corrección del discurso es por medio de las reglas discursivas de naturaleza jurídica, por él planteadas¹³⁰⁸.

Cabe señalar que, adicionalmente, para dar una respuesta única se necesitarían condiciones que en la realidad no pueden presentarse. Ni la teoría de Alexy, ni ninguna otra, podrían garantizar, como uno de sus resultados, la única respuesta correcta. Por esa razón, Alexy reitera que lo importante es buscar la corrección del discurso y destaca que éste es de naturaleza procedimental¹³⁰⁹. En consecuencia, es el propio Alexy el que reconoce estas carencias en su esfuerzo teórico.

2.6.2 Teoría procedimental sin contenido sustantivo

Pedro Serna comenta la crítica que se hace a la teoría alexyana respecto a la imposibilidad de derivar contenidos sustantivos cuando se cuenta únicamente con elementos de orden procedimental¹³¹⁰. Precisamente toda esta parte de la investigación se refiere a esta carencia. Como señala Serna, falta un elemento que cumpla la función de la prudencia¹³¹¹, en la ética y en la teoría del conocimiento de inspiración clásica, indispensables para individualizar una decisión. Estos elementos son los que he denominado aquí como de naturaleza

¹³⁰⁷ *Ibidem.*, p. 86.

¹³⁰⁸ Alexy, *Teoría de la Argumentación*, p. 294.

¹³⁰⁹ *Ibidem.*, p.302.

¹³¹⁰ Pedro Serna, *Op.Cit.*, p. 89.

¹³¹¹ *Ibidem.*, p. 90.

problemática y complementarios de la parte sistemática o procedimental.

2.6.3 Reglas convencionales

Otra crítica a Robert Alexy es el hecho de que sus reglas de racionalidad jurídica tienen un carácter meramente convencional y que no aporta justificación alguna para las mismas¹³¹². Pedro Serna sugiere que “bastantes de las reglas que componen la teoría podrían ser objeto de justificación si se abandona el plano discursivo para situarse en una perspectiva sustantiva”¹³¹³. No sólo me quedaría con esta última reflexión, sino que además señalaría que las reglas que nos da Robert Alexy son normas mínimas y, como tales, sólo un punto de partida en toda argumentación. En cada caso, el cumplimiento de las reglas puede garantizar la pretensión de corrección, vía procedimiento, pero esto no significa que las reglas sean inmodificables. Con esto no quiero decir que no se respeten, sólo señalo que las mismas pueden complementarse con otros elementos de razonamiento jurídico, *topoi*, en atención a la naturaleza del caso y al sistema jurídico en que se aplican. Por ejemplo, en un sistema normativo como el del *common law*, ¿no podrían generarse reglas adicionales en la utilización de precedentes? Por supuesto que sí.

Evidentemente coincido con Serna en las fallas de la teoría alexyana. De otra manera no hubiera desarrollado la presente investigación. No obstante, considero que la teoría de la argumentación sólo es un punto de partida en la reflexión jurídica contemporánea. Aún hay mucho por discutir, pero el derecho y su argumentación es, y tiene que ser, un tópico fundamental en la formación de los Estados de Derecho de nuestra época.

¹³¹² *Loc.Cit.*

¹³¹³ *Ibidem.*, p. 91.

CONCLUSIONES

1. La argumentación jurídica desde el punto de vista metodológico no puede constreñirse a concepciones jurídico-filosóficas con pretensiones absolutas. El derecho, en su complejidad, al presentarse en una realidad determinada realiza una simbiosis entre los aspectos problemáticos y los sistemáticos. La dogmática y la cetética jurídica no son antagónicas, sino más bien complementarias.

2. En el desarrollo teórico de Robert Alexy dos vías corren de manera paralela: el discurso de la moral y el discurso jurídico. En la primera de ellas, se allegará de la ética analítica y particularmente de Jürgen Habermas, de donde rescatará el hecho de que el lenguaje moral no puede ser meramente descriptivo, que el discurso moral es una actividad guiada por reglas, la importancia de diferenciar formas diversas de argumentos, la determinación de que las proposiciones normativas son universales y, finalmente, la cualidad de racionalidad de los argumentos morales. En la vía del discurso jurídico, el propio Alexy reconoce la influencia de las teorías de la tópica jurídica y la nueva retórica mismas que enriquecerán con sus propuestas la búsqueda de una argumentación propia del derecho. No obstante, considero que algunos otros aspectos de estas mismas teorías no fueron considerados por Alexy, razón por la cual se rescatan, en esta obra, algunas de sus propuestas.

3. Como un resultado del seguimiento de estas dos vías, Alexy reconocerá que la jurisprudencia no puede prescindir de la utilización de valoraciones, basándose en la no existencia real de circunstancias jurídicas que puedan ser consideradas como completamente claras. Cualquier argumento jurídico puede tener un argumento en contra. Estas valoraciones siempre serán *relevantes moralmente* cuando se admita que una decisión jurídica afecta los intereses de cuando menos una persona y que la justificación de la limitación de intereses de un

particular puede plantearse como una cuestión moral. Para que esas valoraciones no resulten vagas o discutibles Alexy plantea el establecimiento de reglas racionales con el fin de establecer limitaciones en el discurso jurídico.

4. Los márgenes de actuación del discurso jurídico pueden ser la sujeción a la ley, los precedentes judiciales, la dogmática jurídica y las reglas procedimentales. Estas limitaciones no sólo son aceptables sino también razonables y necesarias. Alexy, precisamente, pretende discutir y proponer algunas reglas para determinarlas.

5. En la búsqueda de directrices para el discurso jurídico, Alexy analizará diversas teorías sobre el discurso práctico de las cuales rescatará cinco principios de racionalidad práctica, indispensables para la argumentación: consistencia, eficiencia, coherencia, universalidad y sinceridad. Las reglas discursivas no pueden ni deben perderse del cumplimiento cabal de estos principios.

6. De esta forma, los límites del discurso práctico general son determinados por sus propias reglas, a partir de las cuales se determinan los sujetos del discurso, forma y estructura de los argumentos. Al no cumplirse con las reglas nos encontraríamos, según Alexy, ante la *imposibilidad discursiva* o bien de una *necesidad discursiva*. En cambio, el cumplimiento de reglas nos genera una *posibilidad discursiva* que puede ser objeto del discurso práctico. En palabras de Alexy: “Los límites del discurso práctico general fundamentan la necesidad de reglas jurídicas. Con ello se produce el paso al discurso jurídico”¹³¹⁴.

7. A pesar de lo anteriormente expuesto queda la duda de si basta con el cumplimiento de reglas para darle racionalidad al discurso

¹³¹⁴ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica...*, p. 202.

jurídico. ¿No estará planteándose, más bien, una apariencia de racionalidad? ¿Dónde quedan las relaciones jurídicas complejas? ¿Y la búsqueda de soluciones equitativas se encuentra comprendida en estas reglas? Para dar respuesta a ésta y a otras preguntas tenemos que volver la vista a los aspectos problemáticos del derecho o, como lo he llamado, la herencia no continuada de Alexy.

8. La racionalidad jurídica también tiene mucho que ver con un adecuado planteamiento aporético. El derecho es útil, socialmente hablando, en la medida en la que resuelve problemas jurídicos cotidianos, genera orden y, por qué no, busca lo justo concreto.

9. Con el fin de abordar metodológicamente esta realidad compleja del derecho es necesario diferenciar su parte problemática y sistemática de la jurisprudencia. Ambas partes son las dos caras de una misma moneda. La primera de ellas es abordada por la cetética jurídica; la segunda, por la dogmática del derecho. Entre ellas pueden evitarse contradicciones a través de su respectiva integración y corrección. Este recurso metodológico vuelve baladí la supuesta contradicción entre derecho positivo y derecho natural. Digo supuesta, pues ésta realmente no existe.

10. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy se inclina más hacia los aspectos sistemáticos que hacia los problemáticos. El propio autor de la *Teoría de los derechos fundamentales* reconoce que la primera vinculación del argumento jurídico es con el derecho vigente¹³¹⁵. Esta característica deviene fundamental, precisamente, a la hora de la determinación de límites para su teoría de la argumentación jurídica.

¹³¹⁵ *Ibidem.*, p.206.

11. Robert Alexy señala cómo en la argumentación jurídica se busca la justificación de las decisiones jurídicas desde dos ópticas distintas: la interna y la externa. En la primera de ellas se estudia si la decisión se sigue de manera lógica de las premisas que se aducen como fundamentación; la segunda tiene como objeto la corrección de estas premisas.

La justificación interna ha sido discutida ampliamente bajo el rótulo de silogismo jurídico. En ella, en su forma simple, se satisfacen reglas universales requeridas por el principio de universalidad. En cambio, la justificación externa tiene por objeto fundamentar las premisas utilizadas en la justificación interna por medio de reglas de derecho positivo, enunciados empíricos y aquellas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo. De estas últimas destacan los siguientes grupos y formas de justificación externa: de interpretación, de argumentación dogmática, del uso de precedentes, de argumentación práctica general y argumentación empírica y las formas especiales de argumentos jurídicos. Cada una de estas formas tiene sus reglas específicas.

12. La argumentación empírica utilizada en el derecho frecuentemente no puede obtenerse con la certeza deseable. Por esa razón, señala Alexy, en este tipo de argumentos se necesitan reglas de presunción racional. No obstante, hay que reconocer que en diversas disputas jurídicas los hechos juegan un papel decisivo.

13. Las reglas de la interpretación jurídica son difíciles de precisar puesto que la doctrina aún no se pone de acuerdo en su número, formulación precisa, jerarquía y valor. A pesar de lo anterior, Robert Alexy, propone tomar en consideración, de forma previa, la interpretación literal de la norma y la búsqueda de la voluntad del legislador histórico.

En reglas interpretativas, la noción de saturación de las mismas es importante en la perspectiva alexyana. Para Alexy se cumple con el requisito de saturación cuando “un argumento de una determinada forma sólo es completo si contiene todas las premisas pertenecientes a esa forma”¹³¹⁶. Precisamente, la exigencia de saturación es una manera de asegurar la racionalidad de las fundamentaciones dentro de esta teoría.

En materia de interpretación jurídica, la única forma en que el derecho puede exigir que sus argumentos prevalezcan es asegurando su vinculación con el derecho vigente.

Finalmente, como lo señala el propio Alexy, ninguna regla de interpretación puede garantizar una única respuesta correcta a un problema jurídico planteado. A lo sumo, buscará cumplir con una pretensión de corrección.

14. La argumentación dogmática al menos desarrolla las siguientes actividades: descripción del derecho vigente, un análisis sistemático y conceptual y la elaboración de propuestas para la solución de problemas jurídicos diversos. Esta conceptualización de Robert Alexy puede resultar poco clara ya que confunde la dogmática con la cetética jurídica. Esto último es importante porque en el pensamiento dogmático prevalece como criterio orientador la noción de sistema, no la de problema. La ciencia del derecho, vista desde la óptica alexyana, se constriñe a la explicación del derecho vigente.

La dogmática jurídica es uno de los conceptos básicos en la teoría de la argumentación de Robert Alexy. Por esa razón, estudia su definición, enunciados, fundamentación y comprobación, así como sus funciones. En su teoría esta trascendencia de la dogmática se comprueba con el hecho de que produce resultados que no sería posible conseguir exclusivamente con la argumentación práctica general. Si bien el uso de la dogmática jurídica no es obligatorio, en los contextos

¹³¹⁶*Ibidem.*, p. 236.

reales de la argumentación y la discusión jurídicas su utilización es indispensable.

15. Por su importancia fáctica en la argumentación jurídica, los precedentes judiciales deben tomarse en cuenta. La carga argumentativa la tendrá siempre el que desee apartarse del cumplimiento de un precedente. Por la naturaleza aporética de los precedentes, es muy importante la utilización de argumentos prácticos de índole general, junto a todos aquellos que sea posible considerar en el discurso jurídico. Esto al momento de manifestar nuestra adhesión o impugnación de un determinado precedente.

16. La argumentación jurídica también hace usos de los argumentos jurídicos especiales, mismos que son empleados “especialmente en la metodología jurídica, como la analogía, el *argumentum e contrario*, el *argumentum a fortiori* y el *argumentum ad absurdum*”¹³¹⁷. Como las distintas formas de argumentos especiales pueden ser reducidas a reglas, Alexy considera que su uso puede considerarse racional.

17. El discurso jurídico, en Alexy, necesita la base de la naturaleza del discurso práctico general porque este último, por sí sólo, no garantiza seguridad en sus decisiones, condición indispensable en materia jurídica. Por su parte, el derecho necesita del discurso práctico por la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de conflictos normativos, los casos con implicaciones jurídicas no reguladas por ninguna norma vigente y la posibilidad de decidir, en determinadas situaciones, en contra de una norma vigente. Discurso jurídico y discurso práctico general son formas complementarias, no antagónicas.

¹³¹⁷ *Ibidem.*, p. 266.

18. Un punto de contacto fundamental entre el discurso jurídico y el discurso práctico general es la pretensión de corrección. En materia jurídica esta cualidad significa que los enunciados normativos sólo pueden ser fundamentados racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente.

La pretensión de corrección provee una base sólida para el argumento de que algunas consideraciones morales están necesariamente incluidas en el derecho. Sin embargo, Alexy reconoce que la estructura autoritativa e institucionalizada del derecho choca con la incertidumbre general del razonamiento moral.

Otro punto de coincidencia entre el discurso jurídico y el discurso práctico general es la estructura de sus reglas discursivas.

19. Robert Alexy considera que sólo un orden racional y justo nos puede proporcionar una teoría de la argumentación jurídica con las mismas características. La teoría del discurso jurídico racional no debe quedar únicamente como la definición de un ideal.

20. Son múltiples las críticas efectuadas a la teoría de la argumentación de Robert Alexy. De ellas la objeción fundamental que se le continúa haciendo es si su alcance puede llegar a resolver asuntos pragmáticos, ya que en la realidad no existen casos de respuesta única. Además, se ha señalado que una teoría de la argumentación jurídica que diera cuenta de las diversas formas de razonamiento jurídico tendría que partir, probablemente, de un modelo más complejo que el considerado por Alexy. En este contexto, resulta cuestionable su noción de racionalidad práctica, ya que, como hemos visto, basta que cumpla con un conjunto de reglas para que ésta se actualice. La racionalidad práctica alexyana no garantiza corrección en las decisiones. Así mismo, la naturaleza de formalidad de su teoría discursiva no es útil para la solución de casos difíciles y da la impresión de sólo ser útil para la justificación de un sistema de derecho positivo. Una vez más nos

enfrentamos a la falta de profundidad en cuestiones de contenido dentro del derecho. Una decisión puede ser racionalmente establecida pero carente de contenidos mínimos de equidad.

21. Al constreñirse la teoría argumentativa de Robert Alexy al establecimiento de argumentos que se limitan al sistema normativo vigente y a las reglas que el mismo produce; se deja fuera el aspecto problemático del derecho, útil para la solución de conflictos paradigmáticos.

22. Las funciones problemáticas y sistemáticas del razonamiento jurídico son complementarias e integradoras de una complejidad propia del derecho.

Esta relación puede apreciarse en la “precomprensión” de cualquier problema jurídico, al momento de establecer directrices para la argumentación dentro del derecho. Otros momentos de enlace serían cuando se critica un sistema normativo por sus defectos o insuficiencias, la valoración de las decisiones jurídicas y la renovación de los procedimientos dentro del mismo sistema. De manera indudable, ninguno de estos aspectos es considerado en la teoría de Alexy. Quizá el caso más importante en que se relaciona el pensamiento problemático con el sistemático es la aplicación de los principios generales jurídicos.

23. El pensamiento jurídico occidental se encuentra inmerso en una discusión sustancialista y no meramente formal del derecho. De esta forma, los principios generales del derecho han sido óptimos por tratarse de una expresión material y concreta de justicia. Estos principios son tan útiles e imperecederos que en la actualidad han desempeñado un papel fundamental en la defensa de los derechos humanos, en la argumentación jurídica o en la explicación contemporánea de los derechos naturales. En el derecho actual no hay

mejor ejemplo de conciliación entre pensamiento problemático y sistemático que el de los principios jurídicos.

24. En Robert Alexy, los principios son la base de la fundamentación de las reglas y “una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales”¹³¹⁸. En otros términos, los principios son, en la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, la base para entender su estructura y sentido.

Para el maestro de la Universidad de Kiel los principios son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”¹³¹⁹; es decir, son mandatos de optimización. Lo que sí queda clara es su naturaleza casuística al actualizarse la colisión entre ellos. Efectivamente, en caso de conflicto un principio puede prevalecer sobre otro en atención a ciertas *condiciones*, establecidas circunstancialmente para cada caso.

Los principios no resuelven de manera definitiva una cuestión. Se trata sólo de criterios orientadores. Por eso se consideran como *razones prima facie*.

25. Resulta paradójico que la teoría de principios de Robert Alexy se sostenga por un concepto fuerte de regla. Sólo las reglas poseen *razones definitivas* para la solución de casos concretos. Tras esta estructura subyace como idea fundamental la noción de *seguridad jurídica* como garante de la consistencia del sistema normativo. Los principios jurídicos, en Alexy, no pierden su naturaleza de subordinación al derecho vigente.

26. Otra forma de enlace entre pensamiento problemático y sistemático sería el concepto de ponderación que ha sido criticado por

¹³¹⁸ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 81.

¹³¹⁹ *Ibidem.*, p. 87.

considerarse como un método sin control racional y sujeto al arbitrio de quien lo realiza. Para evitar esta dificultad, Alexy sugiere establecer mecanismos racionales para esta actividad intelectual, de tal forma que: “una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundamentado racionalmente”¹³²⁰. No hay que perder de vista que esta fundamentación implica una deliberación que tiene por objeto la indagación, operabilidad y análisis práctico de las circunstancias de cada hecho para la búsqueda de la solución más adecuada.

Para la aplicación de esta fundamentación, Alexy establece una *Ley de ponderación*, con la cual “la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro”¹³²¹. Para Alexy, esta ley no es una fórmula vacía, puesto que define lo que debe ser fundamentado racionalmente. Aquí es donde tiene entrada la teoría de la argumentación jurídica. No obstante, resulta evidente que la ponderación es analizada de manera insuficiente por Alexy, pese a su trascendencia en los contextos argumentativos. La ponderación es fundamental en la selección de argumentos.

27. La teoría de Alexy se halla confrontada ante dos polos de tensión. En uno de ellos, la teoría de la argumentación se fundamenta en los límites establecidos por los postulados positivistas; en el otro polo, se hallan la pretensión de corrección, los principios y la ponderación que, incorporados de manera dificultosa y poco clara, pretenden corregir las insuficiencias del positivismo jurídico. Con el fin de allanar el camino e integrar otros elementos analíticos, vale la pena volver la vista a formas de razonamiento jurídico clásicas.

28. Los presupuestos reales para una teoría de la argumentación son necesarios por el sentido problemático del derecho y

¹³²⁰ *Ibidem.*, pp. 158 y s.

¹³²¹ *Ibidem.*, p. 161.

la necesidad de buscar lo justo concreto. En las relaciones entre la parte problemática y sistemática del derecho se pueden apreciar, al menos, tres funciones o usos diversos, a saber: el aspecto problemático del derecho como una metodología distinta de la cuestión sistemática, es decir, con autonomía; ambos aspectos actuando de una manera integral, y, el aspecto problemático como rectificador del sistemático. Estas relaciones pueden presentarse en la realidad unas u otras o, en su caso, una combinación de todas ellas. En ese sentido, la diferenciación anterior es meramente metodológica.

29. La teoría de la argumentación no puede eludir el problema de la búsqueda de soluciones equitativas. La forma de acercarnos a lo justo concreto es por medio del conocimiento jurídico prudencial. La prudencia jurídica se encarga de deliberar, elegir y mandar cierta conducta jurídica absolutamente circunstanciada y concreta.

30. En la argumentación jurídica siempre se encontrará presente la *aporía fundamental*, es decir, qué es lo justo aquí y ahora. En esta circunstancia radica uno de los problemas ineludibles e insolubles del pensamiento y actuar jurídico. Una teoría meramente procedimental, como la de Alexy, no ayuda a resolver este cuestionamiento.

APÉNDICE

ROBERT ALEXY

CURRICULUM VITAE¹³²²

Nacido en Oldenburg, Alemania, el 9 de septiembre de 1945.

1952-1956: Visita la escuela pública en Brake, Unterweser.

1956-1965: Visita el gimnasio (Bachillerato académico) en *Scheebel*, Hannover y Sulingen, Hannover.

1965: Terminación de estudios secundarios en Sulingen, Hannover.

1965-1968: Servicio militar en el ejército; desde el 01.04.1967, como teniente.

1968: Inicia estudios de derecho y filosofía en la “Georg-August – Universität Göttingen”.

1970: Becario de la Fundación del Pueblo Alemán (Studienstiftung des deutschen Volkes).

1973: Primer examen jurídico ante la Oficina de Evaluación de la Administración de Justicia del Estado, en el Ministerio de Justicia de Niedersachsen.

1973-1976: Realización de tesis de doctorado sobre el tema “Teoría de la argumentación jurídica”.

1973-1977: Ayudante de investigación en la facultad de derecho de la Georg-August-Universität.

1976: Rigorosum (evaluación de doctorado); Nota: *summa cum laude*.

1976-1978: Práctica jurídica de preparación profesional.

1978: Segundo examen jurídico del Estado, ante la Oficina de Evaluación de la Administración de Justicia del Estado en el Ministerio de Justicia de Niedersachsen.

¹³²² La información de este apéndice fue sustraída del libro de Robert Alexy, *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004, México, Distribuciones Fontamara, 2005, pp. 107-125.

1977-1984: Paralelamente a la práctica jurídica ejerce como asistente de investigación en la cátedra de Teoría General del Derecho (Profesor Dr. Ralf Dreier); del 01.10.1978 al 30.09.1984 asistente de investigación ante la mencionada cátedra.

1982: Premio Categoría Histórico-Filológica de la Academia de Ciencias de Gotinga al trabajo <<*Teoría de la argumentación jurídica*>>.

1984: Habilitación como profesor ante la facultad de derecho de la “Georg-August-Universität Göttingen” de las cátedras Derecho Público y Filosofía del derecho: Teoría de los derechos fundamentales; Tema de su conferencia de habilitación: El mandato de cuidado en el derecho urbano de la protección vecinal.

1984-1985: Reemplazo docente en la cátedra de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Canónico en la facultad de derecho de la “Universität Regensburg”.

1985-1985: Docente en Derecho Público y Filosofía del Derecho en la facultad de derecho de la “Christian-Albrechts-Universität zu Kiel”.

1985-1986: Reemplazo docente de la mencionada cátedra en la facultad de derecho de la “Christian-Albrechts-Universität zu Kiel”.

1985: Llamado a ocupar la cátedra de Derecho Público y Filosofía del Derecho en la “Universität Regensburg”.

1986: Llamado a ocupar la cátedra de Derecho Público y Filosofía del Derecho en la “Christian-Albrechts-Universität zu Kiel”.

1986: Nombramiento como profesor (C 4) en la “Christian-Albrechts-Universität zu Kiel”.

1988: Elección como segundo representante de la Sección Alemana de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social.

1990: Llamado a ocupar la cátedra de Filosofía del Derecho, teoría jurídica y sociología jurídica en la “Karl-Franzens-Universität zu Graz” —como sucesor del profesor Ota Weinberger (declinado el 01.03.1991).

1991: Nombramiento como miembro ordinario de la Asociación para las Ciencias “Joachim-Jungius” en Hamburgo.

1994-1998: Primer representante de la Sección Alemana de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social.

1997: Llamado a ocupar la cátedra Teoría General del derecho en la “Georg-August-Universität Göttingen” —como sucesor del profesor Ralf Dreier (declinado en 1998).

Desde 1986: Catedrático de Derecho Público y Filosofía del Derecho en la “Christian-Albrechts-Universität zu Kiel”.

Desde 2002: Miembro ordinario de la Academia de Ciencias de Gotinga (categoría histórico-filológica).

PUBLICACIONES

a) LIBROS

1) *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989 (orig. *Theorie. der juristischen Argumentation*, Frankfurt/M., 1978; Frankfurt/M., 1983; Frankfurt/M., 2001).

2) *Teoría de los derechos; fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993; reimp. 2001 (orig. *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985; Frankfurt/M., 1986; Frankfurt/M., 1996).

3) *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994; reimp. 1997 (orig. *Begriff und Geltung des Rechts*, Friburgo/Munich, 1992; Friburgo/Munich, 1994; Friburgo/Munich, 2002).

4) *Pohioigused Eesti pohiseaduses* (Los derechos fundamentales de la Constitución de Estonia), trad. Madis Ernits y Pille Vinkel, Tartu 2001.

b) COMPILACIONES DE ESCRITOS

- 1) *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993; reimp. 1998.
- 2) *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie* (Derecho, razón, discurso. Estudios de filosofía del derecho), Frankfurt /M 1995.
- 3) *Teoría del discurso y derechos humanos*, con introducción y traducción de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- 4) Con Eugenio Bulygin, *La Pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, introducción y traducción de Paula Gaido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- 5) *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, introducción y traducción de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

c) LIBROS EDITADOS

- 1) Con W. Krawiet, *Metatheorie juristischer Argumentation* (Metateoría de la argumentación jurídica), Berlín 1983.
- 2) Con R. Dreier y U. Neumann, *Rechts-und Sozialphilosophie in Deutschland heute* (Filosofía del derecho y social en Alemania hoy), Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Beiheft 44, 1991.
- 3) Con R. Dreier, *Rechtssystem und praktische Vernunft* (Sistema jurídico y razón práctica) Verhandlungen des 15. Weltkongresses der Internationalen Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie (IVR) in Göttingen, agosto 1991, tomo 1, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Beiheft 51, 1993.

4) Con A. Aarnio y G. Bergholtz, *Justice, Morality and Society. Festschrift für Aleksander Peczenik* (Justicia, moralidad y sociedad. Libro en honor de Aleksander Peczenik), Lund 1997.

5) con J. Laux, *50 Jahre Grundgesetz. Tagung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität und des Vereins Kieler Doctores Iuris e.V.*, (50 años de la Ley Fundamental. Conferencia de la facultad de derecho de la Christian-Albrechts-Universität y del Vereins Kieler Doctores Iuris e.V), Baden-Baden, 2000.

6) Con L.H. Meyer, S.L. Paulson y G. Sprenger, *Neokantianismus und Rechtsphilosophie* (Neokantianismo y filosofía del derecho), Baden-Baden, 2002.

7) Con H.-J. Koch, L. Kuhlen y H. RüBmann, *Elemente einer juristischen Begründungslehre* (Elementos de una teoría de la fundamentación jurídica), Baden-Baden, 2003.

d) ARTÍCULOS

1) “*Eine Theorie des praktischen Diskurses*” (Una teoría del discurso práctico), en W. Oelmüller (ed.), *Normenbegründung-Normendurchsetzung, Materialien zur Normendiskussion*, tomo 2, Paderborn, 1978, pp. 22-58.

2) “*Zum Begriff des Rechtsprinzips*” (Sobre el concepto del principio jurídico) en *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, pp. 59-87; en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt/M, 1995, pp. 177-212.

3) “R.M. Hares Regeln des moralischen Argumentierens und L. Nelson Abwägungsgesetz” (Las reglas de la argumentación moral en R.M. Hares y la ley de la ponderación) en *Vernunft, Erkenntnis, Sittlichkeit. Internationales philosophisches Symposium aus Anlaß des 50. Todestages von Leonard Nelson*, ed. v.P. Schröder, Hamburgo, 1979, pp. 95-122.

4) “Aarnio, Perelman und Wittgenstein. Einige Bemerkungen zu Aulis Aarnios Begriff der Rationalität der juristischen Argumentation” (Aarnio Perelman y Wittgenstein. Algunas consideraciones en torno al concepto de racionalidad de la argumentación jurídica según Aulis Aarnio), en A. Peczenik/J. Uusitalo (ed.), *Reasoning on Legal Reasoning*, Vammala/Finlandia, 1979, pp. 121-137.

5) “Die logische Analyse juristischer Entscheidungen” (El análisis lógico de las decisiones jurídicas), en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Beiheft* NF 14, 1980, pp. 181-212; en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt/M., 1995, pp. 13-51; en R. *Rechtsphilosophie*, Frankfurt/M., 1995, pp. 13-51; en R. Alexy, H.-j. Koch, L. Kuhlen, H. RüBmann, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, 2003, pp. 9-35.

6) “Teleologische Auslegung und Gesetzesbindung” (Interpretación teleológica y vinculatoriedad de la ley), en *Loccumer Protokolle* 31, 1980, pp. 143-151.

7) “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, trad. Carlos de Santiago, en E. Garzón Valdés (ed.), *Derecho y Filosofía*, Barcelona,/Caracas 1985, pp. 43-57; en R. Alexy, *Derecho y Razón Práctica*, México, Fontamara, 1993, pp. 59-73 (orig. Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation).

8) Con A. Aarnio y A. Peczenik , “The Foundation of Legal Reasoning” (La fundamentación del razonamiento jurídico), en *Rechtstheorie* 12, 1981, pp. 133-158 (Parte I), pp. 257-279 (Parte II), pp. 423-448 (Parte III); en *The International Library of Essays in Law & Legal Theory*, Schools, tomo 5.1; en A. Aarnio y N. MacCormick (eds.), *Legal Reasoning*, Aldershot, HongKong, Singapur, Sidney, 1992, pp. 15-40, 233-281.

9) “Juristische Argumentation und praktische Vernunft” (Argumentación jurídica y razón práctica), en *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften*, Göttingen 1982, pp. 29-32.

10) “Das Gebot der Rücksichtnahme im baurechtlichen Nachbarschutz” (El deber de diligencia en el derecho urbano de protección de la vecindad), en *DÖV*, 1984, pp. 953-963.

11) “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien” (Reglas jurídicas y principios jurídicos), en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beiheft NF 25, 1985, pp. 13-29; en R. Alexy, H.-J. Koch, L. Kuhlen y H. RüBmann, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, 2003, pp. 217-233.

12) “Ermessensfehler” (Error en el ejercicio de la discrecionalidad), en *JZ* 1986, pp. 701-716; en R. Alexy, H.-J. Koch, L. Kuhlen y H. RüBmann, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, 2003, pp. 251-286.

13) “Teorija diskursa i pravni sistem” (Teoría del discurso y sistema jurídico), en *Filozofska istrazivanja*, 1987, pp. 185-194, trad. al croata por Maja Uzelac (orig. “Diskurs-theorie und Rechtssystem, en *Synthesis philosophica* 5 1988, pp. 299-310).

14) “Artikel: Argumentation, Argumentationstheorie” (Artículo: argumentación, teoría de la argumentación), en *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, 2/30, 1987, pp. 1-4. *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, 2/30, 1987, pp. 1-4.

15) “Sistema jurídico y razón práctica”, trad, Jorge M. Seña, en R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, 1994, pp. 159-177 (orig. *Rechtssystem und praktische Vernunft*, en *Rechtstheorie* 18, 1987, pp. 405-419; reimpr. En R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt/M., 1995, pp. 213-231.

16) “Legal Expert Systems and Legal Theory” (Sistemas legales expertos y teoría jurídica), en H. Fiedler, F. Haft y R. Traunmüller (ed.), *Expert Systems in Law-Impacts on Legal Theory and Computer Law*, Tübingen, 1988, pp. 67-74.

17) “Idée et structure d´ un système du droit rationnel” (Idea y estructura de un sistema jurídico racional), en *Archives de*

philosophie du droit 33, 1988, pp. 22-38, trad. al francés por Ingrid Dwars; Versión alemana (recortada): “Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems”, en R. Alexy, R. Dreier y U. Neumann (ed.), *Rechts-und Sozialphilosophie in Deutschland heute*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Beiheft 44 (1991), pp. 30-44.

18) “Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. Manuel Atienza, en *Doxa*, 5, 1988, pp. 139-151; en R. Alexy, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, pp. 9-22.

19) “Problemas de la teoría del discurso”, en *Congreso Internacional Extraordinario de Filosofía* 1987, tomo 1, Universidad de Córdoba, Argentina, pp. 59-70 (orig. Probleme der Diskurstheorie).

20) “Derechos individuales y bienes colectivos”, trad. Jorge M. Seña, en R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, 1994, pp. 179-208. (orig. Individuelle Rechte und kollektive Güter).

21) “Begriff und Möglichkeit der Wirtschaftsethik” (Concepto y posibilidad de una ética económica), en F.U. Pappi (ed.), *Wirtschaftsethik*, Christiana Albertina Sonderheft, Kiel 1989, pp. 9-20.

22) “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, trad. Pablo Larrañaga, en R. Alexy, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, pp. 37-58; en Rodolfo Vázquez (ed.), *Derecho y moral. Ensayos sobre en debate contemporáneo*, Barcelona, 1998, pp. 115-137 (orig. Zur Kritik des Rechtspositivismus).

23) “Juristische Begründung, System und Kohärenz” (Fundamentación jurídica, sistema y coherencia), en Behrends, M. DieBelhorst y R. Dreier (eds.), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, Göttingen 1990.

24) Con Ralf Dreier, “The Concept of Jurisprudence” (El concepto de la filosofía del derecho), *Ratio Juris* 3, 1990, pp. 1-13; en *Indian Socio-Legal Journal* 8, 1992, pp. 1-10.

25) Con Aleksander Peczenik, “The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality” (El concepto de la

coherencia y su significado para la racionalidad discursiva), en *Ratio Juris* 3, 1990, pp. 130-147.

26) “Die immanente Moral des Grundgesetzes” (La moral immanente de la Ley Fundamental), en F. Bydlinski y T. Mayer-Maly (eds.), *Rechtsethik und Rechtspraxis, Veröffentlichungen des Internationalen Forschungs-zentrums für Grundfragen der Wissenschaften Salzburg*, N.F. tomo 42, Innsbruck/Viena, 1990, pp. 97-117.

27) “Problems of Discursive Rationality in Law” (Problemas de racionalidad discursiva), en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Beiheft* 42, 1990, pp. 174-179.

28) “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen” (Derechos fundamentales como derechos subjetivos y como normas objetivas), en *Der Staat* 29 1990, pp. 49-68; en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt/M., 1995, pp. 262-287.

29) “Antwort auf einige Kritiker” (Respuesta a algunos críticos), en R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt/M., 1991, pp. 399-435.

30) Con Ralf Dreier, “Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany” (Interpretación legal en la República Federal de Alemania) en D.N. MacCormick y R.S. Summers (eds.), *Interpreting Statutes, A Comparative Study*, Aldershot, Brookfield, HongKong, Singapore, Sydney 1991, pp. 73-121.

31) “Fortwirkungen nationalsozialistischer Denkweisen in Rechtslehre und Rechtsprechung nach 1945?” (¿Desarrollos del pensamiento nacional socialista en la doctrina jurídica y la jurisprudencia después de 1945?), en F.J. Säker (ed.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, Baden-Baden, 1992, pp. 219-226.

32) “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”, trad. Pablo Larrañaga, en R. Alexy, *Derecho y razón práctica*, México,

Fontamara, 1993, pp. 23-35; en *Isonomía* 1, México, ITAM-Fontamara, 1994, pp. 37-49 (orig. Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse).

33) “Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs” (En defensa de un concepto no positivista del derecho), en W. Krawietz y G.H. v. Wright (eds.), *Öffentliche oder private moral?* Festschrift für Ernesto Garzón Valdés, Berlín 1992, pp. 85-108.

34) “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”, trad. Jorge M. Seña en R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, 1994, pp. 131-157 (orig. Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft).

35) “Normenbegründung und Normanwendung” (Fundamentación normativa y aplicación normativa), en A. Aarnio, S.L. Paulson, O. Weinberger, G.H. v. Wright y D. Wyduckel (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, Berlín, 1993, pp. 3-17; en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt/M., 1995, pp. 52-70.

36) “Walter Ulbrichts Rechtsbegriff” (El concepto del derecho de Walter Ulbricht), en J. Eckert (ed.), *Die Babelsberger Konferenz*, 2./3. abril 1958, Baden-Baden, 1993, pp. 191-202; en *Recht und Politik* 29, 1993, pp. 207-212.

37) “Interpretación jurídica y discurso racional”, trad. Luis Villar Borda, en R. Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp. 35-61. Versión alemana: “Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs”, en E.G. Valdés y R. Zimmerling (eds), *Facetten der Wahrheit. Festschrift für Meinolf Wewel*, Friburgo/München 1995, pp. 361-378; en R. Alexy, H.-J. Koch, L. Kuhlen y H. RüBmann, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, pp. 113-122 (orig. Legal Argumentation as Rational Discourse, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 70, 1993, pp. 165-178).

38) “Ota Weinbergers Kritik der diskurstheoretischen Deutung juristischer Rationalität” (La crítica de Ota Weinberger al

sentido teórico discursivo de la racionalidad jurídica), en P. Koller, W. Krawietz y P. Strasser (eds.), *Institution und Recht, Rechtstheorie*, Beiheft 14, 1994, pp. 143-157.

39) “A Definition of Law” (Una definición del derecho), en W. Krawietz, D. N. MacCormick y G.H. v. Wright (eds.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift für Robert S. Summers*, Berlín 1994, pp. 101-107.

40) “Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas’s Procedural Paradigm of the Law” (Derechos básicos y democracia en el paradigma procedimental del derecho en Jürgen Habermas), en *Ratio Juris* 7 (1994), pp. 227-238; versión alemana: “Grundrechte und Demokratie in Jürgen Habermas’s prozeduralem Rechtsparadigma, en Gerechtigkeit und Geschichte”, en *Beiträge eines Symposiums zum 65. Geburtstag von Malte Diebelhorst*, ed. v. O. Behrends/R. Dreier, Göttingen 1996, pp. 78-89.

41) “Uristische Interpretation” (Interpretación jurídica), en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt/M., 1995, pp. 71-92.

42) “Teoría del discurso y derechos humanos”, trad. Luis Villar Borda, en R. Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp. 63-138. (orig. Diskurstheorie und Menschen-rechte).

43) “Jürgen Habermas’s Theorie des juristischen Diskurses” (La teoría del discurso jurídico según Jürgen Habermas), en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt/M., 1995, pp. 165-174.

44) “Law, Discourse, and Time” (Derecho, discurso y tiempo), en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beiheft 64, 1995, pp. 101-110.

45) “Regeln und Formen des allgemeinen praktischen und des juristischen Diskurses” (Reglas y formas del discurso práctico general y del discurso jurídico), Trad. al Chino por Chueh-an Yen, en

National Chengchi Law Review 53 (1995), pp. 41-44; en *Theorie der juristischen Argumentation*, 4.ed., Frankfurt/M., 2001 (Nr. 1), pp. 361-367.

46) “Grundgesetz und Diskurstheorie” (Ley fundamental y teoría del discurso), en W. Brugger (ed.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, 1996, pp. 343-360.

47) “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, trad. A. Daniel Oliver-Lalana, en *Doxa* 23 (2000), pp. 197-230; en Rodolfo Luis Vigo (ed.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, Buenos Aires 2004, pp. 197-225 (orig. “Der *BeschluB* des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze” vom 24. Oktober 1996, Hamburg 1997).

48) “John Rawls” Theorie der Grundfreiheiten” (Teoría de las libertades fundamentales según John Rawls), en *Zur Idee des politischen Liberalismus. John Rawls in der Diskussion*, ed. v. der Philosophischen Gesellschaft Bad Homburg und W. Hirsch, Frankfurt/M., 1997, pp. 263-303.

49) “ La crítica de Bulygin al argumento de la corrección”, en R. Alexy y E. Bulygin, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, trad. Paula Gaido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 53-84 (orig. Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments, en *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift für Carlos E. Alchourrón und Eugenio Bulygin*, ed. v. E. Garzón Váldes/W. Krawietz/G.H. v. Wright/R. Zimmerling, Berlin 1997, pp. 235-250).

50) “La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino”, trad. M. Cecilia Añaños Meza en *Doxa* 26 (2003), pp. 173-201 (orig. Carlos Santiago Ninos Begründung der Menschenrechte, en *Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele*, ed. v.

B. Ziemske/Th. Langheid/H. Wilms/G. Haverkate, München 1997, pp. 187-217).

51) Con Ralf Dreier “Precedent in the Federal Republik of Germany” (El precedente en la República Federal de Alemania), en D.N. MacCormick y R.S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot/Brookfield, USA, Singapore, Sydney 1997, pp. 17-64.

52) “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, trad. Alfonso García Figueroa, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo*, Madrid 2003, pp. 31-47 (orig. Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, en Justice, Morality and Society. Festschrift für Aleksander Peczenic, ed. v. A. Aarnio/R. Alexy/G. Bergholtz, Lund 1997, pp. 27-42; reimpr. en W. Deppert/ D Mielke/W. Theobald (ed.), *Mensch und Wirtschaft. Interdisziplinäre Beiträge zur Wirtschafts-und Unternehmensethik*, Leipzig 2001, pp. 15-31).

53) “Justicia como corrección”, trad. Ana Inés Haquín, en *Doxa* 26, 2003, pp. 161-171 (orig. Giustizia come correttezza, en *Ragion pratica* 9, 1997, pp. 103-113).

54) “Artikel: Güter-und Übelabwägung, Rechtlich; Norm/Normen, Rechtlich; Prinzipien, Rechtlich” (Artículo: Ponderación jurídica de bienes y de males; norma y normas jurídicas; principios jurídicos), en *Lexikon der Bioethik*, ed. v. W. Korff/L. Beck/P. Mikat, Gütersloh 1998, tomo 2, pp. 181-182; pp. 777-779; tomo 3, pp. 66-67.

55) “Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion” (Coherencia y argumentación o el genuino gemelo supercriterio sin criterios), en A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, W. Rabinowicz y J. Wolenski, *On Coherence Theory of Law*, Lund 1998, pp. 41-49.

56) “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, trad. María Cecilia Añaños Meza en *Derechos y Libertades* 8 2000, pp. 21-41 (orig. Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, en S.

Gosepath /G. Lohmann (ed.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt/M., 1998, pp. 244-264).

57) “Law and Correctness” (Derecho y corrección), en M. D. A. Freeman (ed.), *Legal Theory at the End of the Millennium*, Oxford 1998 (Current Legal Problems 51 1998), pp. 205-221; versión alemana, *Recht und Richtigkeit*, en *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification*, Festschrift für Aulis Aarnio, ed. v. W. Krawietz/R.S. Summers/O. Weinberger/G.H. v. Wrihgt, Berlín 2000, pp. 3-19.

58) “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, trad. José Antonio Seoane, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 5, 2001, pp. 75-95; en Rodolfo Luis Vigo (ed.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, Buenos Aires 2004, pp. 227-251 (orig. A Defence of Radbruch’s Formula, en D. Dyzenhaus (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford/Portland Oregon 1999, pp. 15-39; reimpr. en Lloyd’s Introduction to Jurisprudence, 7. ed., ed. v. M.D.A. Friedman, London 2001, pp. 374-391).

59) “La institucionalización de la razón”, trad. José Antonio Seoane, en *Persona y Derecho* 43, 2000, pp. 217-249 (orig. My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason, en L. J. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law*, Dordrecht/Boston/London 1999, pp. 23-45).

60) “Notizen zu einer Diskurstheorie des Rechts und (Diskussion mit K. Günther/R. Zaczyk/R. Zippelius) Rechtsdiskurs und Rechtssubjekt” (Noticias para una teoría del discurso jurídico y [discusión con K. Günther/R. Zaczyk/R. Zippelius] y discurso jurídico y sujeto jurídico), en P. Siller y B. Keller (eds.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden, 1999, pp. 49-50, 65-73.

61) “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional” (Derechos

fundamentales en el Estado constitucional y democrático. Para una relación entre derechos humanos, derechos fundamentales, democracia y jurisdicción constitucional), trad. al portugués por Luís Alfonso Heck, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul* 16 1999, pp. 203-214; en *Revista de direito administrativo* 217, 1999, pp. 55-66.

62) “Los derechos fundamentales”, trad. Carlos Bernal Pulido, en R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 19-39 (orig. Artikel: Grundrechte, en *Enzyklopädie Philosophie*, ed. v. H. J. Sandkühler, Hamburg 1999, tomo 1, pp. 525-529).

63) “La tesis del caso especial”, trad. Isabel Lifante en *Isegoría* 21, 1999, pp. 23-35 (orig. The Special Case Thesis, en *Ratio Juris* 12 (1999), pp. 374-384).

64) “Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik” (Colisión y ponderación como problemas fundamentales de la dogmática de los derechos fundamentales), en *World Constitutional Law Review*, Korean Branch of International Association of Constitutional Law, 6, 2001, pp. 181-207; en M. La Torre y A. Spadaro (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, Turin 2002, pp. 9-26.

65) “Einleitung: 50 Jahre Grundgesetz” (Introducción: 50 años de la Ley Fundamental), en R. Alexy y J. Laux (eds.), *50 Jahre Grundgesetz. Tagung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität und des Vereins Kieler Doctores Iuris e. V.*, Baden-Baden, 2000, pp. 9-13.

66) “Sobre la estructura de los principios Jurídicos”, trad. Carlos Bernal Pulido, en R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 93-137 (orig. Zur Struktur der Rechtsprinzipien, en B. Schilcher/P. Koller/B.-C. Funk (ed.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien 2000, pp. 31-52).

67) "Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin", trad. Paula Gaido, en Robert Alexy y Eugenio Bulygin, la pretensión de corrección del derecho. *La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 95-115 (orig. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique, en *Ratio Juris* 13 (2000), pp. 138-147).

68) "Grundrecht und Status" (Derechos fundamentales y status) en S. L. Paulson y M. Schulte (eds.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen 2000, pp. 209-225.

69) "Grundrechtsnorm und Grundrecht" (Norma de derechos fundamentales y derecho fundamental), en *Rechtstheorie*, Beiheft 13, 2000, pp. 101-115.

70) "Die Abwägung in der Rechtsanwendung" (La ponderación en la aplicación jurídica), en *Jahresbericht des Institutes für Rechtswissenschaft an der Meiji Gakuin Universität Tokio* 17 (2001), pp. 69-83.

71) "Einleitung und Tafel der erarbeiteten Regeln und Formen" (Introducción y tabla de las reglas y formas formuladas), trad. al chino por Shu Guoying, en *Archives for Legal Philosophy and Legal Sociology* (China University of Politics and Law, Peking), 2001, pp. 78-115; en *Theorie der juristischen Argumentation*, 4. ed., Frankfurt/M., 2001, pp. 17-49, 361-367.

72) "Artikel: Law and Morality: A Continental-European Perspective", (Artículo: Derecho y Moral: Una perspectiva continental europea) en *international Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, ed. v. N.J. Smelser/P.B. Bates, tomo 12, Amsterdam, Paris, New York, Oxford, Shannon, Singapur, Tokio 2001, pp. 8465-8469; versión alemana: "Recht und Moral", en *Marburger Jahrbuch Theologie* 14, 2002, pp. 83-92.

73) "Derecho constitucional y derecho ordinario-Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria", trad. Carlos Bernal Pulido en R.

Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 41-92 (orig. Verfassungsrecht und einfaches Recht-Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, en VVDStRL 61 (2002), pp. 7-33).

74) “Zur Entwicklung der Menschen-und Grundrechte in Deutschland” (Hacia el progreso de los derechos humanos y los derechos fundamentales en Alemania), en *Christiana Albertina* 54 2002, pp. 6-18.

75) Epílogo a la *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 22, 2002, pp. 13-64 (orig. Postscript, en R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, traducida por Julian Rivers, Oxford, 2002, pp. 388-425).

76) “Hans Kelsens Begriff des relativen Apriori” (Concepto del apriori relativo según Hans Kelsen), en R. Alexy, L. H. Meyer, S.L. Paulson y G. Sprenger (eds.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Baden-Baden, 2002, pp. 179-202.

77) “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, trad. David García Pazos y Alberto Oehling de los Reyes, en F.F. Segado (eds.), *La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Madrid 2003, pp. 1505-1514 (orig. Grundrechte, Abwägung und Rationalität, en *Ars Interpretandi. Yearbook of Legal Hermeneutics* 7 (2002), pp. 113-125).

78) “*Ragionevolezza* im Verfassungsrecht. Acht Diskussionsbemerkungen” (*Ragionevolezza* en el derecho constitucional. Ocho observaciones para la discusión), en M. La Torre y A. Spadaro (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, Turín 2002, pp. 143-150.

79) “Die Gewichtsformel” (La fórmula del peso), en *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, ed. v. J. Jickeli/P. Kreutz/D. Reuter, Berlín 2003, pp. 771-792.

80) “The Nature of Arguments about the Nature of Law” (La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho), en L.H. Meyer, S.L. Paulson y T.W. Pogge (eds.), *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford 2003, pp. 3-16.

81) “La naturaleza de la filosofía del derecho”, trad. Carlos Bernal Pulido, en *Doxa* 26, 2003, pp. 147-159 (orig. The Nature of Legal Philosophy, en *Associations* 7, 2003, pp. 63-75; reed. en *Ratio Juris* 17, 2004, pp. 156-167.

82) “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison” (Sobre ponderación y subsunción. Una comparación estructural), en *Ratio Juris* 16 (2003), pp. 433-449.

83) “Menschenrechte ohne Metaphysik?” (¿Derechos humanos sin metafísica?), en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 52 (2004), pp. 15-24.

e) RESEÑAS DE LIBROS

1) H.J.Koch, “Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht” (Conceptos jurídicos indeterminados y delegación de discrecionalidad en el derecho administrativo), Frankfurt/M., 1979, en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* 66, 1980, pp. 297-300.

2) D. Neil MacCormick, “Legal Reasoning and Legal Theory” (Razonamiento jurídico y teoría jurídica), Oxford 1978, en *Rechtstheorie* 11, 1980, pp. 120-128.

3) Kaufmann y W. Hassemer, “Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart” (Introducción a la filosofía del derecho y la teoría jurídica), 4. ed., Heidelberg 1985, en *Jura* 1988, p. 168.

4) H. Dreier, “Dimensiones de los derechos fundamentales”, *Diálogo científico* 6, 1997, pp. 49-52 (orig. H. Dreier,

Dimensionen der Grundrechte, Hannover 1993, en Archiv des öffentlichen Rechts 121 (1996), pp. 155-158).

5) H. Prakken, “Logical Tools for Modelling Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law” (Herramientas lógicas para modelar argumentos. Un estudio del razonamiento derrotable en el derecho), Dordrecht/Boston/London 1997, en Argumentation 14, 2000, pp. 66-72.

f) OTROS

1) “Entrevista a Robert Alexy. Respuestas a las preguntas de Manuel Atienza”, en *Doxa* 24, 2001, pp. 671-687; en *Diálogo científico* 12, 2003, pp. 173-190.

2) “Gustav Radbruch (1878-1949)”, en *Christiana Albertina* 58, 2004, pp. 47-51.

3) “Cinco preguntas a Robert Alexy. Respuestas a cinco preguntas de Diana Patricia Quintero”, en *Precedente. Anuario jurídico*, 2003, pp. 89-93.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 (Col. El derecho y la justicia; Núm. 21) 314 pp.
- Agudo Ruiz, Alfonso. *La enseñanza del Derecho en Roma*. Madrid, Universidad de la Rioja y Editorial Reus, 1999. (Colección Jurídica, Núm. 7). 166 pp.
- Alexy, Robert. “Eine Theorie des praktischen Diskurses”. En W. Oelmüller. *Materialien zur Normendiskussion*. Paderborn, Normenbegründung-Normendurchsetzung, 1978. 2 Vól. pp. 22-58.
- Alexy, Robert; Aarnio, A.; Perelman, Ch. y Wittgenstein, L. “Einige Bemerkungen zu Aulis Aarnios Begriff der Rationalität der Juristischen Argumentation”. En A. Peczenik-J. Uusitalo. Eds. *Reasoning on Legal Reasoning*. Vammala, Finlandia, 1979. pp. 121-137.
- Alexy, Robert y Bulygin, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Trad. e Int. Paula Gaido. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001. (Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Núm. 18). 128 pp.
- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona, Gedisa, 1994. (Col. Estudios alemanes). 208 pp.
- Alexy, Robert. “La idea de una teoría procesal de la Argumentación Jurídica”. En Ernesto Garzón Valdés. *Derecho y Filosofía*. Barcelona-Caracas, Alfa, 1985. pp. 43-57. La Ed. Alemana, “Die Idee einer

prozeduralen Theorie der Juristischen Argumentation”, en *Rechtstheorie*, Cuaderno 2, pp. 177-188.

- Alexy, Robert. “Legal Expert Systems and Legal Theory”. En H. Fiedler, F. Haft y R. Trautmüller (Comp.) *Expert Systems in Law. Impacts on Legal Theory and Computer Law*. Tübingen, 1988. pp. 67-74.

- Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2 a ed. Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1986. Hay versión en castellano: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997. (Col. El Derecho y la Justicia, Núm. 34). 608 pp.

- Alexy, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1978; reimpresión 1963. Las citas corresponden a la ed. Castellana, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Trad. de Manolo Atienza e Isabel Espejo. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. (Col. El Derecho y la Justicia). 348 pp. De esta obra hay también una versión inglesa: *A Theory of Legal Argumentation*. Trad. de R. Adler y N. MacCormick. Oxford, University Press, 1989.

- Alexy, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. (Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Núm. 28) 156 pp.

- Alonso, Martín. *Enciclopedia del idioma*. México, Aguilar, 1985. III. Vól.

- Aquino, Tomás de. *La Suma Teológica. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España*. Tercera Edición. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1997. Vól. II. Parte I–II.

- Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. (Cuadernos y Debates, No. 3). 268 pp.

- Aristóteles. *Tratados de Lógica*. Estudio introductorio y notas de Francisco Larroyo. 4ª ed. México, Editorial Porrúa, 1977. (“Sepan Cuantos...”, Núm. 124). 390 pp.
- Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*. México, Distribuciones Fontamara, 2004. 174 pp.
- Atienza, Manuel. *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*. Barcelona, Editorial Ariel, 1993. 268 pp.
- Austin, J.L. *Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones*. Trad. Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabosi. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1990. (Paidós Studio, Núm. 22). 220 pp.
- Berman, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. Trad. Mónica Utrilla de Neira. México, Fondo de Cultura Económica, 1996. (Política y Derecho). 676 pp.
- Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús. *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neoromanistas. Desde los orígenes hasta la Alta Edad Media*. 10ª ed. México, Editorial Porrúa – IIJ UNAM, 2001. 442 pp.
- Beuchot, Mauricio. “Derecho y Moral. El caso de los Derechos Humanos”. pp. 29 a 48. En Mauricio Beuchot y Javier Saldaña. *Derechos Humanos y Naturaleza Humana*. México, UNAM, 2000. (Cuadernos del Instituto de Investigaciones Filológicas, Núm. 22). 196 pp.
- Biscardi, Arnaldo. *Temas de Derecho Romano*. trad. Javier Paricio. Barcelona, Bosch, 1987. 87 pp.
- Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid, Editorial Debate, 1993. 246 pp.
- Bonfante, Pietro. *Historia del derecho Romano*. Trad. José Santa Cruz Teijeiro. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944. (Serie C. Tratados Generales de dErecho Privado y Público; Vól. XXIV). 2 Vól.

- Cannata, Carlo Augusto. *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*. Trad. Laura Gutiérrez-Masson. Madrid, Tecnos, 1996. 246 pp.
- Carbonier, Jean. *Sociología jurídica*. Trad. Luis Diez-Picazo. Madrid, Tecnos, 1982. 254 pp.
- Carrió, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- Carrió, Genaro R. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973. (Col. Filosofía y Derecho; Núm. 3). 96 pp.
- Cavalla, Francesco. “Topica Giuridica”. En *Enciclopedia del Diritto. Estrato dal XLIV volume pubblicazione fuori commercio*. Milano, Giuffrè Editore, 1992. pp. 720-740.
- Cicerón. *Divisions De L’Art Oratoire. Topiques*. Trad. Henri Bornecque. Paris, Société D’Édition “Les Belles – Lettres”, 1924. (Collection Des Universités De France). 120 pp.
- Dawson, Christopher. *Historia de la Cultura Cristiana*. trad. Heberto Verduzco Hernández. México, Fondo de Cultura Económica, 1997. (Breviarios, No. 529). 552 pp.
- Del Palacio Díaz, Alejandro. *Sin razón y sin justicia. Razón y Justicia de Frankfurt a la Postmodernidad*. México, Emes-Universidad Autónoma Metropolitana, 2001. 136 pp.
- Del Palacio Díaz, Alejandro. *Teoría final del Estado*. México, Miguel Ángel Porrúa, 1986. 224 pp.
- Deutsch, K.W. *Los nervios del gobierno*. México, Paidós, 1989. (Paidós Studio Básica, Núm. 25). 276 pp.
- Díaz, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Octava edición. Madrid, Taurus, 1981. (Cól. Taurus – Humanidades; Núm. 192). 176 pp.
- Díaz, Elías. *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid, Taurus, 1971. (Ensayistas, No. 79). 454 pp.

- Domingo, Rafael. *Teoría de la "autoritas"*. Pamplona, Universidad de Navarra, 1897. 328 pp.
- D'ors, Alvaro. *Elementos de Derecho Privado Romano*. 3 era ed. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1992. 170 pp.
- Dubouchet, Paul. *Sémiotique juridique. Introduction a une science du droit*. Paris, Presses Universitaires de France, 1990. (Les voies du droit). 224 pp.
- Duguit, León. *El pragmatismo jurídico*. Trad. Tomás Díaz García y Et. Al. Madrid, Francisco Beltrán. Librería Española y Extranjera, 1924. 120 pp.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona, Planeta – De Agostini, 1993. (Col. Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo, Núm. 40). 510 pp.
- Finnis, John. *Ley natural y derechos naturales*. Trad. Cristóbal Orrego S. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000. (Col. Libros Esenciales de Derecho). 456 pp.
- García Amado, Juan Antonio. *Ensayos de Filosofía Jurídica*. Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 2003. 408 pp.
- García Amado, Juan Antonio. *Teorías de la tónica jurídica*. Madrid, Civitas, 1984. (Cuadernos Civitas). 184 pp.
- García de Enterría, Eduardo. *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*. Madrid, Civitas, 1984.(Cuadernos Civitas). 184 pp.
- García Figueroa, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. (El Derecho y la Justicia). 446 pp.
- García Máynez, Eduardo. *Ensayos filosófico – jurídicos, 1934 – 1979*. 2ª ed. México, UNAM, 1984. (Colección Textos Universitarios). 416 pp.

- García Máynez, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. Sexta edición. México, Porrúa, 1989. 544 pp.
- García Máynez, Eduardo. *Introducción a la lógica jurídica*. México, Fondo de Cultura Económica, 1951. 260 pp.
- García Ramírez, Sergio. Comp. *Los Valores en el Derecho Mexicano. Una Aproximación*. México, UNAM-FCE, 1997. (Política y Derecho). 494 pp.
- Giraldo Angel, Jaime. *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*. 5 a. Ed., Bogotá, Librería del Profesional, 1992. 356 pp.
- Gómez Padilla, Jr. *5 ensayos de Sociología Jurídica*. México, Renacimiento, 1981. 172 pp.
- Gordillo, Agustín. *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*. Madrid, Civitas, 1988. (Monografías). 260 pp.
- Grossi, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid, Marcial Pons, 1996. (monografías jurídicas). 258 pp.
- Habermas, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Trad. José Mardomingo. Madrid, Editorial Trotta, 2000. (Col. Estructuras y Procesos; Serie Filosofía). 236 pp.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Int. Y Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid, Editorial Trotta, 1998. (Col. Estructuras y Procesos – Serie Filosofía). 692 pp.
- Habermas, Jürgen. *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca. Barcelona, Paidós, 1999. (Paidós Básica, Núm. 98). 260 pp.
- Hernández Gil, Antonio. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Madrid, Espasa-Calpe, 1988. (Obra completa, tomo V). 702 pp.

- Hervada, Javier. *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. 2 a. ed. Pamplona, Universidad de Navarra, 1991. 344 pp.
- Hervada, Javier. *Introducción crítica al Derecho Natural*. 2 a. ed. México, Editora de Revistas, 1988. (Manuales Derecho, No. 1). 194 pp.
- Hierro, Liborio. *Estado de Derecho. Problemas actuales*. México, Fontamara, 1998. (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; Núm. 69). 140 pp.
- Iglesias, Juan. *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. 10ava. Ed. Barcelona, Ariel, 1992. 706 pp.
- Ihering, Rudolf Von. *El Espíritu del Derecho Romano*. Abrev. Fernando Vela. Madrid, Marcial Pons, 1997. (Clásicos del Pensamiento Jurídico, No. 2). 326 pp.
- Ihering, Rudolf Von. *El Espíritu del Derecho Romano*. México, Oxford University Press, 2001. (Biblioteca de Derecho Romano). 4 Vól.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 3 era ed. México, Porrúa-UNAM, 1989. 4 Vól.
- Justiniano. *Instituciones*. Trad. Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas. Pról. M. Ortolán. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1976. 372 pp.
- Kaser, Max. *En torno al método de los juristas romanos*. Trad. Juan Miquel. Valladolid, Universidad de Valladolid, 1964. 56 pp.
- Kelsen, Hans. *¿Qué es Justicia?*. Trad. Albert Calsamiglia. México, Planeta-De Agostini, 1993. (Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo; Núm. 27). 286 pp.
- Klug, Ulrich. *Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho*. Trad. Jorge M. Seña. México, Editorial Fontamara, 1992. (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política; Núm. 1). 200 pp.
- Kunkel, W. *Historia del Derecho Romano*. trad. Juan Miguel. 9 ena. ed. Barcelona, Ariel, 1994. 248 pp.

- Kuri Breña, Daniel. *La filosofía del derecho en la antigüedad cristiana. Una curva del pensamiento filosófico*. 3era. ed. México, U.N.A.M., 1975. (Manuales Universitarios). 80 pp.
- *La Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*. México, Fondo de Cultura Económica, 1992. VI. Vól.
- Larenz, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid, Civitas, 1993. (monografías). 202 pp.
- Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona, Ariel, 1994. (Ariel Derecho). 538 pp.
- Le Goff, Jacques. *La baja edad media*. Trad. Lourdes Ortiz. 25 ava ed. México, Siglo veintiuno editores, 1995. (Historia Universal Siglo XXI, núm. 11). 336 pp.
- Le Goff, Jacques. *Los intelectuales en la Edad Media*. Trad. Alberto L. Bixio. 4a. ed. Barcelona, Editorial Gedisa, 1996. (Historia). 170 pp.
- Lévy-Bruhl. *Recherches sur les actions de la loi*. París, 1960.
- Losano, Mario G. *Los grandes sistemas jurídicos*. Madrid, Debate, 1982. (Colección Universitaria). 408 pp.
- Luhmann, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. 154 pp.
- Luhmann, Niklas. *Teoría de los sistemas sociales*. México, Universidad Iberoamericana, 1998. 198 pp.
- Macintyre, Alasdair. *Tras la virtud*. Trad. Amelia Valcárcel. Barcelona, Editorial Crítica, 1987. 352 pp.
- Magallón Ibarra, Alberto L. *El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana*. México, IIJ – UNAM, 2002. (Serie Doctrina Jurídica, Núm. 109). 246 pp.
- Magee, Bryan. *Popper*. México, Colofón, 1994. 170 pp.

- Massini Correas, Carlos I. *La Falasia de la "Falasia Naturalista"*. Mendoza, Argentina, Editorial IDEARIUM, 1995. 146 pp.
- Massini, Carlos Ignacio. *La prudencia jurídica. Introducción a la Gnoseología del Derecho*. Pról.. Goerges Kalinowski. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983. 238 pp.
- Merryman, Jonh Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2a. ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1989. (Breviarios, No. 218). 306 pp.
- Moreso, José Juan y Navarro, Pablo Eugenio. *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 124 pp.
- Nakhnikian, George. *El Derecho y las Teorías Éticas Contemporáneas*. Trad. Eugenio Bulygin y Genaro R. Carrió. México, Fontamara, 1991. (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Núm. 5). 72 pp.
- Nino, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984. (Serie G: Estudios Doctrinales Núm. 7). 118 pp.
- Noailles. *Du Droit sacré au droit civil*. París, 1949.
- Otorlan, M. *Compendio del Derecho Romano*. trad. Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas. Buenos Aires, Heliasta, 1879. (Biblioteca Jurídica, Vól X). 192 pp.
- Perelman, Chaim. *De la justicia*. Trad. Ricardo Guerra. Pról. Luis Recásens Siches. México, Centro de Estudios Filosóficos – Universidad Nacional Autónoma de México, 1964. (Col. Cuadernos, Núm. 14). 82 pp.
- Perelman, Chaim. *Justice et raison*. Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963. (Travaux de la Faculté de Philosophie et Lettres; Bibliothèque de L'Institut de Philosophie; Tome XXV). 256 pp.

- Perelman, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Trad. Luis Diez-Picazo. Madrid, Civitas, 1979. (Monografías). 256 pp.
- Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L. “La nouvelle rhétorique”. En *Les études philosophiques*. Núm. 1, enero – marzo, 1956. pp. 20-29. Hay traducción al español. “La nueva retórica”. Trad. Marie – Claire Fischer. México, Colofón, 1995. (Biblioteca Jurídica; Textos vivos; Núm. 16). 74 pp.
- Perelman, Chaim. *Le champ de l’argumentation*. Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1970. (Travaux de la Faculté de Philosophie et Lettres; Tome XLIII). 410 pp.
- Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L. *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*. Trad. Julia Sevilla Muñoz. Madrid, Editorial Gredos, 1994. (Biblioteca Rumánica-Hispánica, III. Manuales, 69). 856 pp.
- Poder Judicial de la Federación. *100 decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Novena Época)*. 2ª ed. México, Miguel Angel Porrúa – Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000. 248.
- Popper, Karl R. *La lógica de la investigación científica*. Trad. Víctor Sánchez Anaya. Madrid, Técnos, 1990. (Col. Estructura y función). 452 pp.
- Radbruch, Gustavo. *Filosofía del Derecho*. 3 era. Ed. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1952. (Serie C. Tratados Fundamentales de Derecho Privado y Público). 278 pp.
- Radbruch, Gustavo; Schmidt, Eberhard y Welzel, Hans. “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”. En *Derecho Injusto y Derecho Nulo*. Trad. José María Rodríguez Paniagua. Madrid, Aguilar, 1971. 132 pp.
- Raz, Joseph. *Razón práctica y normas*. Trad. Juan Ruiz Manero. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. (Col. El derecho y la Justicia; Núm.27). 260 pp.

- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición. Madrid, Espasa – Calpe, 1992. 2 Vól.
- Recaséns Fiches, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 3 era Ed. México, Editorial Porrúa, 1980. 322 pp.
- Robles Morchón, Gregorio. *Epistemología y Derecho*. Madrid, Pirámide, 1982.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*. Madrid, Civitas, 1988. (Cuadernos Civitas). 70 pp.
- Romero Guevara, José Manuel. *Pensamiento tópico y axiomático en el derecho*. Puebla, Editorial José M. Cajica, 1972. (Biblioteca Cajica de Cultura Universal; Núm. 112). 294 pp.
- Ruiz Miguel, Alfonso. *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid, Editorial Trotta, 2002. (Colección Estructuras y Procesos; Serie Derecho). 328 pp.
- Savigny, Friedrich Karl Von. *Metodología Jurídica*. Trad. J.J. Santa – Pinter. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979. (Clásicos del Derecho y Ciencias Sociales, Núm. 2). 92 pp.
- Seoane, José Antonio. “Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy”. En Serna, Pedro y Et. Al. *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*. Granada, Editorial Comares, 2003. (Col. Filosofía, Derecho y Sociedad, Núm. 4) 248 pp.
- Serna, Pedro. *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. México, Editorial Porrúa, 2006. 144 pp.
- Soberanes Fernández, José Luis. *Los Principios Generales del Derecho en México. Un ensayo histórico*. México, Miguel Angel Porrúa, 2003. 88 pp.

- Tamayo y Salmorán, Rolando. *La ciencia del derecho y la formación del ideal político. (Estudio histórico de la ciencia jurídica y de su impacto en la ciencia política)*. México, U.N.A.M., 1989. (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie C., Estudios Históricos, núm. 28). 206 pp.
- Tamayo y Salmorán, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. (Instituto de Investigaciones Jurídicas; Serie Doctrina Jurídica, Núm. 121). 282 pp.
- Tarello, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. Trad. Isidro Rosas Alvarado. México, Fondo de Cultura Económica, 1995. (Sección de obras de Política y Derecho). 440 pp.
- Vallet de Goytisolo, Juan. *Metodología Jurídica*. Madrid, Civitas, 1988. (Monografías). 428 pp.
- Vázquez, Rodolfo. comp. *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona, Editorial Gedisa, 1998. (Derecho/ Filosofía del Derecho; Serie CLA. DE. MA.; Colección Hombre y Sociedad). 302 pp.
- Van Roermund, Bert. *Derecho, Relato y Realidad*. Trad. Hans Lindahl. Madrid, Ténos, 1997. 200 pp.
- Viehweg, Theodor. *Tópica y Filosofía del Derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona, Gedisa, 1992. (Estudios alemanes). 208 pp.
- Viehweg, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid, Taurus, 1964. (Ensayistas-39). 146 pp.
- Vigo, Rodolfo Luis. *Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999. 316 pp.
- Vigo, Rodolfo Luis. *La Injusticia Extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*. Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA, 2004. (Col. La Ley). 328 pp.

- Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus Lógico-Philosophicus*. Trad. Enrique Tierno Galván. Int. Bertrand Russell. 2a ed. Madrid, Alianza Editorial, 1975. (Alianza Universidad, Núm. 50). 222 pp.
- Wolf, Eric. *El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho*. Trad. Eduardo A. Vásquez. Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1962. (Col. Nueva Teoría). 78 pp.

HEMEROGRAFÍA

- Alchourron, Carlos E. “Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*”. En *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Vól. IV, Buenos Aires, octubre-diciembre, 1961. Pp. 177-199.
- Alexy, Robert. “Argumentationstheorie”. En *Ergänzbare Lexicon des Rechts*, Núm. 2-30, 1987. pp. 1-4.
- Alexy, Robert. “Die logische Analyse juristischer Entscheidungen”. En *A.R.S.P.*, Nueva Serie, Cuaderno 14, 1980. pp. 181-212.
- Alexy, Robert. “Enmessensfehler”. En *Juristen Zeitung*. 15 de Agosto de 1986. pp. 701-768.
- Alexy, Robert. “Idée et structure d´ un systeme du droit rationnel”. En *Archives de Philosophie du Droit*, Núm. 33, 1988. pp. 22-38.
- Alexy, Robert. “Juristische argumentation und praktische Vernunft”. En *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, 1982, pp. 29-32.
- Alexy, Robert. “La institucionalización de la razón”. En *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. Pamplona, España, Universidad de Navarra, 2000, Núm. 43, pp. 217 –249.
- Alexy, Robert. “La naturaleza de la filosofía del derecho”. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho-Universidad de Alicante, 2003, Núm. 26. pp. 147– 159.
- Alexy, Robert. “Legal Reasoning and Legal Theory”. En *Rechtstheorie*. Núm. 11, Cuaderno 1, 1980. pp. 143-151.
- Alexy, Robert. “On necessary Relations between Law and Morality”. En *Ratio Juris*, Vól. 2, Núm. 2, 1989. pp. 167-183.
- Alexy, Robert. “Problems of discourse Theory”. En *Crítica*, Núm. 20, 1988. pp. 43-64. Traducción castellana: “Problemas de la Teoría del

discurso". En *Actas del Congreso Internacional de Filosofía*. Argentina, Universidad de Córdoba, 1988. pp. 59-70.

- Alexy, Robert. "Rechtsregeln und rechtsprinzipien". En *A.R.S.P.*, Nueva Serie, Cuaderno 25, 1985. pp. 13-29.
- Alexy, Robert. "Rechtssystem und praltische Vernunft". En *Rechtstheorie*, Núm. 18, 1987. pp. 405-419.
- Alexy, Robert y Hares, R.M. "Regeln des moralischen Argumentierens und L. Nelsons Abwägungsgesetz". En *Vernunft, Erkenntnis, Sittlichkeit. Internationales philosophisches Symposium aus Anlass des 50. Todestages von Leonard Nelson*, ed. de P. Schröder, Hamburg, 1979. pp. 95-122.
- Alexy, Robert. "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica". En *Doxa*, Núm. 5, 1988. pp.
- Alexy, Robert. "Teleologische Auslegung und Gesetzesbindung". En *Loccumer Protokolle*, Núm. 31, 1980. pp. 143-151.
- Alexy, Robert y Peczenik, Alexander. "The concep of coherence and its significance for discursive rationality". En *Ratio Juris*, Vól. 3, Núm. 1 Bis, 1990. pp. 130-147.
- Alexy, Robert. "Zum Begriff des Rechtsprinzips". En *Rechtstheorie*, Núm. 1, 1979. pp. 59-87.
- Alexy, Robert. "Zur Kritik des Rechtspositivismus". En *Rechtspositivismus und Werbezug des Rechts*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1990. pp. 9-26.
- Atienza, Manuel. "Entrevista a Robert Alexy". En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho- Universidad de Alicante, 1989, Núm. 24. pp. 5-40.
- Díaz y Díaz, Martín. "La expropiación forzosa en el pensamiento jurídico de García de Enterría. (Contexto, apogeo y desencanto)". En *Revista de Administración Pública*. Madrid, . Número 120.

- Edson Fachin, Luiz. “Un acórdão de acordo com Viehweg. Un caso concreto sob a tópica”. En *Revista do Curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia, Brazil, Universidade Federal de Uberlândia, Nums. 1-2. Dezembro, 1990. pp. 183-193.
- Gallego Anabitarte, Alfredo. “Sobre el comentario constitucional. Prolegómenos metodológicos al Derecho Estatal “. Separata ampliada de la *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 121, enero-febrero, 1962. Pp. 137 - 167.
- García Amado, Juan Antonio. “Tópica, Derecho y Método Jurídico”. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, Esp. 1987, Núm. 4. pp. 161 – 188.
- Loreto, Luis. “Crítica de las decisiones judiciales”. En *Revista de Derecho y Legislación*. Año XXXIII, No. 400-401, Caracas, Septiembre- Octubre, 1944. pp. 95 a 99.
- Maniaci, Giorgio. “Algunas notas sobre coherencia y balance en la teoría de Robert Alexy”. En *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Núm 20, abril, 2004. pp. 137 – 177.
- Massini Correas, Carlos Ignacio. “Ensayo de síntesis acerca de la distinción entre especulativo-práctico y su estructuración metodológica”. En *Sapientia*. Santa María de los Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina – Facultad de Filosofía y Letras, 1996, Vól. LI, Fascículo 200. pp. 429 – 451.
- Puig Peña, Federico. “Los principios generales del derecho como fuente normativa de la decisión judicial”. En *Revista de Derecho Privado*. Vól. XL, Madrid, Enero-diciembre, 1956. Pp. 1047 a 1065.
- Ruiz Sanz, Mario. “El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy”. En *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid,

Ministerio de Justicia e Interior – Universidad de Zaragoza, 1994, Nueva Época, Tomo XI, pp. 347 – 366.

- Saldaña Serrano, Javier. “Reglas y Principios. A propósito del origen y evolución de los principios jurídicos a partir de las *regulae iuris*”. En *Ars Iuris*, Revista de la Facultad de Derecho, México, Universidad Panamericana, Núm. 31, 2004. pp. 159-204.
- Seoane, José Antonio. “la doctrina clásica de la *Lex Injusta* y la Fórmula de Radbruch. Un ensayo de Comparación”. En *Anuario de Dereito da Universidade da Coruña*, Núm. 6, 2002. pp. 761 – 790.
- Silva Melero, Valentín. “La verdad y el error en la decisión judicial”. En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo XCV, Año CX, No. 1-2, Madrid, Julio-Agosto, 1962. Pp. 21-35.
- Vallet de Goytisolo, Juan. “La jurisprudencia y su relación con la tónica en la concepción De Giambattista Vico”. En *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, Revista de Estudios Políticos, núms.206 – 207, Marzo Junio, 1976. pp. 77-136.