

LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, LA VERSIÓN DE ROBERT ALEXY

Víctor Manuel Rojas Amandi

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Idea y estructura del derecho como argumentación*. 1. *Razón y discurso*. 2. *Los problemas de la teoría del discurso*. III. *Sistema jurídico y razón práctica*. 1. *El sistema jurídico como un sistema de procedimientos*. 2. *El sistema jurídico como un sistema de normas*. A. *Reglas y principios*. B. *El modelo de reglas puro del sistema jurídico*. C. *El modelo del sistema jurídico de principios y reglas*. D. *El modelo de reglas, principios y procedimientos*. 3. *Idealidad y realidad*. IV. *Principios de una teoría de la argumentación jurídica*. 1. *La justificación interna*. 2. *La justificación externa*. A. *Los seis grupos de reglas y formas de la justificación externa*. B. *Las reglas y formas de la interpretación*. C. *El rol de los cánones en el discurso jurídico*. D. *La argumentación dogmática*. E. *El valor de los precedentes*. F. *El uso de las formas de argumentación jurídica especial*. V. *El rol del argumento general práctico en el discurso jurídico*. 1. *Discurso práctico general y discurso jurídico*. 2. *Las fronteras y la necesidad de la teoría del discurso racional jurídico*. VI. *Conclusiones*.

I. Introducción

Tres son las perspectivas a través de las cuales se ha solido analizar el fenómeno del derecho en nuestra cultura jurídica. Primero, se encuentra el enfoque estructural del derecho, mismo que se caracteriza por concebir a la norma jurídica como el concepto fundamental del orden jurídico y a éste como un sistema cuyos elementos particulares se interrelacionan entre sí de tal forma que los más simples pueden ser deducidos de los más complejos y los contenidos de todos ellos son lógicamente consistentes entre sí. Las teorías que se adscriben a esta corriente pretenden describir la organización del sistema jurídico. La teoría pura del derecho de Hans Kelsen es el mejor ejemplo de la perspectiva estructuralista. En segundo término está la corriente sociológica, que ve al fenómeno jurídico como acción social, como comportamiento humano real. Para las teorías de este tipo lo importante resulta explicar cómo funciona la realidad social con base

en normas jurídicas y las interrelaciones de éstas con aquélla. Las teorías de Roscoe Pound y Alf Ross son dignas representantes de la perspectiva sociológica. Finalmente, la tradición más antigua es la que podría calificarse como el enfoque valorativo. Su objetivo es establecer los criterios para determinar las características de un derecho intrínsecamente válido, de un derecho justo, de un derecho que valga por su contenido, por los valores que lo inspiran.¹ La teoría del derecho natural es la encarnación del enfoque valorativo del derecho.

Durante las últimas décadas se ha propuesto en Alemania un cuarto enfoque para explicar el fenómeno jurídico, denominado la Teoría de la Argumentación Jurídica (TAJ) —“*Theorie der juristischen Argumentation*”—. La TAJ centra su atención en el proceso por medio del cual el derecho se crea y, sobre todo, se aplica. Demuestra que las decisiones jurídicas no sólo quedan determinadas por la ley, los precedentes judiciales o la doctrina jurídica, sino también por valores morales y principios metajurídicos. Pretende fundamentar racionalmente la forma en que esto sucede y establecer las máximas que rigen dicho proceso con miras a asegurar su control racional. La TAJ ha sido tratada por un número considerable de autores contemporáneos, entre los que destacan: Peczenick,² Neumann³ y Koch/Rüssmann.⁴ Sin embargo, ninguna de las versiones de la TAJ ha adquirido tal reconocimiento internacional como la de Robert Alexy.⁵

¹ Véase al respecto: Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 251-252.

² *Grundlagen der juristischen Argumentation*, C. F. Müller, Heidelberg, 1983, p. 107 y ss.

³ *Rechtsontologie und juristische Argumentation*, Anton Hain, Meisenheim am Glan, 1978.

⁴ *Juristische Begründungslehre*, Klostermann, Frankfurt, 1982.

⁵ Robert Alexy nació en 1945 en Alemania, estudió derecho y filosofía en la Universidad de Göttingen. Su tesis de doctorado fue distinguida con el premio de la Academia de Ciencias de Göttingen en 1976. En 1984 concluyó su habilitación en la misma Universidad. Después de haber rechazado un ofrecimiento para ocupar una plaza de profesor en la Universidad de Regensburg, aceptó en 1986 la que le ofreció la Universidad de Kiel. Asimismo, rechazó las ofertas que en 1991 y 1998 le hicieran las universidades de Graz y de Göttingen para enseñar en las mismas. Entre 1994 y 1998 Alexy fue presidente de la Sección Alemana de la Unión Internacional de Filosofía Social y del Derecho. Su principal obra es sin duda: *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt, 1991, la que ha sido traducida al español por Manuel Atienza e Isabel Espejo con el título: *Teoría de la argumentación jurídica* que fue publicada por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid en 1989. Otra de sus publicaciones de gran importancia es: *Theorie der Grundrechte* (Teoría de los derechos fundamentales), Baden-Baden, 1985. La obra de Alexy ha sido traducida a trece idiomas.

La teoría de Alexy concibe al derecho como un sistema normativo que nace, se desarrolla, se aplica y se transforma a través de formas complejas de diálogos o discursos en los que intervienen interlocutores de diferente tipo y que se encuentran situados en diferentes niveles. Su visión es dinámica, pues concibe al derecho como un proceso infinito de creación de normas y de aplicación de las mismas que discurre a través de diferentes tipos de discursos, los que a su vez se fundamentan en argumentos jurídicos, en razones de derecho. Para esta teoría, los productos del derecho —leyes, tratados internacionales, sentencias, resoluciones administrativas— sólo pueden entenderse como el resultado de un proceso complejo de discursos racionales,⁶ en donde la razón se fundamenta en argumentos jurídicos. Si se entiende de esta forma que el derecho es el producto de un proceso discursivo racional, bien se puede concluir que: “*no hay derecho sin discurso racional y no hay discurso racional sin argumentos jurídicos*”.

En el presente artículo nos hemos propuesto exponer de una manera sistemática la versión de la TAJ propuesta por Alexy. En el segundo capítulo se expondrá de qué forma concibe Alexy que el derecho existe en forma de argumentación con base en la teoría del discurso general práctico. En el capítulo tercero se expondrá un modelo de sistema jurídico en el que se interrelacionan la teoría del derecho con la teoría del discurso. El cuarto capítulo tiene por objeto explicar los principios de la TAJ de Alexy. En el capítulo quinto se precisará de qué forma se puede concebir a la TAJ como una forma especial del discurso racional. Finalmente, en las conclusiones se destacarán las características básicas de la TAJ de Robert Alexy.

⁶ Como bien señala André Hauriou, el diálogo —que es una aplicación concreta del discurso— no sólo implica un intercambio libre de palabras que evocan imágenes, ideas, conceptos y juicios, sino que presupone la existencia de la verdad y de la justicia y la firme convicción de que el discurso es un medio para alcanzarlas. En el sistema político y jurídico de las sociedades occidentales el diálogo se encuentra institucionalizado en forma de los procesos legislativo y judicial. *Derecho constitucional*, trad. José Antonio González Casanova, Ariel, Madrid, 1970, pp. 69-71.

II. Idea y estructura del derecho como argumentación

1. RAZÓN Y DISCURSO

La TAJ pretende ser una teoría del derecho en forma de una teoría de la argumentación racional, esto es, de una teoría que se desarrolla con base en un procedimiento discursivo fundamentado en argumentos que transcurre con base en reglas.⁷ Un enunciado normativo será correcto o, en su caso, verdadero, sólo cuando pueda ser el resultado de dicho procedimiento discursivo. De esta forma, el paradigma de la TAG es la teoría del discurso racional.⁸

Existen seis tipos de reglas que dirigen el proceso discursivo racional: a) *reglas fundamentales*; b) *reglas de fundamento*; c) *reglas de la carga de la argumentación*; d) *reglas de las formas de los argumentos*; e) *reglas de razón*, y f) *reglas de transferencia*.⁹

Las *reglas fundamentales* establecen condiciones de posibilidad para cualquier tipo de comunicación por medio del lenguaje que tenga por objeto alcanzar la verdad o lo correcto. Éstas se pueden formular como sigue:

1. A ningún interlocutor le está permitido contradecirse.
2. Cada interlocutor debe afirmar solamente aquello en lo que él mismo crea.
3. Cada interlocutor que utilice un predicado “F” para cierto objeto “A”, debe estar dispuesto a utilizarlo nuevamente para otro objeto que sea igual a “A” en todas las cuestiones relevantes.
4. Cada interlocutor sólo debe sostener aquellos juicios de valor y sobre obligaciones, que él mismo ha sostenido en todas aquellas

⁷ Además de la teoría con base en reglas, Alexy considera que las teorías procesales se pueden referir a los individuos que participan en el procedimiento; a las condiciones del proceso o a la peculiaridad del proceso de decisión. “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, en *Derecho y filosofía*, Garzón Valdés, Ernesto, compilador, trad. Carlos de Santiago, Alfa, Barcelona, 1985, pp. 45-46.

⁸ *Ibidem*, p. 44.

⁹ Alexy, Robert, “Idee und Struktur eines vernuenftigen Rechtssystems”, en *Rechtstheorie*, 1987, p. 30.

situaciones que entre sí resultan iguales en todas las cuestiones relevantes.

5. Diferentes interlocutores no deben utilizar expresiones iguales con diferente significado.¹⁰

Mientras las *reglas fundamentales* comprenden condiciones mínimas de racionalidad, el segundo grupo comprende las condiciones máximas de racionalidad. El punto de partida lo conforma una *regla general de fundamento*:

Cada interlocutor debe fundamentar lo que él sostiene cuando otro se lo pida, a menos que pueda dar razones que justifiquen negar una justificación.¹¹

Quien fundamenta algo, se compromete a aceptar que sus interlocutores, por lo menos, en cuanto hace a su fundamentación, cuentan con los mismos derechos que él y, por lo mismo, a no ejercer violencia sobre los mismos, ni a apoyar la violencia que otros pudieran ejercer en su contra. Quien fundamenta, pretende finalmente que su razón sea sostenible no sólo frente a su interlocutor, sino frente a cualquier posible interlocutor. Esta exigencia que se encuentra implícita en el fondo de cada discurso de igualdad de derechos, universalidad y renuncia al ejercicio de la violencia, se puede formular en tres reglas que corresponden a la idea “situación ideal de diálogo” de Jürgen Habermas¹² y que se pueden formular de la siguiente manera:

1. Cualquier persona que pueda hablar puede participar en una discusión.
2. Cualquier persona puede problematizar o traer al diálogo nuevas afirmaciones y expresar sus posiciones deseos y necesidades.
3. Ningún interlocutor debe ser impedido a ejercer sus derechos mencionados en los dos puntos anteriores por medio de la violencia, ya sea que ésta se ejerza dentro o fuera del discurso.

¹⁰ *Ibidem*, p. 31.

¹¹ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 238-239.

¹² Sobre este concepto véase: Habermas, Jürgen, “Wahrheitstheorien”, en: *Wirklichkeit und Reflexion, Festschrift für Walter Schultz*, compilador: H. Fahrenbach, Seiz, Pfullingen, 1973, p. 255 y ss.

Estas reglas definen aspectos que son característicos del concepto de racionalidad de la teoría del discurso. Por lo mismo, ellas pueden ser caracterizadas como reglas de razón. Ellas expresan el carácter ideal de la razón práctica. Sin embargo, sólo se pueden realizar de manera aproximada.¹³

Las reglas del tercer grupo —*reglas de la carga de la argumentación*— son más de carácter técnico. Estas reglas le conceden el derecho a aquellas personas que hacen valer un argumento de negar otros argumentos que no tengan una fundamentación racional.¹⁴

Dentro del cuarto grupo de reglas, esto es, en *las reglas de las formas de argumentos*, se pueden distinguir seis reglas principales:

1. La fundamentación de afirmaciones singulares con base en reglas formales.
2. La fundamentación de reglas mediante sus consecuencias.
3. La fundamentación de reglas mediante reglas.
4. La fundamentación de reglas de preferencia absolutas.
5. La fundamentación de reglas condicionadas.
6. La fundamentación de reglas de preferencia entre reglas y principios.

Las reglas anteriores resultan muy amplias. Por esta razón, resulta necesario un quinto grupo de reglas, que se relacionen de manera específica con las formas especiales de la argumentación práctica y a las que se les conoce como *reglas de razón*. Un primer subgrupo de este tipo de reglas contiene tres variantes del “principio de generalización”: “principio de cambio de roles”, “principio de consenso” y “principio de publicidad”, como sigue:

1. Cada interlocutor debe poder aceptar las consecuencias de las afirmaciones que ha sostenido sobre las normas para la satisfacción de los intereses de una persona en particular, también para el caso hipotético en que el mismo resultara obligado frente a la

¹³ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 240.

¹⁴ *Ibidem*, p. 244.

misma y, en consecuencia, perjudicado —principio de cambio de roles—.

2. Las consecuencias de cualquier norma para la satisfacción de los intereses de cada persona tienen que poder ser aceptadas por todos —principio de consenso—.
3. Cualquier regla debe ser formulada en forma clara y general —principio de publicidad—. ¹⁵

Un segundo subgrupo de este tipo de reglas son las *reglas de la prueba crítica del surgimiento del convencimiento normativo*, esto es, reglas de la prueba de la génesis histórico-social e individual-psíquica:

1. Las normas morales en que se fundamentan las concepciones morales de un interlocutor deben de poder ser sometidas a un examen por cuanto hace a su génesis desde un punto de vista histórico y crítico. Una regla no soporta tal análisis:
 - a) En el caso que ellas originalmente hayan estado justificadas racionalmente, pero que en el transcurso del tiempo hayan perdido su justificación.
 - b) Cuando ellas anteriormente no se hayan encontrado justificadas racionalmente y cuando no existan razones presentes en que se puedan justificar.
2. Las reglas morales en que se fundamentan las concepciones morales del interlocutor tienen que poder soportar el análisis de la historia de su surgimiento. Una regla moral no soporta tal análisis cuando ella resulta incapaz para justificarse con base en condiciones de socialización.

Una última regla de este grupo la forman las *máximas de realización*. Aquí existe una sola regla según la cual siempre se deben considerar las fronteras fácticas de realizabilidad de la regla.

El sexto grupo consiste en las *reglas de transferencia* que se fundamentan en el hecho de que en el discurso práctico con frecuencia

¹⁵ *Ibidem*, pp. 251-252.

surgen problemas que no pueden ser solucionados con los medios de esta forma del discurso, en especial, cuestiones de hecho, problemas conceptuales del lenguaje. Las reglas de transferencia resuelven estos problemas con el discurso empírico, analítico-lingüístico y teórico discursivo.¹⁶

2. LOS PROBLEMAS DE LA TEORÍA DEL DISCURSO

La teoría del discurso muestra algunos problemas que tienen que ver con su fundamento y aplicación. En cuanto al fundamento se presenta la situación consistente en saber si las reglas de la fundamentación se pueden fundamentar. Para la TAJ no resulta importante tratar de encontrar una solución a este problema, pero sí señalar que existen varios estudios que tienen por objeto contribuir a la misma, tal como el de la fundamentación pragmática trascendental que utiliza el método de análisis presuposicional.

En cuanto al segundo problema, esto es, en cuanto al problema de la aplicación, bien se puede decir que el mismo es el problema básico o principal de la teoría del discurso. Esto debido a que no existe algún procedimiento que permita garantizar un resultado correcto en términos prácticos. Los problemas de aplicación se pueden dividir en tres géneros. En primer lugar, las reglas del discurso no contienen principios sobre cuáles deben ser las máximas que tendrían que guiar las convicciones de los interlocutores. En segundo término, las reglas del discurso no contienen los pasos necesarios de la argumentación. En tercer lugar, varias de sus reglas solamente se pueden cumplir de manera aproximada.

Para comprender las consecuencias de los problemas de la teoría del discurso, Alexy distingue el discurso real del ideal.¹⁷ El discurso ideal se define como la búsqueda de una respuesta práctica, bajo condiciones de un tiempo ilimitado, de una ilimitada participación de interlocutores, de una ausencia total de violencia, utilizando un lenguaje que cuente con conceptos totalmente claros, disponiendo

¹⁶ *Ibidem*, pp. 254-255.

¹⁷ "Probleme der Diskurstheorie", en *Zeitschrift für philosophische Forschung*, vol. 43 (1989), p. 84 y ss.

de una información empírica absoluta y, en donde los interlocutores dispongan de una capacidad y disponibilidad absoluta para cambiar los roles, además de que se encuentren libres de todo prejuicio. Resultaría interesante poder determinar si en el marco de un discurso ideal resulta posible alcanzar un consenso y una respuesta absolutamente correcta para toda cuestión que se plantee. Ello, sin embargo, no sería posible debido a que las conductas y reacciones de los seres humanos sólo se pueden predecir de manera relativa y esto lleva finalmente a que, a pesar de la existencia de condiciones ideales del discurso, las actividades valorativas y aquellas que impliquen a las emociones pueden conducir, aun en un discurso ideal, a que no resulte posible llegar a una única respuesta correcta.

En cambio, en un discurso real se busca una respuesta correcta bajo condiciones de tiempo: ¿resulta el momento en que se discute, el momento ideal, desde un punto de vista político, histórico, científico, etc., para llevar a cabo una discusión racional?; de participantes: ¿tienen los interlocutores la calidad intelectual y moral para sostener un diálogo racional?; de ausencia de violencia: ¿está el medio ambiente que rodea a la discusión libre de violencia?; de claridad de lenguaje: ¿es la calidad de expresión de los interlocutores suficiente para no dejar lugar a dudas de lo que se pretende comunicar?; de disponibilidad de información empírica: ¿son los conocimientos empíricos de los interlocutores tan buenos como para poder fundamentar certeramente todas sus afirmaciones o negaciones?; de posibilidad de intercambiar roles: ¿están dispuestos los interlocutores a defender un argumento razonable aun a pesar de que las consecuencias del mismo le pudieran perjudicar personalmente?; y de carencia de prejuicios: ¿son los interlocutores lo suficientemente objetivos como para no dejar influir a sus argumentos por sus concepciones culturales, religiosas o morales?, que son siempre limitadas e imperfectas. Sin embargo, aquella persona que participe como interlocutor en un discurso real, para convencer a su oponente, debe primero convencerse a sí mismo que sus argumentos corresponden a las condiciones de un discurso ideal. Lo que desde luego no significa una garantía de corrección absoluta. La verdad o corrección del resultado de un discurso real no pueden ser más que verdades o correcciones relativas. La relatividad existe en relación con los interlocutores,

en el periodo en que el discurso tiene lugar y en la medida en que las reglas del discurso se han cumplido.

El resultado al que llega Alexy es doble. Por una parte, la teoría del discurso procura la razón implícita de la praxis real de la argumentación. Por el otro lado, muestra el carácter ideal del discurso. El contenido lo forma la relatividad del resultado y el contexto tan amplio de lo posible discursivo.

III. Sistema jurídico y razón práctica

La teoría del discurso como formulación y justificación del sistema de reglas jurídicas adquiere una especial relevancia para la teoría del derecho. Ésta no es de ninguna forma un caso de aplicación de aquélla, sino su desarrollo pleno y necesario. Ambas teorías se complementan recíprocamente. En esta interdependencia mutua se combinan los aspectos ideales y no institucionales de la racionalidad práctica con aquellos de tipo institucional y real. Para entender esta interdependencia se deben interrelacionar dos modelos de sistemas jurídicos: aquel en que el sistema jurídico funciona como un sistema de procedimientos y el del sistema jurídico como un sistema de normas. Esta interrelación nos lleva a un concepto completamente desarrollado del sistema jurídico orientado por la razón práctica.

1. EL SISTEMA JURÍDICO COMO UN SISTEMA DE PROCEDIMIENTOS

La TAJ de Alexy como sistema de procedimientos consiste en un modelo en cuatro diferentes niveles. En el primero se ubica el procedimiento del “*discurso práctico general*”; en el segundo, el de la “*creación del derecho*”; en el tercero, el del “*discurso jurídico*”, y en el cuarto el del “*procedimiento judicial*”. Los niveles del procedimiento situados en el segundo y cuarto lugar, son procedimientos institucionalizados, en tanto que los ubicados en el primer y tercer lugar son procedimientos no institucionalizados. Se dice que un procedimiento es institucionalizado cuando se regula por normas jurídicas, de tal forma que, se encuentra asegurada la producción de un resultado definitivo que resulta jurídicamente obligatorio. El sentido

del modelo consiste en la fundamentación paulatina de la necesidad de cuatro procedimientos, así como en la representación de las relaciones mutuas que entre los mismos existen.

El “*discurso práctico en general*” adquiere relevancia para el derecho cuando existe el convencimiento de que un determinado problema social debe ser regulado por normas jurídicas. En el seno de las organizaciones de la sociedad civil, de los medios masivos de comunicación y de la sociedad en general, surge la inquietud de la toma de posición frente a una problemática social determinada: ¿qué hacer frente a la delincuencia?; ¿resulta moral legalizar el aborto?; ¿se deben permitir inversiones privadas en sectores estratégicos?; y da inicio una discusión en donde ya sea en formas organizadas: auscultaciones, sondeos, mesas de diálogo político, etc.; o desorganizadas: diálogos de sobremesa, de colegas, en las cátedras universitarias, etc., se hacen valer argumentos fundamentados en la razón, ya sea en pro o en contra de determinada posición. Sin embargo, en este nivel, muy a pesar de que la discusión resulte muy nutrida y de que se le conceda gran importancia social, el resultado de la misma siempre será de efectos relativos e irrelevante para el derecho. Esto hace necesario trasladar la discusión a otro nivel que permita alcanzar resultados definitivos y jurídicamente obligatorios.¹⁸ El objetivo en el segundo nivel no es dar por terminada la discusión, sino más bien, la transformación de sus conclusiones en reglas, en normas jurídicas.

En el nivel de la discusión legislativa —“*creación del derecho*”—, el discurso se lleva a cabo en un procedimiento legislativo regulado por normas jurídicas,¹⁹ en donde, sin embargo, un resultado saludable supone que se observen las reglas no legisladas del discurso racional. Aquí lo decisivo resulta que, en el proceso legislativo, por lo menos resulte posible un discurso racional. Cuando a pesar de que lo políticamente correcto resulta que, en el proceso legislativo se observen las reglas del discurso racional, se hacen prevalecer los in-

¹⁸ No hay que olvidar que al amplio campo de lo discursivamente posible no puede corresponder un campo igualmente amplio de lo jurídicamente permitido. Alexy, Robert, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, p. 54.

¹⁹ Dicho procedimiento se encuentra regulado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los arts. 71 y 72.

tereses de grupo, las retóricas ideológicas y los prejuicios de los medios, la opinión pública se puede valer de los recursos del discurso racional para a su vez criticar el trabajo parlamentario. La posibilidad de una crítica de este tipo queda garantizada por los derechos fundamentales previstos en la Constitución.²⁰ Por otra parte, el contenido de la discusión en el nivel del proceso legislativo queda limitado de manera negativa por los derechos humanos; el trabajo legislativo debe servir para asegurar la protección, respeto y desarrollo de los derechos humanos. La defensa o violación de los mismos no se deja al arbitrio de una simple mayoría parlamentaria.

La necesidad del “*discurso jurídico*”, esto es, del procedimiento de la doctrina jurídica —a la que se suele denominar como dogmática— resulta de las debilidades de la previsibilidad que se derivan de la labor legislativa. Tanto las experiencias históricas como las reflexiones doctrinales muestran que no es posible ningún procedimiento legislativo cuyo resultado sea capaz de prescribir normas para todo posible caso que se presente en el futuro. No es posible procedimiento legislativo alguno que para dar solución a algún problema social establezca normas de las que con ayuda de premisas empíricas se deduzca lógicamente, o se pueda fundamentar con reglas de la metodología jurídica, lo que jurídicamente resulta necesario. Por el contrario, debido a que el lenguaje jurídico siempre acusa cierto grado de vaguedad, las reglas de la metodología jurídica resultan imprecisas y a la imposibilidad de describir todas las posibles constelaciones de casos que en la realidad se pueden presentar, resulta necesario para entender el alcance de las prescripciones normativas, esto es, de lo que está permitido, ordenado o prohibido por la norma jurídica, recurrir a la ciencia jurídica. Sin embargo, no se debe olvidar que el discurso de la ciencia jurídica es un procedimiento no institucionalizado. Por eso dos juristas pueden llegar a diferentes resultados, a pesar de que ambos respeten el principio de la obligatoriedad de la ley.²¹

²⁰ En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la libertad de expresión en que se fundamenta dicha crítica se encuentra prevista en el art. 6.

²¹ En el Código Civil Federal el principio de obligatoriedad de la ley se encuentra consagrado en los arts. 3, 9, 10 y 21.

El discurso jurídico se diferencia del discurso racional práctico partiendo de las condiciones en que cada uno de ellos se erige. En el discurso jurídico no se pregunta cuál resulta ser la solución más racional, sino cuál, con base en un sistema jurídico dado, es la solución más racional. La solución más razonable dentro de un sistema jurídico es la que mejor se pueda fundamentar con base en las normas de derecho vigente, considerando los criterios interpretativos establecidos en la jurisprudencia y los conceptos de la ciencia jurídica. Estos tres factores: ley, precedente y ciencia jurídica, fijan al derecho sólidamente, aunque no a tal grado como para no dejar a una serie de cuestiones jurídicas en una situación confusa y de evitar que en el futuro se presenten casos de difícil solución. Si el instrumentario jurídico no pone a disposición de los juristas los elementos para poder ofrecer solución a tales situaciones, sólo queda recurrir al discurso práctico general. Esto significa que el procedimiento del discurso jurídico, cuando debe conducir a soluciones racionales, se encuentra determinado por dos tipos de sistemas de reglas: por una parte, por reglas específicas del discurso jurídico las que responden a la obligación de respetar la ley, el precedente y la dogmática y, por la otra, por reglas del discurso práctico general que traen en consideración la pretensión de hacer fundamentables los juicios jurídicos en el marco del orden jurídico válido pero recurriendo a la razón. En esto último se fundamenta la tesis consistente en que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Debido a la obligatoriedad de la ley, de la jurisprudencia²² y al respeto a la ciencia jurídica,²³

²² En el derecho mexicano la obligatoriedad de la jurisprudencia se encuentra consagrada en los arts. 192 y 193 de la Ley de Amparo.

²³ No se debe olvidar que la doctrina no es fuente del derecho, por lo que sólo resulta recomendable su consideración con base en los principios de un discurso racional. Así, por ejemplo la han establecido los Tribunales Colegiados de Circuito en conocida tesis que a la letra establece: “*DOCTRINA. NO ES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA. Las opiniones doctrinarias que se citen en una demanda de garantías, si bien pueden revestir interés académico, no son de observancia obligatoria para los tribunales de control constitucional, ni para ningún otro. En efecto, para emitir una sentencia de amparo sólo es obligatorio acatar la Constitución, las leyes que de ésta emanen, la jurisprudencia y, cuando aquélla lo prevé, los principios generales del derecho; de modo que, mientras la aplicación de la ley no sea violatoria de garantías, o contraria a la jurisprudencia o en su caso, a los citados principios, carecen de eficacia jurídica esas doctrinas, pues el valor de éstas estriba en que den*”

las inseguridades en el resultado que se presentan en el discurso jurídico, son mucho más limitadas si se las compara con aquellas del discurso práctico general. Sin embargo, jamás se podrá alcanzar una seguridad plena de la racionalidad de un resultado.

El “*proceso judicial*” es, al igual que el legislativo, un procedimiento institucionalizado, pues se encuentra regulado por normas jurídicas,²⁴ de tal manera que, al final del procedimiento siempre existe sólo una solución jurídicamente obligatoria. En la sentencia no sólo se argumenta sino también se decide. Esto, sin embargo, no implica un abandono de la razón. Las reglas del proceso judicial, como su aplicación y resultado son, siempre y cuando ellas sean resultado de la aplicación de las reglas de los otros tres tipos de procesos, capaces de fungir tanto como justificaciones racionales jurídicas, como de crítica racional.

El sistema de procedimientos es completo. Su carácter se determina a través de la vinculación de discurso e institución, de argumentación y decisión y con ello de ideal y realidad. Lo completo se refiere en efecto sólo al lado procesal del sistema jurídico. El lado material —el contenido del derecho o derecho sustantivo— no queda comprendido. Para que dicho lado quedara comprendido se debe entender al sistema jurídico como un sistema de normas.

2. EL SISTEMA JURÍDICO COMO UN SISTEMA DE NORMAS

La base de la teoría del sistema jurídico como sistema de normas de Alexy es la diferencia entre reglas y principios. Ésta se fundamenta en dos tesis. La primera consiste en que, ni un modelo de sistema jurídico que se estructure exclusivamente con base en reglas, ni uno que se organice con base en principios, resulta aceptable. Esto sólo puede serlo un modelo que vincule el nivel de las reglas con los principios. Según la segunda regla, sin embargo, un modelo que sólo incluya reglas y principios no resulta suficiente. Sólo un modelo de

contenido a una norma”. Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Parte III, Segunda Parte-1, p. 295.

²⁴ Son precisamente las leyes procesales las que establecen de manera obligatoria las formalidades y etapas del procedimiento judicial.

tres niveles que vincule a las reglas con los principios y con los procedimientos cumple las exigencias de la racionalidad práctica. Con esto se cierra el círculo.

A. Reglas y principios

Las reglas y los principios se diferencian entre sí por el hecho de que mientras los segundos son sólo mandamientos de optimización,²⁵ los primeros son reglas con mandamientos definitivos. Como mandamientos de optimización, los principios son máximas que prescriben algo que, tanto desde un punto de vista jurídico, como factual, existe una gran posibilidad de que se realice. Esto significa que la norma se puede cumplir en diferentes grados y la medida ofrecida de su realización no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas, las que además de reglas se determinan por los principios. Éstos resultan elementos complementarios de las reglas y de manera necesaria requieren de una valoración. La valoración es para los principios un presupuesto necesario de su aplicación. En cambio, las reglas son normas que solamente se cumplen o no se cumplen. Cuando una regla es jurídicamente válida y resulta aplicable, entonces se exige hacer precisamente lo que prescribe, ni más ni menos. Las reglas contienen en este sentido prescripciones en el marco de lo posible, tanto desde un punto de vista jurídico, como factual. No requieren ser sopesadas o valoradas como presupuesto de su aplicación. La forma característica de la aplicación de la norma es la subsumición.²⁶

²⁵ Sobre los principios véase: Alexy, Robert, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, en *Rechtstheorie*, t. 1, 1979, p. 59 y ss.

²⁶ Como presupuesto de la aplicación de la consecuencia de derecho se debe constatar que un suceso concreto que se verificó en un momento y tiempo determinado puede ser concebido como un caso especial de un supuesto de derecho previsto en una disposición normativa. Esta corroboración se lleva a cabo en el curso de un proceso judicial. El procedimiento lógico que sigue la aplicación del derecho de acuerdo con este modelo se suele representar en forma de un silogismo y recibe el nombre de teoría de la subsumición. En el modelo lógico de la subsumición, la descripción de los elementos normativos a nivel abstracto —lo que en derecho penal serían los elementos del tipo— y de las consecuencias de derecho que se deben actualizar si los mismos se verifican en la realidad material en un caso concreto, sería la *premisa mayor*; en la *premisa menor* se describe lo sucedido en un hecho concreto como un caso especial de la hipótesis normativa descrita en el supuesto

La cuestión consiste en determinar cómo puede ser determinada la relación de reglas y principios en un sistema jurídico, si dicho sistema se debe realizar con base en la racionalidad práctica. Para el efecto existen tres modelos: el modelo de reglas puro, el modelo de reglas y principios, y el modelo de reglas, principios y procedimientos.

B. El modelo de reglas puro del sistema jurídico

En este modelo, el derecho consiste exclusivamente de reglas. Esto lleva implícito, por una parte, una relación entre obligación y seguridad y, por la otra, entre precisión y seguridad. Debido a que las reglas establecen los términos precisos en que se resolverá un caso, este modelo puro ofrece una gran precisión en los términos y condiciones en que debe cumplirse una obligación y con ello se garantiza la seguridad jurídica. Sin embargo, si las reglas no prescriben cómo debe resolverse un caso determinado, conforme a un sistema puro de reglas, el juez debería decidir sin fundamentación alguna,²⁷ o no de-

jurídico en donde se han realizado todos y cada uno de los elementos previstos en la correspondiente regla jurídica; finalmente, en la *conclusión* se derivan para el caso concreto el nacimiento, transmisión, modificación o extinción de los derechos y obligaciones previstas como las consecuencias de derecho a nivel abstracto en la norma. La decisión jurídica es, de esta forma, la consecuencia de que el caso concreto puede ser encuadrado —subsumido— en la hipótesis normativa como un caso especial de la misma. Véase al respecto: English, Karl, *Einfuehrung in das juristische Denken*, 8a. ed., Stuttgart, Kohlhammer, 1989, p. 43 y ss.

²⁷ Para evitar esta situación que atentaría contra los principios básicos de un Estado de derecho, en los países de la familia neorrománica en donde existe la máxima que la fuente del derecho por excelencia son las normas legislativas, existe el principio de la “*integridad del ordenamiento jurídico*”. Según éste, no existe caso alguno que no pueda ser regulado por una norma general, abstracta y obligatoria perteneciente al sistema jurídico. Cuando se puede demostrar que ni la prohibición ni la permisión de un cierto comportamiento se encuentran previstos en el sistema, entonces se puede decir que el sistema es incompleto, que el ordenamiento jurídico tiene lagunas. Cuando el sistema jurídico es incompleto por contener lagunas, debe, para ser congruente con el principio de integridad, establecer los medios con ayuda de los cuales el juez pueda encontrar una norma jurídica general, abstracta y obligatoria que le permita resolver el caso que le ha sido planteado. Dichos medios son a los que se conoce como procedimientos de integración. Dentro de éstos existen procedimientos de heterointegración y de autointegración. Los primeros consisten en la integración llevada a cabo por medio de dos vías: ya sea recurriendo a leyes distintas, o bien, ya sea recurriendo a fuentes del derecho diferentes. Dentro de este primer método caen los principios generales del derecho. El método de la autointegración, en cambio, consiste en la integración llevada

cidir.²⁸ Este problema sólo se podría resolver en el caso de que el legislador fuera capaz de emitir reglas jurídicas que previeran criterios de decisión para cualquier caso que se pudiera presentar en el futuro, lo que desde luego no resulta humanamente posible. Éste sería el déficit más grave del sistema puro. La precisión de la obligación y la seguridad jurídica se basan en la alternativa del todo o la nada. De esta forma, un sistema jurídico que se organiza exclusivamente con base en reglas padecería de una laguna de racionalidad.

a cabo con base en las normas del mismo ordenamiento que contiene la laguna. Dentro del segundo método cae la analogía. Los procedimientos de integración se encuentran prescritos para el juez de manera obligatoria por cada sistema jurídico. La ley de la materia debe señalar de qué procedimientos de integración debe valerse la autoridad cuando no exista disposición escrita aplicable al caso. De esta forma, el cuarto párrafo del art. 19 del Código Civil de México establece: *Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho*. Por su parte, el Código Civil italiano precisa: *“Si una controversia no pudiera decidirse mediante una disposición precisa, deben considerarse las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso aún siguiera en duda, se decidirá según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”*. Como caso digno de mención encontramos el Código Civil de España, el que establece como método de integración a la costumbre, la que en otros sistemas jurídicos sólo es una fuente secundaria del derecho mas no un método de integración. Sólo cuando no exista costumbre procede aplicar los principios generales del derecho para colmar las lagunas de la ley. De esta forma, en el art. 1, numeral 3 del Código Civil de España se establece: *“La costumbre sólo regirá en defecto de la ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada”*. Por su parte, en el art. 1, numeral 4 del mismo Código se encuentra prescrito: *“Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre”*. Esto significa que los principios generales del derecho, que son el método de integración primario en el derecho mexicano, son en España, al igual que en Italia, sólo un procedimiento de integración secundario. Asimismo, el Código Civil español también reconoce a la analogía como método de integración. En el art. 4, numeral 1 del mismo, se dispone: *“Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que aparece identidad de razón”*.

²⁸ También trastocaría los fundamentos de un Estado de derecho el hecho de que un juez se negara a decidir, so pretexto de que no existe una regla expresa en que pueda apoyar su decisión. Así, por ejemplo, el art. 4 del Código Civil francés establece: *“El juez que se niegue a juzgar, so pretexto de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia”*. Por su parte, el art. 18 del Código Civil vigente para el Distrito Federal determina: *“El silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”*. De esta forma, la obligación del juez de resolver todas las controversias que se le presenten a su conocimiento es el fundamento del *“principio de integridad del ordenamiento jurídico”*.

Esto no significa que, un modelo de reglas puro sea irracional. La obligación de acatar las decisiones de un legislador legítimo y la seguridad jurídica son postulados, que bien se pueden fundamentar en el marco del modelo de los cuatro niveles de procedimientos jurídicos que hemos tratado anteriormente. La seguridad jurídica constituye una razón esencial del paso del discurso práctico no institucionalizado al procedimiento institucionalizado de la labor legislativa. La obligatoriedad del criterio legislativo resulta una consecuencia necesaria de este paso. Sin embargo, el punto decisivo es que las exigencias que la razón práctica le imponen al sistema jurídico no se agotan en la seguridad jurídica y en la obligatoriedad de la ley.

Se podría decir que las lagunas racionales del sistema de reglas puro pueden ser colmadas mediante la vinculación del nivel material de las reglas con los procedimientos del discurso jurídico. Sin embargo, el hecho que un modelo de procedimientos y reglas no agota las posibilidades de la racionalidad práctica se muestra si echamos una mirada al nivel de los principios.

C. El modelo del sistema jurídico de principios y reglas

La alternativa radical que se puede oponer a un modelo de reglas puro es el sistema de principios puro, esto es, una concepción según la cual el sistema jurídico consiste exclusivamente de principios. Un modelo de principios puro iría en contra, debido a su imprecisión y suavidad, tanto de las exigencias de seguridad jurídica, como del postulado de la obligatoriedad de los criterios de decisión adoptados por los órganos legislativos institucionalizados.

En cambio, en la teoría del modelo de los principios y reglas, esto es de una teoría del sistema jurídico, según la cual el mismo se integre tanto por normas como por principios, permanece la máxima de la obligación de obedecer la regla. Por otro lado, se puede colmar la laguna de racionalidad del sistema de reglas con ayuda de los principios y, por lo mismo, no resulta posible ningún caso que no pueda ser decidido con base en criterios de derecho fundamentados en principios.²⁹

²⁹ Esta es precisamente la función y fin que en los países de la familia neorrománica del derecho tienen los principios generales del derecho. Desde su primera conceptualización en

El problema fundamental del modelo de reglas y principios consiste en la cuestión de si la integración de los principios en el sistema de derecho puede contribuir a colmar la laguna de racionalidad del modelo de reglas. Un seguidor de la teoría del sistema de reglas diría que con los principios no se ganará mucho. Esto debido a que se piensa que en los principios que van implícitos en las reglas bien se podría fundamentar cualquier decisión. Por lo mismo, no existiría diferencia alguna si se incorporaran principios externos a las reglas del sistema jurídico que si no se incorporaran los mismos. Sin embargo, esto sólo significa que, siempre es posible encontrar un argu-

el Código Civil austriaco de 1812, al concepto de principios generales del derecho se le han atribuido múltiples y variados significados, habiéndoseles equiparado con los principios del derecho natural, con los principios contenidos en la legislación positiva, con la costumbre e, incluso, con los principios reconocidos por la doctrina del derecho. En la práctica jurídica, se ha entendido que los principios generales del derecho se encuentran implícitos en el conjunto de proposiciones normativas que integran el derecho objetivo, aunque ciertamente no se encuentran formulados expresamente. Por lo mismo, deben ser inferidos o derivados del sistema del derecho positivo considerado en su conjunto, e incluso se ha llegado a reconocer que los mismos también pueden ser inferidos de sistemas de derecho extranjero que reconocen como base a la misma raíz ideológica. Los tribunales federales mexicanos han tratado de precisar el concepto y función de los principios generales del derecho en la siguiente tesis: *“PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. SU FUNCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. Tradicionalmente se ha considerado en el Sistema Jurídico Mexicano que los jueces, para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento, están sujetos a la observancia no sólo del derecho positivo-legal, sino también de los dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico, que se conocen como principios generales del derecho según la expresión recogida por el constituyente en el artículo 14 de la Carta Fundamental. La operancia de estos principios en toda su extensión —para algunos como fuente de la cual abrevan todas las prescripciones legales, para otros como su orientación o fin— no se ha entendido restringida a los asuntos de orden civil, tal y como podría desprenderse de una interpretación estricta del artículo constitucional invocado, sino que aun sin positivización para otros órdenes de negocios, es frecuentemente admitida en la medida en que se les estima como la formulación más general de los valores ínsitos en la concepción actual del derecho. Su función desde luego no se agota en la tarea de integración de los vacíos legales; alcanza sobre todo a la labor de interpretación de la ley y aplicación del derecho, de allí que los tribunales están facultados y, en muchos casos, obligados a dictar sus determinaciones teniendo presente, además de la expresión de la ley siempre limitada por su propia generalidad y abstracción, los postulados de los principios generales del derecho, pues éstos son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de la justicia de una comunidad”*. Octava Época; instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, Segunda Parte-2, p. 573.

mento jurídico, no en cambio, que el sistema jurídico prevé una solución para cualquier posible conflicto.

Para tratar de refutar la anterior crítica se debe mostrar que los principios son algo más que máximas o puntos de vista, de los cuales un jurista se pueda valer a placer. Realmente los mismos nos llevan a formas racionales de la fundamentación y de la decisión jurídica que sin ellos no sería posible alcanzar. Las más importantes de estas formas se parecen mucho al carácter de principios como máximas de optimización. Como tales promueven una realización de los objetivos del derecho de la mejor forma posible y tomando en cuenta las posibilidades jurídicas y factuales. Las máximas de optimización se relacionan con las posibilidades reales de dos maneras. Por una parte, una conducta que no sirve para realizar un principio y que a la vez limita la realización de otro, está prohibida. Por otra parte, una conducta, para la cual existe otra conducta alternativa, que sirve para realizar un principio que la primera es incapaz, o por lo menos de mejor forma que aquella, e impide la realización de otro principio de manera parcial, debe de prohibirse. Esto atendiendo a los principios de proporcionalidad, de idoneidad y de necesidad.

En el ámbito de los principios tampoco es posible derivar una respuesta para cualquier posible problema. El grado del daño y de la importancia de la violación del derecho hacen que el caso se vuelva medible, lo que exige un cálculo subjetivo y obligatorio del resultado. Sin embargo, si se considera que el sistema de principios implica varias estructuras racionales, la construcción de un sistema de jerarquías entre los principios y la construcción de limitantes de los derechos subjetivos, queda claro que el nivel de los principios es un postulado de la razón práctica.

D. El modelo de reglas, principios y procedimientos

Tanto los principios como las reglas no regulan ellos mismos su aplicación. Ellos representan sólo el lado pasivo del sistema jurídico. El lado activo de dicho sistema lo es el sistema de procedimientos. De esta forma surge el modelo de reglas, principios y procedimientos

que vincula sistemáticamente el nivel de las normas con el de los procedimientos.³⁰

3. IDEALIDAD Y REALIDAD

Existe una bien fundamentada suposición según la cual cada sistema jurídico desarrollado contiene principios que incorporan ideales jurídicos, ya sea del sistema jurídico en su totalidad o, de alguna de sus partes. En los sistemas jurídicos occidentales éstos son tanto los tres principios básicos de los derechos humanos: dignidad humana, libertad e igualdad, como los tres fines fundamentales del Estado: democracia, Estado de derecho e igualdad social. Como derecho positivo dichos principios sólo se pueden realizar de manera aproximada.

Un sistema jurídico orientado por la razón práctica posee una doble dimensión, tanto real, como ideal. La doble dimensión ideal se muestra en el nivel de los procedimientos, en la realizabilidad aproximada de las reglas del discurso y en el nivel de los principios básicos. La doble dimensión real corresponde, por una parte, al nivel de los procedimientos, a la necesidad de las instituciones y reglas y, por la otra, conduce a una concepción completamente desarrollada de la razón práctica.

IV. Principios de una teoría de la argumentación jurídica

El discurso jurídico tiene por objeto llevar a cabo la justificación de un caso especial de una afirmación normativa, de un juicio jurídico. Dos aspectos de la justificación jurídica son de relevancia: la justificación interna y la justificación externa. En la justificación interna se trata de determinar si un juicio se puede derivar, desde un punto de vista estrictamente de lógica formal, de las premisas que se hacen valer. El objetivo de la justificación externa es la verdad del contenido de las premisas.³¹

³⁰ Alexy, Robert, "Rechtssystem und praktische Vernunft", en *Rechtstheorie* 18 (1987), p. 410.

³¹ Alexy, Robert, "Theorie der juristischen Argumentation", p. 273.

1. LA JUSTIFICACIÓN INTERNA

Los problemas que se relacionan con la justificación interna han sido discutidos en la teoría del derecho bajo el concepto de “*silogismo jurídico*”. La justificación interna se puede plantear en varias reglas como sigue:

1. El principio de justicia formal exige que se observe una regla en la que se establezca una obligación según la cual todas las personas que se ubiquen dentro de una misma categoría deban ser tratadas de la misma forma.³²
2. Para fundamentar un juicio jurídico se debe recurrir por lo menos a una norma universal.³³
3. El juicio jurídico se debe derivar lógicamente por lo menos de una norma universal junto con otras afirmaciones.^{34, 35}
4. Cuando exista duda sobre si se trata de una hipótesis general o de una hipótesis que establece excepción a una hipótesis general, debe existir alguna regla que lo decida.
5. Una norma universal debe ser, en vía de la deducción, detallada a tal grado que no deje lugar a dudas que cierto caso real constituye una realización de la hipótesis en ella prevista.³⁶

2. LA JUSTIFICACIÓN EXTERNA

El propósito que sigue la justificación externa es la fundamentación de las premisas que se utilizan en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos muy diferentes como sigue:

³² El principio de universalidad le sirve de base al principio de justicia formal.

³³ Este esquema no resulta suficiente para trabajar con casos complicados. Este sería el caso de normas que establecen hipótesis alternativas; de normas cuya aplicación requiere de una precisión por otras normas que las definen, limitan o remiten; por normas que prevén diversas consecuencias de derecho, o por normas cuya formulación hace posibles varias interpretaciones. *Ibidem*, p. 276.

³⁴ No se establece cómo debe ser creada la norma universal y no se descarta que la norma universal pueda ser modificada por una norma especial o una cláusula de escape.

³⁵ Sin la observancia de dichas reglas sería posible tratar a dos individuos que se encuentren en el mismo caso, una vez como personas que se encuentran bajo el supuesto previsto en la norma y otra como sujetos que no caen dentro de dicha hipótesis.

³⁶ *Ibidem*, p. 283.

1. Reglas del derecho positivo.
2. Afirmaciones empíricas.
3. Premisas que no son ni afirmaciones empíricas ni reglas de derecho.³⁷

A estos diversos tipos de premisas corresponden distintos métodos de fundamentación. El fundamento de una regla como regla del derecho positivo se lleva a cabo mediante la comprobación de que en el caso concreto se cumplen los criterios de validez del orden jurídico. En cambio, para fundamentar las premisas empíricas se puede recurrir a diferentes métodos de conocimiento, tales como los métodos de las ciencias empíricas en relación con las máximas de las suposiciones razonables o a las reglas probatorias en los procesos. La fundamentación de aquellas premisas que no son, ni reglas, ni afirmaciones empíricas, contribuye al desarrollo de lo que se conoce como argumentación jurídica.

Entre los tres diversos tipos de premisas existen relaciones múltiples. Así, por ejemplo, en la fundamentación de una norma con base en el criterio de validez de un orden jurídico, puede resultar necesario interpretar las normas jurídicas que establecen los criterios de validez jurídica. Esto resulta especialmente importante cuando los criterios de validez se encuentran sujetos a límites constitucionales implícitos, tales como los establecidos en los derechos humanos previstos en la Constitución. La argumentación jurídica puede tener un valor decisivo no sólo para la interpretación de una norma jurídica, sino también para la corroboración de la validez de la norma. Esto vale también por cuanto hace a la comprobación de situaciones de hecho. De esta forma, puede depender de la interpretación de una regla sobre la prueba, lo que como hecho se encuentra en la fundamentación. Precisamente estas múltiples limitaciones hacen necesario diferenciar los tres métodos de fundamentación de manera clara. Sólo así se podría analizar su interrelación práctica.³⁸

Enseguida se hará especial énfasis en las premisas que ni son reglas de derecho ni afirmaciones empíricas.

³⁷ *Ibidem*, p. 276.

³⁸ *Loc. cit.*

A. Los seis grupos de reglas y formas de la justificación externa

En una clasificación por demás elemental, las formas de los argumentos y reglas de la justificación externa se pueden dividir en seis grupos:

1. Las reglas y formas de la interpretación.
2. La argumentación dogmática.
3. El valor de los precedentes.
4. La argumentación general práctica.
5. La argumentación empírica.
6. Las formas especiales de los argumentos jurídicos.

Si nosotros pudiéramos definir con una sola palabra estos grupos podríamos decir que son: 1) ley; 2) dogmática; 3) precedentes; 4) razón; 5) empiria, y 6) formas de argumentos jurídicos especiales. La tarea de una teoría de la justificación externa es el análisis lógico de las formas de argumentos tal y como se han clasificado por grupos. El resultado más importante para el análisis es la consideración de la necesidad y de las posibilidades de sus interrelaciones. La investigación de la interrelación de los argumentos de las diferentes formas hará más clara la relación, sobre todo, del papel de lo empírico y de la argumentación general práctica en el discurso jurídico.

B. Las reglas y formas de la interpretación

Hasta hoy día no ha sido posible ponerse de acuerdo sobre cuáles son los métodos de interpretación jurídica, su significado y valor. Para la TAJ carece de sentido tomar posición en la discusión sobre estas cuestiones, antes de analizar dichos métodos.

Una de las tareas más importantes de los métodos consiste en aportar argumentos para fundamentar los diversos tipos de interpretaciones. Sin embargo, su función no se agota en tal objetivo, pues también puede contribuir a fundamentar de manera mediata las normas que no son de derecho positivo, así como de una diversidad de principios jurídicos.³⁹

³⁹ *Ibidem*, p. 288.

Para la TAJ el análisis de los métodos de interpretación resulta importante para clarificar el rol de las formas de los argumentos en el discurso jurídico. Para el efecto, los métodos de interpretación se dividirán en seis grupos: semántico, genético, histórico, comparativo, sistemático y teleológico. Según Alexy, cada uno de esos métodos son diferentes formas de argumentación.

Los *argumentos semánticos* pueden ser utilizados para justificar o criticar una interpretación, o por lo menos para legitimarla desde un punto de vista semántico.⁴⁰ Existen diferentes formas sobre cómo se puede descifrar el sentido semántico de los términos en que se encuentra expresada una disposición normativa. Éste abarca desde consideraciones empíricas hasta la autoridad de los diccionarios, tanto técnicos, como comunes. Sin embargo, el argumento semántico por sí mismo resulta insuficiente para fundamentar una decisión. Por una parte, los términos que se utilizan en las proposiciones normativas suelen ser vagos, además de que la cuestión relativa a determinar si un hecho puede ser conceptuado como la realización de una hipótesis normativa no se resuelve atendiendo al significado del lenguaje en que se expresa, sino mediante una fijación o determinación del mismo. Las otras formas de los argumentos sirven a la justificación de tales pruebas.⁴¹

El *argumento genético* es aquel en donde la interpretación se fundamenta en la voluntad inmediata del legislador. Se pueden diferenciar dos formas básicas del argumento genético: 1. Cuando un resultado puede ser concebido como objeto inmediato de la voluntad del legislador. 2. Cuando un resultado puede ser concebido como necesario para el cumplimiento combinado de diversos objetivos que se propuso el legislador de manera inmediata.⁴² La dificultad de este tipo de argumento consiste en determinar lo que fue la voluntad del legislador en el momento histórico en que se presentó la misma. ¿Es la voluntad del legislador la de la totalidad de los representantes? Si este último es el caso, ¿qué sucede cuando la mayoría de los legisla-

⁴⁰ *Ibidem*, p. 289.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 290-291.

⁴² Este caso bien podría ser concebido como una variante del argumento teleológico. *Ibidem*, p. 290.

dores tiene poca idea del tema de la ley?; ¿qué sucede cuando en el transcurso del proceso legislativo se expresan diferentes ideas y opiniones sobre el propósito de una ley?; ¿cómo comprobar cuál es el contenido de la voluntad del legislador?: ¿la de quien preparó el proyecto, la del dictamen de comisiones, la de las opiniones de los legisladores?; ¿qué sucede cuando dichas opiniones requieren una interpretación? Además, para determinar la voluntad histórica del legislador se deben indagar hechos que inciden en el proceso legislativo, de los que en muchos casos no existe registro alguno. Estas cuestiones hacen claras las dificultades de la argumentación genética. Se debe hacer mención que para determinar cuál es la voluntad de los participantes en el proceso legislativo, preciso es recurrir tanto a expresiones del lenguaje, como a la corroboración de circunstancias prácticas. De esta forma, la argumentación semántica y genética aparecen como un caso especial de la argumentación empírica.⁴³

De *una interpretación de tipo histórico* se puede hablar cuando los hechos de la historia de un determinado problema jurídico se utilizan como fundamento en favor o en contra de cierta interpretación. En este caso, la interpretación puede recurrir: 1. A una solución del problema que ya ha sido puesta en práctica. 2. Al recurso de una experiencia histórica para demostrar que determinada solución no es deseable. Este tipo de interpretación supone un conocimiento serio de las ciencias humanas —economía, historia, sociología— y tiene por objeto fundamentar una premisa normativa.⁴⁴

El *argumento comparativo* se fundamenta en una situación jurídica que se presentó en otra sociedad diferente a aquella a la que pertenece la norma que se interpreta. Al igual que la interpretación histórica, este tipo de argumentación encierra una premisa normativa.⁴⁵

⁴³ *Ibidem*, p. 294.

⁴⁴ *Loc. cit.*

⁴⁵ No obstante que el recurso al método comparativo resulta cada vez más necesario en un mundo globalizado, en México no existe fundamento alguno para exigir su aplicación. Al respecto, en conocida tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito se ha establecido lo siguiente: “DERECHO COMPARADO. LAS AUTORIDADES NO ESTÁN OBLIGADAS A RESOLVER CON APOYO EN ÉL. Conforme a lo dispuesto por el artículo 14 constitucional, las autoridades encargadas de la administración de justicia están obligadas a resolver conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la legislación sustantiva vigente y, a

El *argumento sistemático* considera a la norma en el contexto de su ubicación dentro de una ley y, en general, dentro de todo el sistema jurídico. También considera la relación lógica y teleológica de una norma, con otras normas, objetivos y principios de la ley. El argumento sistemático es el adecuado para superar las contradicciones normativas que se presenten en una ley.⁴⁶

El *argumento teleológico* presupone un análisis pleno de los conceptos de objetivo y de medios; y con esto los de los conceptos que se relacionan estrechamente con los mismos, tales como el de intención y el de necesidad práctica. Cuando se utiliza el argumento teleológico se trata de lo que Karl Larenz ha denominado “*teleológico objetivos*”,⁴⁷ esto es, a los objetivos de la ley que no se refieren a los propósitos que tuvo cualquier persona o grupos de personas tanto en el pasado como en el presente, sino más bien a los objetivos raciona-

falta de ésta, en los principios generales del derecho, los que en ninguna forma comprenden el derecho comparado, cuya disciplina está considerada como fuente del derecho mexicano, que estudia a los diversos sistemas jurídicos existentes, a efecto de determinar las semejanzas y diferencias entre éstos y que, en su caso, permitiría una mayor comprensión del derecho nacional, pero de ninguna manera resulta jurídico exigir a los juzgadores que resuelvan con apoyo en esa ciencia, porque no existe sustento legal que los faculte a ello”. Novena Época; instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. V, enero de 1997, tesis: XXII.16 K; p. 456.

⁴⁶ Sobre el valor del método de interpretación sistemático, digna de mención resulta la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia: “*INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES. Los principios filosóficos del derecho y de la hermenéutica jurídica aconsejan que para descubrir el pensamiento del legislador, es necesario armonizar o concordar todos los artículos relativos a la cuestión que se trate de resolver para, en esa forma, conocer su naturaleza, sea para decidir entre los diferentes sentidos que la letra de la ley pueda ofrecer, sea para limitar la disposición, o bien, al contrario, para extenderla a los casos que el legislador parece haber olvidado, pero que se hallan evidenciados, supuesto que el órgano legislativo regula de modo general, mediante las leyes que expide, el conjunto habitual de las situaciones jurídicas y delega en el juzgador la facultad de encajar los casos imprevistos dentro de esas normas generales, valiéndose para ello de los procedimientos de la analogía o de la inducción, o del criterio existente dentro de las convicciones sociales que integran y orientan el orden jurídico vigente”.* Quinta Época; instancia: Cuarta Sala; fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXIX, p. 5084.

⁴⁷ Según Larenz la denominación “*teleológico objetivos*” se debe a que “*en ellos, no se trata de que el legislador ha sido consciente de ellos siempre que se puede comprender condicionada por ellos sólo su regulación en conjunto”.* Metodología de la ciencia del derecho, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, 1994, p. 331.

les o propios del orden jurídico existente.⁴⁸ Los objetivos racionales son aquellos que en el marco del orden jurídico con base en una argumentación racional se sostendrían de manera decisiva. Los argumentos teleológicos remiten a una argumentación empírica. Debido a que existen las normas se debe cumplir con sus objetivos. A menudo se establecen varios objetivos no para una norma, sino para un grupo de normas y los mismos no se delimitan o se excluyen entre sí, por lo que resulta necesaria una combinación de objetivos. El problema fundamental de los objetivos legales consiste en que, con frecuencia, cuando los mismos se encuentran definidos en una norma, sólo ayudan a aclarar u orientar el contenido normativo de una disposición. Asimismo, resulta oportuno mencionar que la interpretación teleológica es una interpretación con base en principios que no se deducen lógicamente de las reglas.⁴⁹ Digno de destacar resulta el hecho de que al argumento teleológico se le suele conceder una mayor jerarquía sobre los otros.⁵⁰

Finalmente, se debe destacar que, todas las formas de los argumentos jurídicos y prácticos se refieren a enunciados empíricos que se pueden subsumir en disciplinas científicas. Esto implica una relación entre el derecho y otras disciplinas científicas que se resuelve

⁴⁸ El argumento teleológico es también un recurso habitual en el derecho federal de los Estados Unidos. Así, el juez Reed en el caso *U.S. v. American Trucking Assoc*, estableció: “El lenguaje debe ser tomado en cuenta de tal manera que se dé efecto a la intención del Congreso... En efecto, no existe mayor evidencia persuasiva del efecto de la ley, que las palabras que la legislatura utilizó para dar expresión a sus deseos... A menudo las palabras resultan suficientemente claras... En tales casos nosotros debemos darles su significado ordinario. Cuando el significado nos conduce a un resultado absurdo o fútil, este tribunal ha visto más allá de las palabras a los propósitos de la ley”. 310, U.S. 534 (1940).

⁴⁹ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 295-298.

⁵⁰ Así, por ejemplo, en México, la Suprema Corte ha sostenido: “*Dos elementos debe tener en cuenta el juzgador al interpretar la ley: el texto o sentido gramatical de las palabras, y la intención o propósito que llevaron al legislador a dictarla. Claro que cuando el sentido gramatical va enteramente de acuerdo con el fin que se persigue, no habrá duda sobre la aplicación de la ley; pero si examinados los propósitos del legislador, se encuentra una palpable contradicción entre estos propósitos y el aparente significado de las palabras empleadas, todo hace suponer que esta significación no es real, y debe procurarse preponderantemente descubrir cuál fue la voluntad manifestada en el precepto legal, ya que, de acuerdo con ella, es como debe decidirse la controversia*”. *Semanario Judicial de la Federación*, t. XVIII, p. 116.

en el campo de la interdisciplina. Por lo mismo, la importancia de los conocimientos científicos en la argumentación jurídica es de vital importancia, aunque esto no implique que el discurso jurídico se puede reducir a discurso empírico.

C. El rol de los cánones en el discurso jurídico

Con relación al rol de los cánones en el discurso jurídico se deben analizar los siguientes aspectos:

1. El campo de su aplicación.
2. Su estatus lógico.
3. La necesidad de su agotamiento (comprobaciones empíricas).
4. Las diferentes funciones de sus diferentes formas.
5. El problema de su jerarquía.
6. La solución del problema de la jerarquía.

Por cuanto hace al “*campo de aplicación*” se puede decir que las diferentes formas de argumentación jurídica han sido vistas como formas de argumentos en favor o en contra de una determinada interpretación de una norma presupuesta con base en una regla sobre el uso del lenguaje. Para fundamentar una restricción prevista en una norma se puede recurrir a la observación de cómo se interpreta la regla en otro país y para el caso de fundamentación de una norma que no se deriva del derecho positivo, puede ser utilizado como argumento un objetivo que se persigue por el derecho.⁵¹

El “*estatus lógico*” de los cánones resulta dudoso. En realidad, las diferentes formas de los argumentos no constituyen reglas. Ellas no establecen lo que se debe de hacer de manera condicionada o incondicionada. Por otra parte, son algo más que puntos de vista o directrices. Ellas son más bien esquemas de argumentos de forma determinada, de las cuales se derivan formas de expresión especial, o bien, pueden ser fundamentadas con base en una regla presupuesta. Como forma de los argumentos, los cánones caracterizan la es-

⁵¹ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 300.

estructura de lo argumentado jurídicamente. De un análisis complejo de todas las formas posibles del discurso jurídico resultaría algo así como una gramática de la argumentación jurídica. Con eso no se habría dicho nada sobre lo que debe ser dicho con los medios del lenguaje que pertenece a esta gramática. Sin embargo, se mostraría cómo se puede proceder para alcanzar un resultado razonable.

Un argumento de una forma determinada sólo resulta completo cuando contiene todas y cada una de las premisas que corresponden a dicha forma. A esto se le conoce como el principio de “*la necesidad del agotamiento*”. Las premisas necesarias para cumplir con dicho principio son de tipos diferentes.⁵² La “*necesidad del agotamiento*” asegura la racionalidad en el uso de los cánones. Siempre resulta necesaria la indicación de todas las premisas empíricas o normativas cuya verdad pueda ser objeto de discusiones posteriores.

Un rol especial juegan los argumentos empíricos. Fundamentar algo empíricamente consiste en comprobar el uso del lenguaje, afirmaciones que expresan la voluntad del legislador o bien de las personas que participaron en el proceso legislativo, recurriendo a situaciones jurídicas del pasado, a situaciones jurídicas en otros países, así como a las hipótesis normativas que se encuentran en la base de las afirmaciones que se refieren a las consecuencias jurídicas.⁵³ Junto a las “*afirmaciones empíricas*”, las formas de los argumentos no contienen premisas normativas que se deriven de la ley. Esto resulta especialmente importante para las formas de interpretación histórica, comparativa y teleológica.

Las “*diferentes formas de los argumentos*” cumplen diferentes funciones. De esta forma, el argumento semántico y el genético se caracterizan por la vinculación de lo decidido por la ley y por la voluntad del legislador. Los argumentos histórico y comparativo posibilitan la consideración de la experiencia jurídico-práctica en tiempos pasados o en otras sociedades. El argumento sistemático sirve para mantener al orden jurídico libre de contradicciones. Finalmente, la argumentación teleológica abre la posibilidad de hacer valer argumentos generales de tipo racional-prácticos.⁵⁴

⁵² *Ibidem*, p. 301.

⁵³ *Loc. cit.*

⁵⁴ *Ibidem*, p. 302.

Los argumentos con base en las “*distintas formas*” pueden conducir a distintas soluciones para el mismo caso. De esto se deriva una doble inseguridad. Por una parte, una forma puede ser agotada de diferente manera que otra y, por la otra, diferentes formas se pueden utilizar para fundamentar diferentes resultados. Esto hace necesaria una jerarquía de los diferentes tipos de argumentos. No obstante que en la doctrina este tema no se ha resuelto en definitiva y que la teoría de la argumentación no requiere de una solución definitiva del “*rango de las fuentes*”, sí, en cambio, se pueden precisar algunas reglas que en casos prácticos sirven para resolver los conflictos que se derivan de los resultados a que se llega haciendo uso de diferentes tipos de argumentos, como sigue:

1. Los argumentos teleológicos prevalecen sobre los demás.
2. Los argumentos que se basan en el texto de la ley o en la voluntad histórica del legislador prevalecen sobre aquellos que se basan en la simple razón.
3. La determinación del peso de cada argumento se resuelve con reglas de valor de los argumentos.
4. Todo tipo de argumento que se pueda esgrimir se debe considerar, independientemente de su jerarquía.

D. La argumentación dogmática

La argumentación jurídica-dogmática, en sentido estricto, es la ciencia jurídica que practican los juristas. Esta disciplina científica cumple tres funciones fundamentales:

1. Describe el derecho válido.
2. Proporciona un sistema conceptual del derecho.
3. Propone soluciones para resolver los casos jurídicos problemáticos.

Con base en cada una de estas tres funciones fundamentales de la ciencia jurídica se pueden diferenciar tres dimensiones de la misma: una “*empírica-descriptiva*”, una “*lógico-analítica*” y una “*normativa-práctica*”.⁵⁵

⁵⁵ *Ibidem*, p. 308.

La función “*descriptiva-empírica*” consiste en una descripción y pronóstico de la práctica jurídica e indagación de la voluntad del legislador. La función “*lógico-analítica*” tiene por objeto analizar los conceptos jurídicos y llevar a cabo la investigación de las relaciones lógicas entre las diferentes normas y principios jurídicos. La función “*normativa-práctica*” se refiere a la interpretación de las normas y a la propuesta de creación de nuevas normas e institutos, así como a la crítica de las decisiones judiciales.⁵⁶

De esta forma, la dogmática jurídica consiste en una interrelación de frases que se refieren a normas y a la jurisprudencia, pero que van más allá de su simple descripción. Estas frases se encuentran interrelacionadas unas con otras, de tal manera que no existen contradicciones entre ellas, que utilizan los mismos conceptos para expresar los mismos hechos y que se encuentran interrelacionadas de tal forma que unas se derivan de las otras. Dicho conjunto de frases forman parte de un sistema que se encuentra libre de contradicción, además de que las mismas pertenecen a subdisciplinas institucionalizadas (derecho penal, civil, constitucional, etc.). Los tribunales suelen recurrir a la dogmática y participar en el desarrollo de la misma, no obstante que formalmente hablando no es una fuente del derecho.^{57, 58}

⁵⁶ *Ibidem*, p. 309.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 311, 312 y 314.

⁵⁸ Sobre los límites del uso de la doctrina en la aplicación del derecho se han pronunciado los tribunales federales mexicanos de la siguiente forma: “*CONCEPTOS DE NULIDAD APOYADOS EN LA DOCTRINA, RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN. Si bien es del todo correcto admitir que por disposición expresa del Código Fiscal de la Federación, las Salas integrantes del Tribunal Fiscal, al dictar sus sentencias, deben resolver todas y cada una de las cuestiones que les son planteadas y que, además, es una práctica usual que las partes en juicio suelen invocar distintos criterios doctrinales para apoyar sus defensas o excepciones; sin embargo, la invocación de teorías o postulados cuyo valor puede ser incontrovertible, siempre se debe realizar vinculando tales conceptos, con un específico punto de la litis que en juicio se esté ventilando por lo que, si este último se resuelve a la luz del marco normativo vigente y aplicable, ninguna razón habrá para obligar al órgano jurisdiccional del conocimiento, no sólo a resolver la cuestión planteada sino, además, a refutar todos y cada uno de los cuestionamientos doctrinales que se le hayan invocado*”. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 493/90. Speed Méx., S. A. de C. V. 5 de junio de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Alberto Pérez Dayán, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Parte VI, Segunda Parte-2, p. 485.

Más concretamente, Alexy señala que las funciones de la dogmática jurídica se pueden clasificar como sigue:

1. Función de estabilización.
2. Función de evolución.
3. Función de descarga.
4. Función técnica.
5. Función de control.
6. Función heurística.

La “*función de estabilización*” consiste en que la dogmática contribuye a fijar determinadas soluciones prácticas y a hacerlas reproducibles. Debido a que la doctrina se encuentra institucionalizada, sus propuestas de solución pueden ser fijadas y aceptadas por un largo periodo. Dicha función es requerida por razones prácticas. Por otra parte, para garantizar la estabilidad de los argumentos, quien propone un nuevo argumento que refuta a otro generalmente aceptado carga con la carga de la prueba. Las razones que se hagan valer para proponer una nueva solución deben ser tan buenas que no sólo propongan nuevas soluciones que resulten jurídicamente razonables, sino que también justifiquen el rompimiento con la tradición.⁵⁹

La “*función de la evolución*” de la dogmática se deriva del hecho de que en la ciencia jurídica se exige una discusión permanente de tal detalle y refinación racional que redunde en una evolución constante del pensamiento jurídico. Sin embargo, dicha evolución no sólo depende de la actividad intelectual de los juristas sino también del trabajo legislativo y de los cambios de concepciones de valores que se presentan dentro de la sociedad.⁶⁰

La “*función de descarga*” de la dogmática se presenta cuando la reflexión y definición de conceptos y conclusiones jurídicas contribuyen a descargar de trabajo a los aplicadores del derecho. Esto debido a que las conclusiones alcanzadas en el campo de la dogmática permiten que los aplicadores del derecho no tengan que realizar para cada caso un examen de fondo de los dichos conceptos y conclusio-

⁵⁹ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 325-327.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 328.

nes y a tomarlos tal y como la doctrina los entiende. La dogmática también permite que los juicios de valor no se tengan que discutir en cada caso de manera especial. Sin embargo, el valor de la descarga es siempre limitado. En ocasiones se debe elegir entre diversas alternativas y, por otra parte, la dogmática muchas veces contribuye más a crear problemas que a solucionarlos.⁶¹

La “*función técnica*” resulta de gran relevancia pues lleva a cabo una actividad sistematizadora que pretende organizar los contenidos legales en conceptos fundamentales y en instituciones jurídicas, las que permiten una organización lógica-racional del material jurídico. Las mismas proporcionan una perspectiva sencilla, muy amplia y rápida de los contenidos jurídicos. Asimismo, se facilita la función de información y con ésta la de la aplicación del derecho.⁶²

La “*función de control*” de la dogmática es también muy importante pues contribuye a generalizar las concepciones jurídicas y a estandarizar los criterios de solución. Se pueden distinguir dos tipos de controles. Por una parte, en el examen sistemático en sentido estricto se comprueba la compatibilidad de los conceptos dogmáticos entre sí. Por la otra, en el examen sistemático en amplio sentido, se fundamentan la compatibilidad general práctica de los juicios con ayuda de los diferentes conceptos dogmáticos. Esto ayuda a los científicos a decidir los casos no de manera aislada sino a la luz de una multitud de casos del mismo tipo ya decididos y por decidir. Así, se aumenta la efectividad del principio de universalidad, con lo que contribuyen a la justicia.⁶³

La “*función heurística*” de la dogmática presta ayuda para realizar nuevas críticas y determinar otras interrelaciones, al sugerir nuevas cuestiones que de otra forma no se podrían presentar.⁶⁴

E. El valor de los precedentes

En la TAJ el valor de los precedentes judiciales adquiere una importancia especial. El fundamento del valor de los precedentes es el prin-

⁶¹ *Ibidem*, pp. 329-330.

⁶² *Ibidem*, p. 331.

⁶³ *Ibidem*, pp. 331-332.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 332.

cipio de universalidad. Según éste, cada concepción de justicia encuentra su fundamento en la condición formal de la exigencia de tratar igual a los iguales. Esto trae como consecuencia, que se decida de igual forma un caso del presente que otro caso similar que ya fue decidido en el pasado.⁶⁵ Una de las más serias complicaciones del uso de los precedentes consiste en que no existen dos casos completamente iguales y que, a pesar de las similitudes, siempre es posible encontrar diferencias. Con esta situación, el problema se desplaza a la determinación de la medida en que las diferencias que existen entre dos casos parecidos sean o no jurídicamente relevantes, de tal forma que se justifique la adopción del mismo criterio de decisión para ambos. Cada caso debe aspirar a ser resuelto de manera correcta y dentro de dicha corrección se encuentra la pretensión de universalidad —un caso similar debe ser resuelto de igual forma—. Esto hace necesaria la consi-

⁶⁵ El principio de universalidad en que se fundamenta el valor de los precedentes se encuentra formulado en los países que pertenecen a la familia del *Common Law* en la doctrina del “*stare decisis*”. El concepto: “*stare decisis*”, proviene de la expresión latina: “*stare decisis et non quieta movere*”, que traducida al español significa: “*estar a lo decidido y no perturbar lo que esté firme*”. Los principios de la doctrina del “*stare decisis*” se remontan a los tiempos del gobierno de Enrique II, quien reinó entre 1154 y 1189; sin embargo, la misma no adquirió madurez plena sino hasta que se estableció un sistema de tribunales bien organizado y estable, y hasta en tanto fue posible contar con publicaciones ordenadas y sistemáticas de decisiones judiciales, lo que ocurrió hasta finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Según la teoría del “*stare decisis*”, dentro de una circunscripción jurisdiccional soberana, todos los tribunales que dentro de la misma existan, se encuentran obligados a respetar las decisiones de los tribunales de superior jerarquía. Estas decisiones son obligatorias —“*are binding on the courts*”—, esto es, los criterios de decisión que en las mismas se contienen, deben de ser seguidos por los tribunales inferiores, sin importar si a estos tribunales les parecen correctas o falsas. Dichas decisiones seguirán siendo obligatorias para el futuro a menos que las mismas sean puestas fuera de vigor. Una sentencia puede ser puesta fuera de vigor —“*overruled*”— por otra decisión posterior del tribunal que la emitió, entretanto este tribunal no se encuentre obligado por sus propias decisiones o por una decisión de un tribunal superior o, finalmente, por una ley. Las decisiones de los tribunales inferiores tienen, para los tribunales superiores, solamente una autoridad persuasiva —“*persuasive authority*”—. Como fundamento de la obligación de atenerse a las decisiones precedentes de los tribunales superiores, se sostiene en Inglaterra que los jueces superiores, a quienes incluso se les denomina “*Her Majesty’s Judges*”, se encuentran en un contacto inmediato con la fuente primaria de todo el derecho, algo así como si tuviesen un don especial para ver con claridad y trabajar con los principios básicos del derecho. En los Estados Unidos, junto a esta idea encontramos los principios de previsibilidad, de igualdad y de economía. En ambos países se coincide en que un sistema de “*Case Law*” sólo puede funcionar cuando, de alguna forma, las decisiones anteriores resultan obligatorias para los jueces en el futuro.

deración de los precedentes. Los conceptos jurídicos o criterios de los precedentes se diferencian de aquellos de la ciencia jurídica en el hecho de que su objetivo no es proponer soluciones, sino que se utilizan para imponer conductas. Cuando un precedente puede ser utilizado a favor o en contra de una decisión, entonces la seguridad jurídica recomienda que se utilice. Por el contrario, un precedente sólo debe ser alterado cuando existen razones suficientes para el efecto. Quien cambia está obligado a fundamentar dicho cambio.⁶⁶ De esta forma, los precedentes contribuyen a estabilizar soluciones y con ello contribuyen a la seguridad jurídica y a la confianza del derecho.

En la medida en que se respete la obligación derivada de la regla de la carga de la argumentación, se abre la posibilidad de apartarse del precedente. Al respecto, se suele distinguir entre la técnica para apartarse del precedente y de las razones para el cambio.⁶⁷ Las técnicas del cambio del precedente son parte integrante de las técnicas que se utilizan para valorar y aplicar los precedentes.⁶⁸

El valorar a un precedente significa valorar la norma en la que se fundamenta la decisión que da nacimiento al mismo. Al respecto se debe destacar que también el derecho de los precedentes es derecho de normas. Aquí la cuestión es determinar lo que debe ser visto como norma prejudicial. En el derecho angloamericano se han acuñado una serie de teorías para diferenciar entre “*ratio decidendi*”⁶⁹ y “*obiter*

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 336-337.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 339.

⁶⁸ En el derecho mexicano la posibilidad de cambiar la jurisprudencia se encuentra prevista en el art. 194 de la Ley de Amparo.

⁶⁹ En el derecho angloamericano se entiende por “*ratio decidendi*” o “*holding*” los fundamentos de la sentencia, esto es, los argumentos jurídicos sobre los que descansa la decisión. Dichos argumentos son los que resultan obligatorios jurídicamente hablando. En dichos fundamentos jurídicos de un caso decidido, se informa sobre cuál es la aportación que se hace en el mismo al derecho material en general. Para encontrar la *ratio decidendi* se deben considerar los argumentos que han servido para la solución jurídica de las cuestiones materia de la litis —“*issues*”—; sólo los argumentos jurídicos generales sobre los que se apoya la decisión constituyen la “*ratio decidendi*”, esto es, las reglas sin las cuales el caso habría sido decidido de otra manera. La “*ratio decidendi*” se debe distinguir de los “*rules*” o los “*principles of the case*”, pues éstos son los principios jurídicos que se deducen del contenido de la sentencia por una decisión posterior o por la doctrina, esto es, los mismos son producto de la interpretación del “*holding*”, por lo que no necesariamente tienen que ser idénticos a éste. Las partes de una sentencia que no constituyen “*ratio decidendi*”, tienen un valor mínimo como precedente.

dictum".⁷⁰ De aquí se deriva la posibilidad del "*distinguishing*"⁷¹ y del "*overruling*".⁷²

⁷⁰ En los fundamentos de una sentencia se puede contener también un "*obiter dictum*", que son argumentos que como tales no tienen fuerza como precedente obligatorio, pero que se refieren al problema controvertido y en donde se establecen nuevas reflexiones o puntos de vista sobre la situación legal del caso. El contenido del "*obiter dictum*" tiene la función de fungir como argumentos subsidiarios cuyo objeto es ayudar a obtener una mejor comprensión de una situación jurídica. Una "*dicta*", sin embargo, pudiera adquirir fuerza obligatoria debido a que el juez que la emitió goza de gran reputación o debido a que su argumento se encuentra muy bien formulado y un juez, en un caso similar en el futuro, se ha visto obligado a tomar posición frente a la misma incorporándola en los "*issues*" de su sentencia como "*ratio decidendi*". La frontera entre lo que puede ser una "*ratio decidendi*" y un "*dictum*" puede ser muy sutil, muchas veces los jueces mismos no saben si se encuentran ante la una o ante el otro.

⁷¹ La doctrina del "*stare decisis*" no es un principio rígido, sino que le deja abierta al jurista la posibilidad de hacer valer múltiples y muy variados argumentos. El proceso judicial — "*judicial process*" — mediante el que se busca y se desarrolla el derecho que en cada caso resulte aplicable es muy flexible. Debido a que en el derecho angloamericano existe un principio según el cual en cada caso en que ya se ha decidido, se ha decidido conforme a lo que realmente fue expuesto ante el tribunal, se ha establecido un método llamado "*distinguishing*", que permite poder distinguir entre el caso que le ha sido planteado al tribunal a conocimiento y el caso que pretende utilizar como precedente. El tribunal, no importa cuál sea su instancia, puede examinar cada precedente independientemente del resultado a que hayan llegado los otros tribunales, cada uno de ellos puede encontrar diferencias entre el caso precedente y el caso planteado. Mediante la diferenciación de casos se limita el número de resoluciones en que se puede fundamentar la resolución en un caso concreto y, por otra parte, se determinan nuevas reglas pues se establecen los límites de la aplicabilidad de cada caso que ha sido diferenciado de otro. La "*distinguishing*", que representa el punto de partida para el desarrollo del "*Case Law*", se determina con base en la "*ratio decidendi*". La "*distinguishing*" abre la puerta para establecer una serie de argumentos que permitirán crear nuevas reglas jurídicas para nuevos casos. En términos generales existen dos tipos de distinciones: la distinción de derecho — "*distinguishing in law*" — y la distinción de hechos — "*distinguishing in fact*" —. Como cada juez debe interpretar las decisiones de otros jueces en casos anteriores que resulten similares, puede resultar que el juez interpreta el precedente de una forma diferente a la forma en que la hubiera interpretado el tribunal que emitió la decisión. De esta forma, a la decisión precedente se le cambia, si bien es cierto no esencialmente, su sentido original. Así, el significado primario se va adaptando a las necesidades que se plantean en nuevos casos. Asimismo, puede suceder que una resolución, la que debido a la similitud de circunstancia entre los hechos que fueron objeto de decisión judicial en la misma y los hechos que serán la materia de la litis en un caso de que deberá conocer otro tribunal, deba ser tomada como caso precedente para la resolución del nuevo caso. Sin embargo, debido a que el juez que considera la resolución del primer tribunal puede ser de la idea que para la resolución del caso del que él conoce no resultan importantes cuestiones legales o situaciones de hecho que en el primer caso fueron esenciales, bien puede ser que la interpretación de la sentencia por el segundo tribunal resulte diferente a la que el tribunal que la emitió le hubiera dado. Si, en cambio, entre ambos casos no existen diferencias de hecho, el juez debe de seguir el caso precedente — "*following the precedent*" —. Cuando existen diferencias de hecho, pero que no resultan jurídicamente relevantes, también se debe aplicar el precedente — "*applying the precedent*" —.

⁷² El "*overruling*" es el acto por medio del cual un precedente es puesto fuera de vigor por un criterio que se establece en una nueva decisión.

La utilización de precedentes se muestra como un procedimiento argumentativo, que como tal se exige por razones prácticas y generales (principio de universalidad y carga de la prueba de la argumentación). Los criterios que contienen los precedentes se consideran argumentos jurídicamente razonables y su uso presupone que en la nueva decisión se hagan valer otros argumentos diferentes a los que se esgrimen en la decisión precedente, en especial argumentos de carácter general práctico.⁷³

F. El uso de las formas de argumentación jurídica especial

Bajo el concepto de formas de argumentación jurídica especial se encuentran: la analogía, el “*argumentum e contrario*”, el “*argumentum a fortiori*” y el “*argumentum ad absurdum*”.

La analogía es una forma de argumento jurídico que permite trasponer las consecuencias jurídicas que se encuentran previstas en una disposición a un tipo especial de casos, que aunque resultan diferentes a aquellos, acusan tal similitud con los mismos que la aplicación de dichas consecuencias se encuentra justificada con base en los principios de universalidad y de trato igual a los iguales. En el uso del argumento analógico, la comprobación de la similitud entre el caso regulado y el caso factual hace surgir todo tipo de dificultades por cuanto hace a la aplicación del principio de igualdad. Para el efecto, se hace necesario el conocimiento de las estructuras lógicas de las relaciones de similitud. Sin embargo, un análisis de similitudes con base en dichas estructuras lógicas no resulta suficiente para comprobar las similitudes jurídicas relevantes, por lo que parte de la doctrina ha estimado que el argumento analógico presupone una labor valorativa y no estrictamente lógica. Para fundamentar dicha valoración se puede recurrir a todos los argumentos posibles que se utilizan en el discurso jurídico.⁷⁴

El “*argumentum e contrario*” tiene por objeto demostrar que sólo un tipo especial de casos que acusan ciertas características típicas pueden valer como hipótesis normativas de una determinada dispo-

⁷³ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 340.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 342-344.

sición y que, en consecuencia, sólo ese tipo de casos da lugar al nacimiento de las consecuencias jurídicas previstas en dicha disposición. Los casos contrarios al descrito como hipótesis normativa no dan lugar al nacimiento de dichas consecuencias. ¿En qué medida un caso real corresponde a la hipótesis normativa?, depende de la interpretación que se haga de la norma. Ésta a su vez se apoya en la formulación del lenguaje en que se expresa la norma, aunque a menudo se requiere recurrir a argumentaciones que no se derivan directamente del texto normativo.⁷⁵

El “*argumentum a fortiori*” existe en el caso de que, para fundamentar un argumento no resulta legítimo llevar a cabo una interpretación del texto normativo que utilice una determinada regla del uso del lenguaje, de tal forma que conduzca a un resultado no deseado.⁷⁶

El “*argumentum ad absurdum*” es un tipo de razonamiento que conduce una determinada interpretación a sus consecuencias últimas, para demostrar que de adoptarse la misma llevaría a un resultado absurdo. Esto normalmente se logra aplicando el método sistemático y demostrando que de aplicarse una disposición textualmente otra resultaría nugatoria, lo que de haber querido el legislador, lo hubiera llevado a no incluir dicha norma en la ley.

V. El rol del argumento general práctico en el discurso jurídico

En el derecho la argumentación general práctica puede llegar a ser necesaria en los siguientes casos:

1. En la fundamentación de las premisas normativas necesarias para el agotamiento de las diferentes formas de los argumentos.
2. En la fundamentación de la elección entre los diferentes resultados a que conducen las formas de los argumentos.
3. En la fundamentación y agotamiento de las frases dogmáticas.
4. En la fundamentación de un “distinguishing” o de una “overruling”.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 342.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 345.

5. En la fundamentación de las frases que se utilizan en la justificación interna.

La utilización de los argumentos prácticos generales no es en estos casos de ninguna forma el único medio. Siempre sería posible utilizar, en lugar de argumentos prácticos, principios jurisprudenciales o dogmáticos.

La posibilidad de hacer valer principios dogmáticos y prejudiciales en las cinco situaciones mencionadas puede sustituir sólo parcialmente, a menudo de manera incompleta y siempre en forma pasajera, a la argumentación general práctica. Se dice que parcialmente, debido a que de ninguna forma se encuentran disponibles principios de dogmática o jurisprudenciales para cualquier posible caso que se presente en la realidad. Se dice que la sustitución es de forma incompleta, debido a que a menudo no obstante se puede hacer valer una frase dogmática o jurisprudencial, dicha frase no es la correcta y de ella no se puede derivar la que sí lo sea. En este caso, son necesarias premisas adicionales con contenido jurídico que se puedan fundamentar con base en las reglas y principios de la argumentación práctica general.

El punto más importante a este respecto es que la sustitución siempre resulta pasajera. Las frases dogmáticas no siempre pueden ser fundamentadas con base en otras frases dogmáticas. Para el análisis y fundamentación de la validez de la jurisprudencia resultan necesarios argumentos del tipo general práctico. Con esto, la argumentación general práctica constituye el fundamento de la argumentación jurídica.⁷⁷

1. DISCURSO PRÁCTICO GENERAL Y DISCURSO JURÍDICO

Existen diferentes tipos de discurso jurídico: el de la ciencia jurídica, el judicial, el de los abogados, el de los legisladores, el de la administración pública e, incluso, el de los estudiantes y el de los medios. Las diferencias entre dichos tipos de discurso son de muy diversos tipos. Así, por ejemplo, algunos, concretamente el judicial o el legislativo, se encuentran institucionalizados. El propósito de

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 346-349.

algunos de ellos es obtener un resultado, en cambio, en otros casos el objetivo es explicar o conocer el derecho. Sin embargo, las similitudes también son varias, la más importante de ellas es que en todos los casos se argumenta jurídicamente.

La cuestión relativa a determinar lo que es la argumentación jurídica, a diferencia de cualquier otro tipo de argumentación, es una de las cuestiones centrales de la teoría del discurso jurídico. El discurso jurídico se caracteriza por limitarse en cuanto hace a su contenido por aquello que se encuentra previsto en el derecho válido. El discurso jurídico se encuentra limitado de diferentes formas. La mayor parte de las limitaciones se encuentra en el proceso judicial, ya que en éste la participación de las partes no es libre. En el proceso de argumentación se encuentra limitado temporalmente y reglamentado por las leyes procesales.

El discurso jurídico es un caso especial del discurso general práctico. Dicha situación se fundamenta en el hecho de que, por una parte, el discurso jurídico se refiere a situaciones prácticas, más concretamente, a lo que se debe hacer, a lo que está prohibido hacer o a lo que se puede hacer; por la otra, a que dichas cuestiones se discuten con la pretensión de alcanzar la verdad.

En todas las formas en que es posible llevar a cabo una discusión jurídica se exponen fundamentos. En el discurso jurídico, al igual que en cualquier tipo de discurso, no resulta legítimo sostener algo y descalificar un fundamento, sin ofrecer a su vez un contrargumento. La pretensión de cualquier afirmación jurídica es la de ser correcta. Esta pretensión de corrección, por lo menos en la argumentación judicial, se debe fundamentar en normas de derecho positivo. En los sistemas jurídicos modernos los jueces se encuentran, de una u otra forma, obligados a fundamentar sus decisiones.⁷⁸

La teoría del discurso racional, como teoría de la argumentación jurídica, no presupone como requisito de corrección que todas las

⁷⁸ En el derecho mexicano el requisito de fundamentación de las sentencias se deriva del art. 16 de la Constitución general, que establece la obligación a cargo de todos los órganos públicos de fundamentar y motivar sus resoluciones cuando afecten los derechos o intereses jurídicos de los gobernados. Véase al respecto: Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 8a. ed., Oxford University Press, México, 1999, pp. 205 y 206.

disputas de relevancia jurídica se diriman en un discurso bajo condiciones ideales y libre de prejuicios, sino sólo que en las disputas jurídicas se discuta buscando la verdad jurídica e intentando que se cumplan, en la medida de lo posible, las condiciones ideales del discurso.

El punto central que se encuentra en la tesis del caso especial consiste en que, en el caso del discurso jurídico, no se trata de determinar si la afirmación normativa es correcta, sino sólo si la misma se puede fundamentar de manera razonable en el orden jurídico existente.⁷⁹

Así, una TAJ tiene que “satisfacer la exigencia de los juicios jurídicos: i) dentro del marco de las *normas jurídicas* vigentes, ii) tomando en cuenta los *precedentes judiciales*, iii) enmarcada en la *dogmática* elaborada por la ciencia del derecho practicada institucionalmente, y iv) ser fundamentalmente *correcta o racionalmente*”.⁸⁰

De acuerdo con lo anterior, cuatro son los aspectos de las relaciones entre discurso general práctico y discurso jurídico que vale la pena destacar:

1. La necesidad del discurso jurídico con base en el desarrollo del discurso práctico general.
2. La correspondencia parcial en la pretensión de la corrección.
3. La coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso general práctico.
4. La necesidad de la argumentación general práctica en el marco de la argumentación jurídica.

En cuanto a la necesidad del discurso jurídico, la misma resulta de la debilidad que acusan las reglas y formas del discurso práctico en general. Dicha debilidad consiste en que las mismas definen procedimientos de decisión jurídica, los que en muchas ocasiones no conducen a resultado alguno y cuando llegan a conducir al mismo no permiten alcanzar una certeza definitiva. La razón de esta debilidad se debe fundamentalmente a tres causas. En primer lugar, las reglas del discurso no prescriben en cuál premisa normativa se deben apo-

⁷⁹ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 272.

⁸⁰ Alexy, Robert, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, p. 56.

yar los interlocutores. En segundo término, no todas las etapas de la argumentación han sido establecidas desde un principio. Finalmente, algunas reglas del discurso pueden ser cumplidas de manera aproximada, con lo que se abre la posibilidad de que no se alcance el consenso. Por lo mismo, se deben exigir frases jurídicas como reglas de discurso necesarias discursivamente. Sin embargo, esto no significa que el resultado esté garantizado en cuanto a su contenido, pues permanece un espacio de lo posible discursivo en el que tanto un determinado juicio normativo como su negación pueden fundamentarse válidamente, esto es, sin violar las reglas del discurso.

Resulta necesario alcanzar el consenso en la definición de procedimientos en que las posibilidades de poder llegar en cualquier caso a una solución racional queden garantizadas. Los procedimientos de tomas de decisión parlamentaria, judicial o administrativa son ejemplos de dicha necesidad.

Por otra parte, las normas legislativas no son aptas para resolver cualquier problema. Muchas veces las normas jurídicas legisladas no son aptas para predeterminar las soluciones jurídicas para ciertos tipos de problemas, tal y como lo supuso la Escuela de la Exégesis. La vaguedad del lenguaje, los conflictos normativos, las lagunas normativas y la posibilidad de decidir en contra del texto de la norma, son las causas de dicha situación. Las formas y reglas de la argumentación jurídica, su institucionalización como ciencia o dogmática jurídica y la formalización de la jurisprudencia, resultan medios razonables para hacer frente a esta dificultad.

La argumentación general práctica no se sustituye por la argumentación jurídica. Ésta permanece dependiente de aquélla. El surgimiento de las inseguridades del discurso general práctico jamás podrá ser eliminado. En la aplicación de la argumentación jurídica se debe recurrir a la argumentación práctica —y no con base en la institucionalización del discurso jurídico como ciencia jurídica— bajo condiciones que aumentan significativamente la capacidad de la calidad de la argumentación jurídica.

Por cuanto hace a la pretensión de la corrección, ésta tiene que ver con el hecho de que los juicios jurídicos pueden ser fundamentados razonablemente en el marco del orden jurídico válido. La razonabilidad de la argumentación jurídica se da, por lo mismo, dentro del

ámbito en que la misma se determina por la ley, tomando como base la razonabilidad de la legislación. Una razonabilidad ilimitada de la decisión jurídica presupone la razonabilidad absoluta de la legislación. Esto tiene como condición que en la correspondiente sociedad las cuestiones prácticas puedan ser resueltas de manera razonable. Para alcanzar una teoría del discurso jurídico, que también incluya las condiciones de su razonabilidad, tendría que ampliarse la teoría de la legislación a una teoría normativa de la sociedad, de la que la teoría del discurso jurídico sólo sería una parte. Esto iría más allá de los objetivos de la TAJ.⁸¹

Por lo que hace a la coincidencia estructural de las reglas y de las formas jurídicas del discurso jurídico con aquellas del discurso general práctico existen seis aspectos que resultan de relevancia:

1. Las reglas y formas de la justificación interna son casos especiales del principio de universalidad, que corresponden al principio de justicia forma, mismo que exige trato igual a los iguales. El mismo principio sirve de fundamento tanto al discurso general práctico como al discurso jurídico.
2. Tanto en el discurso jurídico, como en el discurso práctico, la argumentación empírica juega un papel significativo y a menudo decisivo.
3. Algunas de las formas de argumentos a los que se les conoce como cánones de la interpretación ayudan a eliminar los argumentos irracionales de la argumentación jurídica.
4. La ciencia jurídica puede ser conceptuada como una institucionalización del discurso práctico que se encuentra bajo las condiciones de existencia del orden jurídico.
5. En la base de la valoración de los precedentes judiciales se encuentra el principio de universalidad, así como los principios del discurso general práctico.
6. Esto último también vale para la aplicación de las formas especiales de la argumentación jurídica. Así, el *argumentum e contrario* fue un caso de aplicación especial de una regla lógica; la

⁸¹ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 351-352.

analogía se muestra como un caso especial del principio de universalidad, y el argumento de intransferibilidad como una variante de la forma básica del argumento de la consecuencia.⁸²

La necesidad del argumento práctico en el marco de la argumentación jurídica parecería injustificada si se considera que el discurso jurídico resulta necesario y que no puede ser sustituido por el discurso general práctico y que, debido a su institucionalización como ciencia jurídica, pueden ser efectuados resultados que no son posibles en el discurso general práctico. De esta forma, cabría preguntarse: ¿cómo pueden ser producidos dichos resultados y debido a qué causa es necesario el discurso jurídico, si éste es dependiente del discurso práctico en general? El hecho de que el discurso jurídico sea dependiente del discurso general práctico no quiere decir que aquél sea idéntico a éste o que se pueda reducir a él. La argumentación general práctica que es necesaria en el discurso jurídico se verifica en formas especiales, de acuerdo con reglas especiales, y bajo condiciones especiales. La argumentación jurídica puede ser vista como una forma especial de la argumentación práctica con base en los principios de la razón práctica, dependiente en cuanto a su estructura de principios generales prácticos, influenciada por la argumentación general práctica, que se verifica en formas especiales, según reglas especiales y bajo condiciones especiales y que no se puede reducir a la argumentación general práctica.⁸³

2. LAS FRONTERAS Y LA NECESIDAD DE LA TEORÍA DEL DISCURSO RACIONAL JURÍDICO

Que la argumentación jurídica sea una forma especial de la argumentación práctica que resulte necesaria con base en los principios de la razón práctica, dependiente en cuanto a su estructura de principios generales prácticos, influenciada por la argumentación general práctica, que se verifica en formas especiales, según reglas especiales y bajo condiciones especiales y que no se puede reducir a la argu-

⁸² *Ibidem*, pp. 352-354.

⁸³ *Ibidem*, pp. 354-355.

mentación general práctica, significa que las debilidades del discurso práctico general en el discurso jurídico se pueden disminuir de manera significativa, sin embargo, jamás se pueden eliminar.

Quien busque una teoría de la argumentación racional jurídica como procedimiento que únicamente garantice la certeza del resultado, no debe recurrir a la TAJ propuesta por Alexy. Tampoco las teorías científicas de las ciencias naturales garantizan una certeza definitiva. No es la garantía de la certeza jurídica la que le da a una teoría jurídica su carácter racional, sino más bien el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios y reglas. La TAJ de Alexy intenta exponer el sistema de dichas condiciones sistemas y reglas.

En la TAJ de Alexy, las reglas y formas del discurso jurídico no se limitan a la explicación del concepto de la argumentación jurídica racional, así como a su función como criterio de corrección hipotética. Ella trata, además, de los requisitos que deben de cumplir las argumentaciones factuales. Como tales, ellas forman una unidad de medida, en la que limitaciones que en el proceso de búsqueda de la decisión jurídica resultan necesarias, pueden ser medidas. La teoría del discurso constituye así un criterio de situaciones específicas para la razonabilidad del proceso de decisión, así como de las decisiones que en la misma se producen.

Tampoco se debe minimizar la función de la teoría del discurso racional jurídico como definición de un ideal. Como tal, ella se muestra como parte del derecho. Los juristas pueden contribuir a la realización de la razón y de la justicia. Esto presupone un orden social justo y racional. Los fines de la teoría de Alexy son limitados y se logran cuando se puede hacer más claro que el derecho es posible como un caso especial de la razón práctica y de la forma que esto sucede.⁸⁴

VI. Conclusiones

1. La TAJ es un nuevo enfoque de la teoría del derecho que centra su atención en el proceso mediante el que el derecho a través de diferentes tipos de discursos, tanto institucionales como no insti-

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 356-359.

tucionales, y que se fundamentan en argumentos jurídicos, se crea y se aplica.

2. El paradigma de la TAJ es la teoría del discurso racional.
3. El proceso discursivo racional cuenta con seis tipos de reglas: a) *reglas fundamentales*; b) *reglas de fundamento*; c) *reglas de la carga de la argumentación*; d) *reglas de las formas de los argumentos*; e) *reglas de razón*, y f) *reglas de transferencia*.
4. Un discurso real se lleva a cabo en condiciones siempre limitadas e imperfectas: de tiempo, de calidad de los interlocutores, de ausencia de violencia, de claridad de lenguaje, de disponibilidad de información empírica, de posibilidad de cambio de roles, y de carencia de prejuicios, por lo que en él sólo se pueden obtener verdades limitadas e imperfectas. Esto no obsta para que en que todo discurso real se aspire a que los argumentos que en el mismo se hagan valer correspondan a las condiciones de un discurso ideal.
5. Para conocer la interrelación entre la teoría del derecho y la teoría del discurso resulta necesario que el sistema jurídico se exponga en dos perspectivas diferentes: como sistema de procedimientos y como sistema de normas.
6. En la exposición del sistema jurídico como sistema de procedimientos se explica dicho sistema jurídico en una perspectiva dinámica que se centra en los procesos de comunicación que surgen en y para la creación, en la aplicación y en la crítica del derecho. Alexy distingue dos procesos no institucionalizados: “discurso práctico general” y “dogmática jurídica”, y dos procesos institucionalizados: “discurso jurídico” y “procedimiento judicial”.
7. En la teoría del sistema jurídico como sistema de normas, las exigencias de la racionalidad práctica sólo se pueden cumplir en un modelo de tres niveles que vincule a las reglas con los principios y con los procedimientos.
8. En los sistemas jurídicos occidentales los principios que incorporan ideales jurídicos son tanto los tres principios básicos de los derechos humanos: dignidad humana, libertad e igualdad, como los tres fines fundamentales del Estado: democracia, Estado de derecho e igualdad social. Como derecho positivo dichos principios sólo se pueden realizar de manera aproximada.

9. El discurso jurídico tiene por objeto llevar a cabo la justificación de un juicio jurídico. Dos aspectos de la justificación jurídica son de relevancia: la justificación interna y la justificación externa. En la justificación interna se trata de determinar si un juicio se puede derivar, desde un punto de vista estrictamente de lógica formal de las premisas que se hacen valer. El objetivo de la justificación externa es la verdad del contenido de las premisas, las que pueden ser: reglas de derecho positivo, afirmaciones empíricas y premisas que no son ni afirmaciones empíricas ni reglas de derecho.
10. Las formas de los argumentos y reglas de la justificación externa se pueden dividir en seis grupos: las reglas y formas de la interpretación; la argumentación dogmática; el valor de los precedentes; la argumentación general práctica; la argumentación empírica, y las formas especiales de los argumentos jurídicos. La tarea de una teoría de la justificación externa es el análisis lógico de las formas de argumentos tal y como se han clasificado por grupos.
11. Para la TAJ el análisis de los métodos de interpretación resulta importante para clarificar el rol de las formas de los argumentos en el discurso jurídico. Para el efecto, los métodos de interpretación se dividen en seis grupos: semántico, genético, histórico, comparativo, sistemático y teleológico. Cada uno de los métodos son diferentes formas de argumentación.
12. El rol de los cánones en el discurso jurídico analiza los siguientes aspectos: *el campo de aplicación de las diferentes formas de argumentación; su estatus lógico; la necesidad de su agotamiento (comprobaciones empíricas); las diferentes funciones de sus diferentes formas; el problema de su jerarquía, y la solución del problema de la jerarquía.*
13. La argumentación jurídica-dogmática, esto es, la actividad que practican los juristas, en sentido amplio, cumple tres funciones fundamentales: “empírica-descriptiva”, que describe el derecho válido; “lógico-analítica”, que proporciona un sistema conceptual del derecho, y “normativa-práctica”, que propone soluciones para resolver los casos jurídicos problemáticos. En sentido estricto, la dogmática cumple seis funciones: “función de esta-

- bilización”, “función de evolución”, “función de descarga”, “función técnica”, “función de control” y “función heurística”.
14. La obligación jurídica de atenerse a lo establecido en los precedentes se justifica en la medida en que el principio de universalidad exige trato igual a los iguales. Además, el recurso de los precedentes garantiza la evolución del derecho, debido a que, no obstante que los criterios en que se basan los mismos se consideran argumentos jurídicamente razonables, su uso presupone que en la nueva decisión se hagan valer otros argumentos diferentes a los que se esgrimen en la decisión precedente.
 15. Bajo el concepto de formas de argumentación jurídica especial se encuentran: la analogía, el “*argumentum e contrario*”, el “*argumentum a fortiori*” y el “*argumentum ad absurdum*”.
 16. El recurso a la argumentación general práctica resulta necesario cuando se lleva a cabo la argumentación jurídica. Los principios de la dogmática jurídica y los precedentes sólo pueden sustituir de manera parcial, a menudo de forma incompleta y siempre con un carácter pasajero, a la argumentación general práctica.
 17. Todos los tipos de discurso jurídico —el racional, el judicial, el legislativo y el dogmático, el de los medios, etc.— tienen en común que requieren una argumentación jurídica en donde se expongan fundamentos y que aspiran a ser correctos o racionales.
 18. Cuatro son los aspectos de las relaciones entre discurso general práctico y discurso jurídico que vale la pena destacar en una TAJ: a) la necesidad del discurso jurídico con base en el desarrollo del discurso práctico general; b) la correspondencia parcial en la pretensión de la corrección; c) la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso general práctico; d) la necesidad de la argumentación general práctica en el marco de la argumentación jurídica.
 19. La argumentación jurídica puede ser vista como una forma especial de la argumentación práctica con base en los principios de la razón práctica, dependiente en cuanto a su estructura de principios generales prácticos, influenciada por la argumentación general práctica, que se verifican en formas especiales, según reglas especiales y bajo condiciones especiales y que no se puede reducir a la argumentación general práctica. De esta for-

ma, las debilidades del discurso general práctico en el discurso jurídico se pueden disminuir de manera significativa, aunque jamás se puedan eliminar.

20. Al igual que las teorías científicas, la teoría de la argumentación racional jurídica propuesta por Alexy, no garantiza en forma alguna la certeza del resultado. No es la garantía de la certeza jurídica la que le da a una teoría del derecho su carácter racional, sino más bien, el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios y reglas. La TAJ de Alexy intenta exponer el sistema de dichas condiciones, sistemas y reglas.

© Índice General

© Índice ARS 29