

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

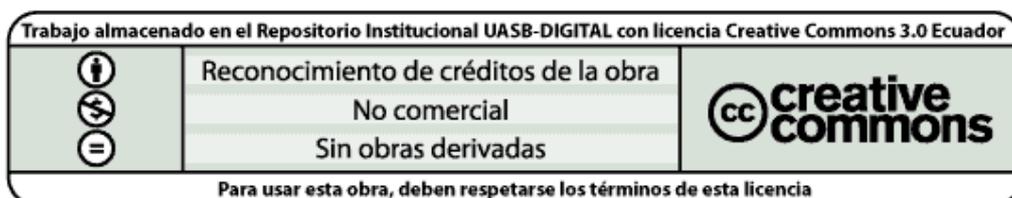
Mención en Derecho Constitucional

**Análisis crítico de la teoría del discurso jurídico racional de
Robert Alexy**

Autor: David Augusto García García

Tutora: Claudia Storini

Quito, 2017



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, David Augusto García García, autor de la tesis intitulada “Análisis crítico de la teoría del discurso jurídico racional de Robert Alexy”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 07 de noviembre de 2017.

David Augusto García García.

Resumen

El paradigma del discurso jurídico, planteado por Robert Alexy, presupone que es posible realizar, mediante la aplicación de sus reglas y formas, la corrección racional de los enunciados normativos sometidos a enjuiciamiento. La presente investigación se opone a tal afirmación. Para ello, metodológicamente se divide en dos capítulos. El primer capítulo es exclusivamente descriptivo, y se adoptó tal metodología, para conseguir un conocimiento integral de la teoría. De este modo, describe en la misma secuencia de Alexy, el contenido de cada elemento, con lo que se evita que sea análisis únicamente conceptual, cuyo efecto afectaría la solidez y alcance de ésta investigación.

El segundo capítulo, se caracteriza por comprender la investigación explicativa, correlacional y exploratoria. La primera, se aplica, por intermedio de los paradigmas de la complejidad y los juegos del lenguaje de Wittgenstein, en ella se advierten las causas de inviabilidad y déficits del paradigma. Por su parte, la investigación correlacional, permite reconocer ciertas variables generales, relativas a la inestabilidad del lenguaje, que sirvieron para contrastar los presupuestos que sustentan el paradigma en cuestión.

Finalmente se ha recurrido a investigación exploratoria. Esto, porque si bien existen estudios sobre la teoría enjuiciada, no se han podido reconocer objeciones en base al paradigma de la complejidad de Edgar Morin. Este tipo de investigación re-problematiza el contenido de la teoría. Cabe advertir, que el lenguaje lógico utilizado, no es exacto al que se emplea en la teoría, porque que el formato y la edición de ciertos elementos de su simbología, son incompatibles con el utilizado en este trabajo. Adicionalmente, debe aclararse que por tratarse de un estudio de naturaleza teórica, no se fijó, ningún objetivo cuantitativo o práctico que deba ser demostrado aquí. Esto no significa que se abstraiga de la realidad, pues tiene un notorio valor praxeológico.

En cuanto a las conclusiones obtenidas, cabe señalar, la visión reductiva de sistema, la incapacidad para fijar las condiciones de racionalidad que propugna la teoría. La imposibilidad de saturación de los argumentos, debido a la incompletud del paradigma y la inviabilidad de la pretensión de corrección, causada por los errores de comunicación existentes en el procedimiento discursivo.

Dedicatoria

A mi amada Isabel Victoria, que está por llegar a nuestras vidas, desde ya, anhelada con desesperación e infinito amor, ella es la exaltación, el milagro real de la vida.

A mi amada compañera de vida María Isabel, quien me alegra cada día e inspira todo lo bueno que pueda emerger de mí. Por su infinita paciencia y comprensión frente a mi obsesivo y desmedido interés sobre cuestiones que probablemente sean inaprehensibles para mí, debido mis agudas limitaciones.

A mis adorados padres: María Catalina, madre hermosa, maravilloso ser de luz, gracia, amor puro y entrega absoluta. Fito por su profundo amor y fortaleza para luchar por la vida. Pablo Emilio, por su infinito amor, generosidad y bondad; mi otro noble y maravilloso padre.

A mis amados hermanos: María Emilia y Juan Pablo, sus vidas han iluminado e inspirado cada paso mío.

A mis amadas abuelas, a Beatriz, ¡¡¡¡porque aún vive!!!!. A Graciela, por su amor, entrega y lucha infatigable de vida. A toda mi familia y amigos de vida, que no puedo mencionar aquí. A mi muy querida familia Coello Martínez, a cada uno de ellos.

A mi notable amiga y tutora Claudia Storini. Sin su apoyo, generosidad y confianza, esta investigación no sería posible ni imaginable. Para usted, mi más expresa gratitud siempre.

A la memoria de mis amados Abuelos: Matilde, Argentina, Vicente y Julio César.

Agradecimientos

Inicialmente, debo expresar mi profundo agradecimiento a la distinguida profesora y amiga Claudia Storini, quien fue tutora de la presente tesis. Su conocimiento y rigor académico, guiaron la consecución de los objetivos y resultados de esta investigación. A la vez, su inconmensurable apoyo y confianza, tanto en la fase formativa como en la de tutoría de este trabajo, han sido factores decisivos para definir mi formación e identidad teórica.

Por otra parte, debo expresar mi agradecimiento a los profesores y amigos Dr. (PhD) Sebastián López H., Dr. (PhD), Jhoel Escudero S., por constante apoyo a lo largo de más de dos años de aprendizaje. Al mismo tiempo, a la Dra. (Candidata a PhD) Katherine Ricaurte y al Dr. (PhD) Ali Lozada P., por la absolución de mis consultas y el aporte de sugerencias que facilitaron, la posibilidad de dar forma a una parte de este trabajo, con la mayor predisposición, apertura y el rigor académico que los distingue. Paralelamente, al Dr. (PhD) Marco Navas A. por su calidad humana y capacidad como docente. Igualmente, al Dr. (PhD) Ramiro Ávila, Dr. (PhD) Agustín Grijalva y al Dr. (PhD) César Montaña, quienes han contribuido con notables aportes para mi formación, docentes a los que admiro y guardo mucha deferencia.

Finalmente, debo expresar mi gratitud, a todos quienes integran esta maravillosa. Academia real, que me abrió las puertas, me brindó todas las oportunidades posibles y depositó toda su confianza en mí. Universidad a la que guardo para siempre inconmensurable agradecimiento y querencia. Al mismo tiempo, a cada una de las personas con quienes tuve la oportunidad de compartir y formar vínculos de amistad en la biblioteca de la Universidad, así como a todo su distinguido personal, amigos con los que se ha generado una afectuosa amistad y con quienes, he compartido este grato espacio, a lo largo de más de seis meses a tiempo completo de forma ininterrumpida.

Tabla de contenidos

Introducción	10
Capítulo Primero	13
1.1. La tesis del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico	13
2. Rasgos fundamentales de la argumentación jurídica	14
3. Justificación interna	15
4. Justificación externa	24
4.1. Los seis grupos de reglas y formas de justificación externa.....	25
4.2. Sobre la argumentación empírica	25
4.3. Los cánones de la interpretación.....	27
4.3.1. Sobre las formas concretas de argumentos	28
4.3.1.1 Argumento semántico	28
4.3.1.2. Argumento genético.....	29
4.3.1.3. Argumento histórico	32
4.3.1.4. Argumento comparativo	32
4.3.1.5. Argumento sistemático	33
4.3.1.6. Argumento teleológico	33
4.3.2. El papel de los cánones en el discurso jurídico	36
4.4. La argumentación dogmática.....	43
4.4.1. Sobre el concepto de dogmática	43
4.4.2. Los enunciados de la dogmática jurídica	45
4.4.3. El uso de los enunciados dogmáticos	49
4.4.4. La fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos	50
4.4.5. Las funciones de la dogmática.....	53
4.4.6. Argumentación dogmática y argumentación práctica general.....	57
4.5. Sobre el uso de los precedentes	59

4.5.1. La regla de la carga de la argumentación	60
4.5.2. Uso del precedente y argumentación jurídica.....	63
4.6. Sobre el uso de formas de argumentos jurídicos especiales	64
4.7. Sobre el papel de los argumentos prácticos generales en el discurso jurídico	69
5. Discurso jurídico y discurso práctico general.....	70
5.1. La necesidad de discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general.....	71
5.2. La coincidencia parcial en la pretensión de corrección	73
5.3. La coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general	73
5.4. La necesidad de argumentos prácticos generales en el marco de la argumentación jurídica	75
5.5. Límites y necesidad de la teoría del discurso jurídico racional	76
Capítulo segundo.....	81
1. Aproximaciones a la teoría del caso especial sobre la base de la complejidad y la inestabilidad del lenguaje.....	81
1.1. Argumentación jurídica racional y complejidad, relación con el lenguaje como sistema abierto	85
2. Efectos de la inestabilidad del lenguaje y la complejidad en la justificación interna.	89
2.1. Universalidad, justificación interna y complejidad	98
3. La inestabilidad del lenguaje y sus efectos en la aplicación de las seis reglas y formas de justificación externa.	100
3.1. La argumentación empírica, en el contexto de la inestabilidad de lenguaje y la complejidad.....	100
3.2. Argumentos empíricos, incertidumbre fenoménica y entropía del discurso empírico	102
4. La inestabilidad del lenguaje y complejidad, sus efectos sobre los cánones de la interpretación en la teoría del discurso jurídico racional.	103

4.1. Argumentos semánticos.....	106
4.2. Con relación a los argumentos genéticos.....	109
4.3. Con relación a los argumentos históricos	116
4.4. Con relación a los argumentos comparativos	118
4.5. Con relación a los argumentos sistemáticos	121
4.6. Con relación a los argumentos teleológicos	124
5. El papel de los cánones del discurso, el lenguaje como sistema abierto, y complejidad.....	128
5.1. El campo de su aplicabilidad	128
5.2. Requisito de saturación.....	130
5.3. La resolución del problema de la jerarquía en la teoría del discurso.....	133
5.4. Cánones de la interpretación, discurso jurídico racional y complejidad	136
6. La función de los enunciados de la dogmática jurídica, en la teoría del discurso jurídico de Alexy: una aproximación a partir de la complejidad y la inestabilidad del lenguaje.....	138
6.1. Los enunciados de la dogmática jurídica.....	138
6.2. El uso de los enunciados dogmáticos	143
6.3. La fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos	144
6.4. Las funciones de la dogmática.....	145
6.5. Argumentación dogmática y argumentación práctica general.....	156
7. El uso de los precedentes complejidad e inestabilidad del lenguaje.....	158
7.1. La regla de la carga de la argumentación	159
7.2. Uso del precedente y argumentación jurídica.....	160
7.3. El uso del precedente y la complejidad	162
8. El uso de formas de argumentos jurídicos especiales.....	165
8.1. Formas especiales de argumentos y complejidad	169
Conclusiones.....	172

Bibliografía	178
Anexos	185

Introducción

Entre las materias que constituyen el *leitmotiv* de los debates y construcciones de la Filosofía y la Ciencia del Derecho actual, se identifica a las diversas teorías de la argumentación jurídica. En este estado de cosas, ocupa un lugar esencial, el paradigma del discurso jurídico o tesis del caso especial planteado por Robert Alexy. Dicho modelo sugiere que la argumentación jurídica, constituye la actividad lingüística, que trata de la corrección racional de los enunciados normativos.

En este contexto, dicha actividad, se encuentra sometida a condiciones específicas de limitación, como el derecho positivo (ley), el precedente jurisprudencial, la dogmática y el régimen procesal de un orden jurídico vigente, y por ello, se considera un caso especial del discurso práctico general. Así, al tratarse de una teoría de naturaleza procedimental, las condiciones de la argumentación práctica racional que prescribe, se encuentran condensadas en entramado sistemático de reglas cuya aplicación —según la teoría— producen un resultado, discursivamente correcto o racional.

En oposición a la teoría del discurso jurídico, la presente investigación sostiene que el paradigma del discurso jurídico racional es inviable y consiguientemente, la consecución de la pretensión de corrección que propugna. Para adoptar tal posición, esta investigación se sustenta el modelo del lingüístico de Wittgenstein y fundamentalmente; en el paradigma de la complejidad y el pensamiento complejo de Edgar Morin. De esta manera, la investigación está integrada por dos capítulos.

El primer capítulo comprende un estudio absolutamente descriptivo del contenido de la teoría del discurso jurídico racional. Esto implica la descripción de cada apartado, correspondiente a los rasgos de fundamentales de la argumentación jurídica. Es importante enfatizar que no se describen las dos primeras partes de la obra, referidas a las teorías del discurso práctico y al bosquejo de una teoría del discurso práctico racional general. Esto por cuanto el objeto de esta investigación, corresponde específicamente, al estudio y re-problematización del paradigma alexiano, así como sus resultados.

Con esta fórmula, resulta posible, conocer adecuadamente su contenido general, estructura sistemática y las variables que lo integran (constructos teóricos, tópicos, tipologías, categorías conceptuales, definiciones etc.).

El segundo capítulo, comprende una re-problematización general de la teoría de la argumentación jurídica. Esto permite determinar su inviabilidad, defectos, insuficiencias y la imposibilidad de cumplir con sus objetivos como paradigma. En este sentido, se reformula cada elementos perteneciente, a los rasgos fundamentales de la teoría, los mismos sobre los que se construye la teoría del discurso jurídico racional.

Dicha re-problematización tienen lugar en base el paradigma *Analítico-lingüístico de Wittgenstein*, el cual permite reconocer la inestabilidad que caracteriza al lenguaje. Este modelo que propone el autor, está integrado por nociones fundamentales como los juegos del lenguaje, las reglas de los juegos del lenguaje, la idea de forma de vida y la tesis del significado como uso. Tales nociones, dan cuenta de la preminencia en el discurso jurídico, por tanto, de escenarios lingüísticos en los que prevalece la indeterminación, incoherencia, la relatividad, etc.

Por su parte, los hallazgos sobre la inestabilidad del lenguaje, obtenidos a partir del paradigma de Wittgenstein, son abordados y elucidados ampliamente, a través del paradigma de la complejidad y el pensamiento complejo de Edgar Morin. De este modo, el pensamiento complejo morinaino, ocupa un lugar fundamental y predominante en la re-problematización y anulación de la teoría del discurso jurídico.

De esta manera, nociones como: sistema abierto, realidad fenoménica, entropía, organización, sistema, incertidumbre, recursividad, generatividad, relatividad etc., sirven de base, para dar forma a la construcción teórica, que tiene lugar en la presente investigación, así como para desvirtuar el contenido y alcance de la teoría enjuiciada.

En este sentido, la complejidad permite identificar entre otras cuestiones, el modelo de sistema en el que se basa el discurso jurídico racional. Así, en función de tal planteamiento, es posible reconocer sus condiciones dinámica y limitaciones como paradigma. También, pone de manifiesto, su incapacidad para establecer las condiciones de racionalidad que preconiza. Igualmente, advierte de la imposibilidad del paradigma para cumplir el requisito de saturación de los argumentos y además, hace posible

establecer, las causas y condiciones por las que resulta inviable el cumplimiento de su objetivo esencial, esto es, la consecución de la pretensión de corrección.

Capítulo Primero

Exposición descriptiva de la teoría del discurso jurídico racional de Robert Alexy

1.1. La tesis del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico

La teoría del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general planteada por Robert Alexy, sugiere que los dos tipos de discurso, tienen en común la pretensión de corrección de enunciados normativos, lo que explica que el discurso jurídico, sea considerado desde esta perspectiva, un caso especial del discurso práctico general.¹

En este sentido, la argumentación jurídica se reconoce como una actividad lingüística,² cuyo objeto esencial es la corrección de enunciados normativos. En virtud de que se trata de una actividad lingüística, la argumentación se adscribe a la noción de discurso, mientras que al operar sobre enunciados normativos, la corrección de los enunciados es de orden práctico.³ En este contexto, el discurso jurídico tiene lugar bajo condiciones específicas de limitación y por ello, es posible distinguirlo del discurso práctico general.

El fundamento para considerar el discurso jurídico como una variante del discurso práctico general está sustentado en tres razones básicas: (1) Las discusiones jurídicas obedecen a cuestiones prácticas, esto es, sobre lo que hay que hacer u omitir, o lo que puede ser hecho u omitido;⁴ (2) tales cuestiones se discuten a partir de la pretensión de corrección, subordinada a límites específicos⁵ como la sujeción a la ley, consideración al precedente, el ajuste a la dogmática, o por cuestiones de orden procesal.⁶

Con la finalidad de conseguir la solidez teórica necesaria, Alexy desarrolla su tesis bajo una estructura tridimensional: *empírica* que describe o explica a partir de la

¹ Alexy Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 35.

² *Ibíd.* 34.

³ *Ibíd.*

⁴ *Ibíd.* 207.

⁵ *Ibíd.*

⁶ *Ibíd.* 36.

experiencia predominantemente judicial, el uso de determinados argumentos, la conexión entre comunidades de hablantes y escenarios lingüísticos, las concepciones mayoritarias sobre la validez de los argumentos, etc.⁷ *Analítica*, debido a que examina la estructura lógica de los argumentos que han operado en el discurso;⁸ y *normativa* en tanto que prescribe y sustenta criterios de racionalidad que deben integrar al discurso jurídico.⁹

De este modo la configuración teórica señalada produce como resultado un sistema de reglas del discurso jurídico. Dicho sistema, se encuentra constituido por cinco grupos de reglas explícitas, que forman un total de veintidós, y una tabla de seis formas de argumentos.¹⁰

De acuerdo con el objetivo de esta teoría, el sistema de reglas, cumple una función determinante, sobre el resultado de lo fundamentado en una argumentación realizada sobre su base, situación que hace posible plantear la pretensión de corrección, ahora bien, esto, en tanto que sirve como criterio de corrección de enunciados normativos, mecanismo de crítica de fundamentaciones no racionales y como precisión de un ideal al que se aspira.¹¹

En este sentido, se puede señalar que la finalidad básica de la teoría del discurso jurídico racional, se refiere a la clarificación sobre qué significa exactamente, que un enunciado jurídico afirmado, propuesto o dictado como sentencia, sea racional en el contexto de un ordenamiento jurídico,¹² teniendo como referencia condiciones ideales.¹³

2. Rasgos fundamentales de la argumentación jurídica

La idea fundamental de la *tesis del caso especial*, presupone que la corrección de enunciados normativos, también tiene lugar en los dominios del discurso jurídico.¹⁴ No obstante, frente a la pretensión de corrección que caracteriza al discurso práctico

⁷ *Ibíd.* 35.

⁸ *Ibíd.* 35.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ *Ibíd.* 36.

¹¹ *Ibíd.* 38.

¹² *Ibíd.* 208.

¹³ *Ibíd.* 213

¹⁴ *Ibíd.*

general, la del discurso jurídico, se distingue según el autor, porque la racionalidad de las proposiciones en cuestión, deberán fundamentarse de acuerdo con el marco de un orden jurídico vigente.¹⁵ De ahí que se pregunta, ¿Que es una fundamentación racional en el marco de un orden jurídico vigente? Para conseguir la respuesta a tal interrogante, Alexy propone un esquema sobre los rasgos fundamentales de una teoría de la argumentación jurídica.¹⁶

El discurso jurídico comprende la justificación de un caso especial de proposiciones normativas, que concretamente, se refiere a la justificación de las decisiones jurídicas.¹⁷ La justificación es de dos clases, *interna* y *externa*.¹⁸ En el caso de la justificación interna, se analiza si la decisión se infiere lógicamente de las premisas que se formularon para constituir los argumentos,¹⁹ mientras que en el caso de la justificación externa, su objeto se refiere a la corrección de tales premisas.²⁰

3. Justificación interna

El análisis de los problemas de justificación interna se desarrolló a partir del denominado silogismo jurídico, mediante la aplicación de la lógica moderna. De este modo, la justificación interna en su forma más simple, se expresa de la siguiente forma:

(J.1.1) · (1) (x) (x → ORx)

· (2) Ta

(3) ORa (1), (2).²¹

La simbología lógica del silogismo se representa lo siguiente: **(x)** constituye una variable de individuo en el dominio de personas naturales y jurídicas,²² **(a)** una

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.* 214.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

²¹ El presente esquema silogístico expresado con simbología lógica, fue reproducido de forma idéntica al empleado por el profesor Alexy, con el fin de evitar errores de significación de los símbolos lógicos, sobre su explicación, y con el propósito de eludir problemas metodológicos. Tal consideración se utilizó a lo largo de la presente investigación, en las operaciones lógicas que se analizaran, así como en los ejemplos que emplea el autor para ilustrar su tesis. En el caso de la utilización de premisas normativas se utilizaron disposiciones del orden jurídico ecuatoriano análogas a las citadas por el autor. *Ibíd.* 214.

²² *Ibíd.* 214.

constante de individuo, como el caso de un nombre propio,²³ **(T)** un predicado tan complejo como sea necesario para representar el supuesto de hecho de la norma **(I)** en cuanto propiedad de personas,²⁴ **(R)** un predicado tan complejo como sea necesario para representar lo que tiene que hacer el destinatario de la norma.²⁵ El silogismo cuya estructura se ha examinado, puede explicarse ostensivamente mediante el empleo de una disposición del orden constitucional ecuatoriano, análoga a una del régimen jurídico alemán utilizada por el autor.

· (1) “Las servidoras y servidores de las Fuerzas Armadas [...] respetarán la dignidad y los derechos de las personas sin discriminación alguna y con apego irrestricto al ordenamiento jurídico”.²⁶

· (2) El señor D es un servidor de las fuerzas armadas.²⁷

(3) El señor D respetará la dignidad y los derechos de la personas sin discriminación alguna con apego irrestricto al ordenamiento jurídico. (1) (2).

Alexy señala que el silogismo (J.1.1) cumple la exigencia de la justificación a través de reglas universales exigidas por el principio de universalidad (1.3’)²⁸ que simultáneamente, constituye el núcleo del principio de justicia formal que determina “adscribirse a una regla que prescribe la obligación de tratar de igual forma a todos seres de la misma categoría”.²⁹ En el caso de la aplicación de una regla en la fundamentación jurídica, tal como en el silogismo (J.1.1), la decisión debe seguirse lógicamente de tal regla. Así, para concretar el principio de universalidad, el autor formula las siguientes reglas de justificación interna:

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.³⁰

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.³¹

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Constitución de la República del Ecuador, tercer inciso del artículo 158.

²⁷ Es necesario precisar que en el lenguaje lógico, el guión que antecede a determinadas premisas, indica que tales no se derivan de ninguna otra, indistintamente de su naturaleza.

²⁸ Alexy, Robert. “Teoría de la argumentación jurídica”, 215.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.*

El principio de universalidad expresado en las reglas (J.2.1) y (J.2.2), no se debe sobrevalorar puesto que no establece cómo debe ser la norma universal, ni anula la posibilidad de que pueda ser sustituida,³² debido a que puede darse el caso de la introducción de una cláusula de excepción, que de operar debe tener un carácter similar, es decir, universal.³³ Por su parte, es necesario indicar que las reglas (J.2.1.) y (2.1.2) deben tener lugar en casos de fundamentación de normas positivas y no positivas, por consiguiente, de no ser posible su extracción de las reglas de la ley, deberá ser construida.³⁴

Frente a lo anterior, el patrón de fundamentación silogístico (J.1.1), resulta insuficiente en los casos que el autor denomina complicados. Estos casos sostiene el autor que surgen en las siguientes circunstancias: 1) cuando una norma contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho.³⁵ 2) cuando la aplicación de la norma exige un complemento por medio de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas,³⁶ 3) cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas, 4) cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones.³⁷ Un ejemplo hipotético servirá para aclarar lo expuesto:

El individuo *g* asesina a su pareja mientras duerme, sin que exista ningún tipo justificación para ejecutar tal acción y eludir su responsabilidad jurídicamente. El juez por su parte deberá, justificar si debe aplicarse la disposición del Art. 140 del COIP que prescribe: “La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias [...]”. Así la formulación lógica se representa en la siguiente fórmula:

$$(1) (x) (Tx \rightarrow ORx).^{38}$$

En el artículo 140 del COIP, *T* se encuentra definido por diez características (M1/1-M1/10) que se reducen a la siguiente forma lógica

$$(2) (x) (M1/1x \vee M1/2x \vee \dots M1/10x \leftrightarrow Tx).^{39}$$

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Ibíd.* 216.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ *Ibíd.* 217.

De (1) y (2) se sigue:

(3) (x) (M1/1x v M1/2 x v...M1/10x ↔ ORx).

(3) indica que si se cumple al menos una de las propiedades, se origina la consecuencia jurídica ORx. (M1/2) Que significa: “ha matado a su pareja con alevosía”.⁴⁰ De (3) se sigue:

(4) (x) (M1/2x ↔ ORx).⁴¹

Según la definición de los tribunales en general, mata alevosamente quien “se aprovecha de la buena fe e indefensión de su víctima para matarla”.⁴²

(5) (5) (x) (M2/2x ↔ M1/2).

(M2/2) se produce si una persona mata a otra que desconoce que va a ser atacado, lo que implica una reducción de capacidad de reacción y de defensa frente al ataque, simbólicamente (M3/2).

Consecuentemente, vale:

(6) (x) (M3/2x ↔ M2/2x).⁴³

Es claro que una persona que mata a otra dormida, sin que concurren circunstancias especiales como la existencia de medidas de seguridad de la víctima (S) debe ser considerada como alguien que cumplió (M3/2) consiguientemente, implica aceptar:

(7) (x) (Sx → M3/2x).⁴⁴

Estableciendo como presupuesto:

(8) Sa⁴⁵

De (1)-(8), se sigue:

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ Aquí cabe aclarar que la propiedad que se cumple en el ejemplo original, expresada como (M1/5) se altera, debido a que en el COIP la propiedad que se cumple, es decir, la alevosía se encuentra establecida en su numeral 2, y por tanto se expresa como (M1/2).

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*

(9) ORa.

En este punto, no está en discusión la corrección de las premisas que integran la fundamentación de (9). Esto constituye el objeto de la justificación interna, en el que tiene valor exclusivamente la comprensión de la estructura (lógica) de la justificación interna, que se expuso con el ejemplo.⁴⁶ Es importante indicar que el apoyo de cada una de las premisas (2), (5), (6), y (7) sirve para el desarrollo de la norma a aplicar (1)⁴⁷ de la que resulta una norma cada vez concreta; tal secuencia se puede explicar de la siguiente forma:

- | | |
|------------------------------------|-------------------------------|
| (3) (x) (M1/1 x v...M1/10 x → ORx) | (de [1] y [2]) |
| (4) (x) (M1/2 x → ORx) | (de [3]) |
| (5') (x) (M2/2 x → ORx) | (de [3] y [5]) |
| (6') (x) (M3/2 x → ORx) | (de [5'] y [6]) |
| (7') (x) (Sx → ORx) | (de [6] y [7]). ⁴⁸ |

Cada norma en conjunto con las condiciones dadas con el antecedente, es suficiente para fundamentar la decisión jurídica examinada.⁴⁹ Esto da cuenta de la relevancia normativa de las premisas (2), (5), (6) y (7). Estas premisas se entienden como reglas de uso de las expresiones empleadas en los anteriores pasos de la fundamentación, por lo que es posible denominarlas como *reglas de uso de las palabras*,⁵⁰ por tanto estas reglas pueden, como se ha apreciado en el ejemplo, tener una forma fuerte expresada en (x) (Fx ↔ Gx), y una débil (x) (Fx → Gx). En la fundamentación, las premisas fuertes, pueden ser reemplazadas por las de forma débil y por ello, las de forma débil pueden apreciarse como estándar.⁵¹

Si no hay seguridad de que *a* es una *T*, no es aplicable sin más, la forma más simple de justificación interna (J.1.1), por lo que es necesario aducir reglas de la forma

⁴⁶ *Ibíd.* 218.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ *Ibíd.*

(J.1.2) resulta rudimentaria debido a que excluye la posibilidad de estructuras más complicadas de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas.⁵⁸ Del mismo modo es general, en tanto que aclara la estructura lógica de cada desarrollo de una específica característica, siguiendo la descripción de los hechos (Sa).⁵⁹

Del análisis llevado a cabo, el autor indica que tiene lugar la interrogante sobre el número de pasos de desarrollo que son necesarios,⁶⁰ para cuya solución formula las dos siguientes reglas:

(J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.⁶¹

En este caso *Mn*/ se convierte en *S*. En este sentido, el empleo de muy reducidos o extensos pasos en el desarrollo, acentúa sólo oscuramente el contenido normativo de los pasos. Por una parte resultan fácilmente controvertibles, mientras que por otra, su refutación resulta frecuentemente no específica.⁶² La ejecución de numerosos pasos se torna dificultosa, sin embargo, tales operaciones confieren claridad,⁶³ por lo tanto, resulta apropiado enunciar la siguiente regla:

(J.2.5) Hay que articular el mayor número de pasos posible de desarrollo.⁶⁴

Alexy indica que las reglas y formas expuestas hasta el momento corresponden a la estructura formal de la fundamentación jurídica, en donde el punto decisivo se muestra en la seguridad de la universalidad y por tal motivo, las reglas analizadas se designan como *reglas y formas de la justicia formal*.⁶⁵

mayor a (1)-(4). En este sentido señala el autor que un número creciente de pasos de desarrollo da lugar a un número creciente de nuevas soluciones. *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.* 219.

⁵⁹ (J.1.2) se refiere a la fundamentación una obligación. Así (J.1.2) pudiera entenderse de forma totalmente general de modo que pudiera reemplazarse el operador deóntico *O* por una variable de operadores deónticos. De esta forma (J.1.2) representaría a su vez la forma lógica de fundamentación de prohibiciones y permisos, que en este análisis no se utiliza con el fin de conseguir una simplificación en la exposición. *Ibíd.*

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ *Ibíd.* 220.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ *Ibíd.*

De las consideraciones anteriores pueden surgir ciertas confusiones, en las que la más grave supone la errónea interpretación de la exigencia de deducibilidad lógica establecida en la regla en (J.2.2) a partir de la que equívocamente, se plantearía que la fundamentación jurídica, consiste exclusivamente en la deducción a partir de normas previamente dadas.⁶⁶ En el caso expuesto, se manifiesta precisamente que lo indicado no es así, en tanto que en los casos más complicados, en la fundamentación de decisiones jurídicas se requiere de una serie de premisas como (5), (6) y (7), que no pueden deducirse de ninguna norma positiva o ley.⁶⁷

Así, frecuentemente ocurre que la norma de la que se parte no es de derecho positivo, por tanto, la exigencia de deducción lógica, implica un efecto contrario al del encubrimiento de la parte creativa de la aplicación del Derecho, por cuanto las premisas no extraídas del derecho positivo aparecen en toda su extensión.⁶⁸ Por lo anterior, la justificación de estas premisas no extraídas directamente del derecho positivo, constituye una tarea de justificación interna.⁶⁹

Otro error en la interpretación de la regla señalada, supone que el modelo expuesto, no considera de modo suficiente la correspondencia entre hecho y norma,⁷⁰ puesto que se parte de la norma a desarrollar de forma unilateral, y por tanto, se descuida la exigencia del “ir y volver la mirada”.⁷¹

Frente a esto, el autor sostiene que tal afirmación no resulta acertada, debido a que para fundamentar las reglas necesarias para cada particular nivel de desarrollo, es indispensable examinar a profundidad los hechos y sus especificidades, como las particularidades de la norma, cuestiones de las que se ocupa la justificación externa, en la que son posibles todos los argumentos admisibles en el discurso jurídico.⁷² De este modo las reglas de la justificación interna explicadas, conducen a la superación del vacío existente entre la norma y la descripción del hecho.

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² *Ibíd.* 221.

Paralelamente, es importante destacar que que las formas de justificación interna no tienen el objetivo de reproducir el curso de las deliberaciones efectuadas de hecho por los órganos decisorios,⁷³ y por tanto, es necesario distinguir entre proceso de descubrimiento (process of Discovery) y proceso de justificación (process of justification).⁷⁴

Al hablar del proceso de descubrimiento, el autor recurre al modelo de Kriele relativo al hallazgo y comprobación de hipótesis de normas.⁷⁵ El punto de interés, para la teoría del discurso jurídico, radica en que las deliberaciones del o los decisores, deben conducir a una justificación que se adscriba, a las formas que fueron señaladas.

De esta manera, las exigencias del proceso de justificación, afectan al proceso de descubrimiento,⁷⁶ al mismo tiempo que resulta fácil sobrevalorar o infravalorar, el significado de las formas y reglas de justificación interna, aunque la exigencia de su cumplimiento, no está privada de sentido.⁷⁷ Por el contrario, tiene un valor fundamental, debido a que en la justificación interna, se determina qué premisas deben fundamentarse, por medio de la justificación externa.⁷⁸

Es así, que sin la justificación interna dicha clarificación no sería posible, y por consiguiente, tales premisas permanecerían ocultas, cuando es indispensable que sean formuladas expresamente.⁷⁹ Dicho enfoque facilita el reconocimiento y crítica de errores y defectos. De igual manera, al aducir reglas de carácter universal se posibilita la consistencia de la decisión y a la vez se contribuye a la consecución de la justicia y seguridad jurídica.⁸⁰

En este sentido Alexy sostiene que (J.1.1) y (J.1.2), al igual que (J.2.1)-(J.2.5), garantizan una cierta medida de racionalidad referente a las premisas. Por su parte, el juicio sobre la racionalidad de una decisión corresponde a la justificación externa.⁸¹

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ *Ibíd.* 222.

⁸¹ *Ibíd.*

4. Justificación externa

La justificación externa tiene por objeto la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna.⁸² De este modo, las premisas que integran la justificación externa son de los siguientes tipos: (1) reglas de Derechos positivo, (2) enunciados empíricos, (3) premisas que no son ni reglas de derecho positivo ni enunciados empíricos, por ello, dichos tipos de premisas poseen distintos métodos de fundamentación.⁸³

La fundamentación de una regla de derecho positivo, implica demostrar su adscripción a los criterios de validez del ordenamiento jurídico.⁸⁴ Por su parte, para la fundamentación de las premisas empíricas, se puede recurrir a una serie completa de métodos, motivo por el que se puede partir de los correspondientes a los de las ciencias empíricas, las máximas de presunción racional o basarse en las reglas de la carga de la prueba en el proceso.⁸⁵ Finalmente, para la fundamentación de las reglas que no son ni reglas de Derecho positivo ni enunciados empíricos, es necesario recurrir a la *teoría de la argumentación jurídica*.⁸⁶

El autor sostiene que entre los tres procedimientos de fundamentación, concurren múltiples relaciones, por esto, en la fundamentación de premisas o enunciados que no son de orden ni jurídico-positivo ni empírico, cumplen una función notoriamente importante, ambos tipos de premisas.⁸⁷ Así, para fundamentar una norma según los criterios de validez de un ordenamiento jurídico, puede hacerse necesario interpretar las reglas que definen los criterios de validez.⁸⁸ Tal consideración es primordial si entre los criterios de validez se encuentran límites constitucionales, como el caso de la existencia de un catálogo de derechos fundamentales.⁸⁹

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ Es necesario precisar que se ha utilizado la categoría conceptual *derechos fundamentales*, con objeto de obtener el mayor apego a la teoría y sus categorías, por cuanto este punto de la investigación es estrictamente descriptivo. *Ibíd.*

Por consiguiente, la argumentación jurídica puede ser determinante para la interpretación de la norma válida y el establecimiento de la validez de esa norma y para el establecimiento de hechos empíricos. Ostensivamente, de la interpretación de una regla de la carga de la prueba, puede depender qué sea lo que se considerará como hecho en la fundamentación.⁹⁰ Ciertamente la multiplicidad de relaciones que surgen entre los tres métodos de fundamentación, hacen necesaria su distinción con el objeto posibilitar el análisis de sus interconexiones.⁹¹

4.1. Los seis grupos de reglas y formas de justificación externa

Las formas de argumentos y las reglas de justificación externa se clasifican en seis grupos: reglas y formas de (1) de interpretación,⁹² (2) de la argumentación dogmática, (3) del uso de los precedentes, (4) de la argumentación práctica general, (5) de la argumentación empírica,(6) las formas especiales de argumentos jurídicos.⁹³

Alexy señala que tales reglas y formas pueden ser reducidas a lo siguiente: (1) ley, (2) dogmática, (3) precedente, (4) razón, (5) empirie, (6) formas especiales de argumentos jurídicos.⁹⁴

Una teoría de la justificación externa tiene como función elemental, encargarse del análisis lógico de las formas de argumentación que se emplean en el discurso jurídico. Su resultado más importante se reconoce en la comprensión de la necesidad y posibilidad de su vinculación.⁹⁵ De esta forma, la investigación de las interconexiones entre argumentos de distinto tipo, debe clarificar la función de la argumentación empírica y de la práctica general, en el discurso jurídico.

4.2. Sobre la argumentación empírica

La incidencia que tiene la argumentación empírica en casi todas las formas de argumentación jurídica y en la argumentación practica general, da cuenta de su notoria relevancia, misma que constituye el valor fundamental de tal tipo de argumentación,

⁹⁰ *Ibíd.* 223.

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² *Ibíd.*

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ *Ibíd.*

debido a que ambos casos están constituidos por enunciados empíricos.⁹⁶ En este contexto, el autor señala que existen diferentes tipos de enunciados empíricos, como el caso de enunciados sobre hechos singulares, motivos de los actores, sucesos o estados de cosas y en otros casos obedecen a cuestiones propias de las ciencias sociales o naturales.⁹⁷

Asimismo, es posible distinguir hechos singulares, acciones concretas, motivos de los actores, sucesos o estados de cosas presentes y futuros que pueden corresponder a campos científicos como la sociología, psicología, economía, lingüística etc.⁹⁸ En tal sentido, señala Alexy que una teoría que considere de modo consecuente la argumentación empírica necesaria en la fundamentación jurídica, trae consigo el análisis de casi todos problemas del conocimiento empírico, a lo que además se suman los problemas del conocimiento empírico en la argumentación jurídica, los mismos que puede resolverse a partir de cooperación interdisciplinar.⁹⁹

Por su parte en la teoría del discurso práctico general, la importancia del conocimiento empírico se manifiesta en la existencia de la regla (6.1) “que establece: cualquier hablante puede en cualquier momento pasar a un discurso teórico (empírico)”,¹⁰⁰ regla que también es parte del discurso jurídico. En ambas clases de discurso, tiene lugar el problema referido a la insuficiencia de certeza necesaria que caracteriza al conocimiento empírico de modo frecuente, dificultad que conduce a la aplicación de las reglas de presunción racional.¹⁰¹

El papel que cumple la argumentación empírica, no debe sobrevalorarse aun cuando en muchos conflictos jurídicos, es decisiva la apreciación de los hechos, en tanto que puede existir acuerdo con respecto a los enunciados normativos que se deben aceptar, y la decisión concierne exclusivamente a los hechos que deben tomarse como base, por lo que no es posible, pensarse en una infravaloración del conocimiento empírico.¹⁰² Sin embargo, lo anterior no presupone que tanto el discurso práctico general, como el discurso jurídico, deben reducirse a un proceso de argumentación

⁹⁶ *Ibíd.* 224.

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² *Ibíd.* 225.

empírica. Lo esencial, se refiere a la relación entre la argumentación práctica general y las formas de argumentación jurídica.¹⁰³

4.3. Los cánones de la interpretación

Pese a que las discusiones teóricas sobre los cánones de la interpretación resultan enriquecedoras, tiene mayor relevancia para los fines de la teoría que se describe, el análisis de su estructura lógica, que se llevara a cabo mediante el uso del modelo más simple de justificación interna (J.1.2).

- (J.1.2') · (1) $(Tx \rightarrow ORx) (R)$
- (2) $(Mx \rightarrow Tx) (W)$
- (3) Ma
- (4) ORa (1)-(2).¹⁰⁴

A partir de (1) la norma R, y de (2), la regla de uso de las palabras W, se sigue la norma concreta R'.

$$(2') (Mx \rightarrow ORx)^{105}$$

R' puede designarse como "interpretación de R por medio de W = (IR/W)." ¹⁰⁶ Una de las funciones más importantes de los cánones de la interpretación, se refiere a la fundamentación de tales interpretaciones. Sin embargo, también operan directamente en la fundamentación de normas no positivas y muchos otros enunciados jurídicos. En este contexto indica el autor, que el sentido de la discusión relativa a los cánones de la interpretación, corresponde al esclarecimiento de la función de esta forma de argumentación en el discurso jurídico.¹⁰⁷ De acuerdo con ello, es necesario precisar las características típicas de los cánones de la interpretación.

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ *Ibíd.* 226.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

4.3.1. Sobre las formas concretas de argumentos

Para abordar el estudio de los cánones de la interpretación, Alexy establece la siguiente clasificación sobre las formas concretas de argumentos: los de interpretación semántica, genética, histórica, comparativa sistemática y teleológica, que se analizan individualmente a continuación.¹⁰⁸

4.3.1.1 Argumento semántico

Tiene lugar en los casos en que se justifica, crítica o se afirma como posible, en base al uso del lenguaje, es decir, mediante una interpretación R' de R . La regla W debe entenderse como una *especificación* del lenguaje natural o técnico, en particular de la jurisprudencia.¹⁰⁹ Si W implica una *determinación*¹¹⁰ de la decisión, en relación con uno de estos lenguajes, no existirá en este caso argumento semántico debido a que la misma no puede justificarse por referencia a un uso existente, por tanto para cumplir este objetivo se requieren argumentos adicionales.¹¹¹

Como se señaló, los argumentos semánticos se utilizan para criticar, justificar o demostrar que una interpretación es admisible, al menos desde el punto de vista semántico, por tanto se distinguen tres formas de argumentos:

(J.3.1) R' debe aceptarse como interpretación de R , sobre la base de $W/1$.

(J.3.2) R' no puede aceptarse como interpretación de R , sobre la base de W/k .¹¹²

(J.3.3) Es posible aceptar R' como interpretación de R , y es posible no aceptar R' como interpretación de R , pues no rigen ni W/i , ni W/k .

La utilización de argumentos de esta forma implica la afirmación sobre la validez o invalidez de W/i , o W/k . En este punto, resulta impertinente discutir sobre la fundamentación de la validez o invalidez de las reglas semánticas, debido a la multiplicidad posibilidades que ello implica, en tanto depende de aspectos como la

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² *Ibíd.* 227.

competencia lingüística del hablante, la investigación empírica o recurrir a la autoridad del diccionario.¹¹³

Los argumentos de las formas (J.3.1) y (J.3.2) son definitivos si, sobre la base de una regla semántica, se determina que *a* cae bajo la norma *R* o por el contrario, no resulta así. El autor indica en este sentido, que el argumento semántico es suficiente para la fundamentación por medio de *R*.¹¹⁴

En el caso de la utilización de (J.3.3), se producen resultados marcadamente distintos, debido a que la interpretación semántica resulta insuficiente para alcanzar una decisión a través de medios semánticos y por ello, solo cabe establecer que *T* es vago, por lo tanto *a* se desarrolla en el campo de la vaguedad *T*.¹¹⁵ La solución del problema en el que se discute si *a* cae bajo *T*, no puede elucidarse con una especificación del lenguaje, sino por medio de una determinación.¹¹⁶ Consiguientemente, las formas de argumentos que se analizan a continuación, sirven entre otros aspectos, para justificar tales determinaciones.¹¹⁷

4.3.1.2. Argumento genético

Surge cuando se justifica una interpretación *R'* de *R* debido a que concuerda con la voluntad del legislador.¹¹⁸ Existen dos formas fundamentales de argumentos genéticos. La primera establece que la $IR/W=R'$, era objeto directo de la voluntad de la interpretación. La segunda forma, supone que el legislador persiguió con *R* los fines $Z/1, Z/2, \dots Z/n$, en la combinación *K* ($[Z/1, Z/2, \dots Z/n]K$), y la validez de *R* en la interpretación IR/W es necesaria para la realización de $(Z/1, Z/2, \dots Z/n) K$. Entonces, la segunda forma fundamental, constituye una variante del argumento teleológico. Así,

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ Resulta importante la aclaración sobre los argumentos de las formas (J.3.1) y (J.3.2) en la que se señala que tales sustentan de modo relativo la fundamentación de una norma *R* es decir, *R/1*. Si no se quiere admitir el resultado por medio de argumentos semánticos de las formas señaladas, se puede modificar *R/1*. Así, en caso de aplicabilidad indeseada de *R/1*, esto puede ocasionarse mediante la limitación de *R/1* $((x) [T/1x \rightarrow ORx])$, con la recurrencia a una característica *F* adecuada para *a*, a *R/2* $((x) [T/1x \wedge \neg Fx \rightarrow ORx])$, se refiere a una reducción teleológica. En caso de inaplicabilidad indeseada de *R/1* es posible fundamentar una norma *N/3* $((x) [T/2x \rightarrow ORx])$ en la que cae bajo *T/2*, en forma diferente que bajo *T/1*, por medio de la forma de argumento por analogía. Por tanto se puede establecer de manera general, que quien quiere fundamentar mediante (J.3.1) o (J.3.2) debe encontrarse en condiciones de fundamentar una norma no jurídico-positiva como *R/2* o *R/3*, *Ibíd.*

¹¹⁵ *Ibíd.* 228.

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ *Ibíd.*

si se representa $(Z/1, Z/2, \dots Z/n)$ K, abreviadamente como Z, ambas formas presentan la siguiente estructura:

(J.4.1) · (1) $R' (=IR/W)$ es querido por el legislador

(2) R'

(J.4.2) · (1) Con R el legislador pretende alcanzar Z

· (2) $\neg R' (=IR/W) \rightarrow \neg Z$

(3) R' ¹¹⁹

El autor indica que ni en (J.4.1) ni en (J.4.2) R' se sigue lógicamente de la o las premisas mencionadas.¹²⁰ En el Caso de (J.4.1) se requiere una premisa adicional o regla de inferencia que tenga el siguiente contenido:

(a) El legislador desee que R se interprete mediante W ($IR/W = R'$), constituye una razón para la validez de R' .¹²¹

Por su parte resultan más interesantes las premisas o reglas de inferencia presupuestas en (J.4.2):

(b) El que el legislador persiga con R el fin Z, constituye una razón para que en la aplicación de R sea obligatorio perseguir Z.¹²²

(c) Si es obligatorio perseguir el fin Z, entonces también es obligatorio cualquier medio necesario para la realización de Z.¹²³

(a) y (b) están formulados en forma relativamente débil, por cuanto la voluntad del legislador, es solo una razón para una interpretación, escenario que deja abierta la posibilidad de que existan razones en contra.¹²⁴ En este orden, indica el autor que resulta más interesante, la inferencia (c) que se sostiene en el esquema:¹²⁵

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² *Ibíd.*

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ El autor indica que un argumento de la forma (S) puede reducirse fácilmente a formas como (4.2) o (4.3). En el primer caso, se puede aducir por ejemplo como razón para N la consecuencia de una acción F, a que mediante N, se afirma como ordenada. En (4.2) R implica que una acción está ordenada si tiene

(s) · (1) OZ

· (2) $\neg M \rightarrow \neg Z$

· (3) OM¹²⁶

(S) En el lenguaje ordinario puede formularse de la siguiente forma:

(1) Es obligatorio lograr el estado de cosas Z

(2) Si no se cumple M, entonces no se logra Z (M es una condición para Z)

(3) Es obligatorio que se cumpla M.¹²⁷

(S) puede apreciarse como una variante de un silogismo práctico, por ello para probar su validez es necesario recurrir a consideraciones fundamentales de lógica deóntica como con la teoría de la relación medio fin.¹²⁸ La intuitiva loabilidad de (S), eludiendo ciertas observaciones que no se llevaran a cabo en el presente análisis, permite aceptar la validez de (S), (c) y (J.4.2).¹²⁹

Es necesario señalar que en la interpretación tanto semántica como genética, los enunciados sobre la validez de cada caso con frecuencia no son explícitos, y por ello se sostiene que cierta interpretación manifiesta el tenor de la norma, la voluntad del legislador o su fin.

En casos como este, el argumento resulta incompleto y para llegar a completarlo, se requiere enunciados del tipo examinado, operación a la que puede designarse como *requisito de saturación*.¹³⁰ La validez de los argumentos en las distintas formas, depende de los enunciados que se establecen para la saturación. En este sentido, para fundamentar tales enunciados se requieren nuevas formas de argumentos.¹³¹

como consecuencia a F. Tal circunstancia se manifiesta en (S) por medio de OZ, y no aduciendo una regla. Así, la premisa $\neg M \rightarrow \neg Z$ está preestablecida en (4.2) cuando se afirma que F es una consecuencia de a. En (4.2) N significa que está ordenado. En (S) la correspondiente está ordenada en cuanto al medio M para Z (OM). Frente a lo anterior cabe señalar que las formas de argumento (4.2) y (S) son formas básicas simples sin embargo, lo relevante es que argumentos como (S) o (J.4.2) pueden transformarse en formas (4.2) o (4.3) regla que opera en otras formas de argumentos basados en (S), *Ibíd.*

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ *Ibíd.* 229

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ *Ibíd.*

En cuanto a la fundamentación de los enunciados necesarios para la saturación de las formas del argumento genético, resulta en muchos casos difícil y frecuentemente, imposible. Esto tiene relación por una parte, con la indeterminación de quien deba considerarse como sujeto de la voluntad del legislador, mientras por otra, no es posible determinar claramente el contenido de tal voluntad.¹³² Por distintas dificultades que suponen estas dos cuestiones, solo resulta relevante para el análisis que se expone, señalar que tanto en la determinación de la voluntad de quienes participan en el proceso de legislación, como en la especificación de un uso del lenguaje, en ambos casos, dichas actividades están destinadas a establecer hechos, y por ello, deben considerarse como casos especiales de argumentación empírica.¹³³

4.3.1.3. Argumento histórico

Se configura cuando se aducen hechos concernientes a la historia del problema jurídico en discusión, como razones en favor o en contra de determinada interpretación.¹³⁴ La forma más importante de argumento se compone de la siguiente articulación: 1) demostrar que existió anteriormente una solución al problema discutido, 2) tal solución condujo a la solución F, 3) F es indeseable, 4) las situaciones no son entre si tan distintas para que F no tenga lugar en el caso que se analiza, 5) por consiguiente la solución, no es ahora aceptable.¹³⁵ Este argumento, constituye un caso de aprendizaje que toma como base la historia. En este sentido, su estructura está compuesta, además de premisas basadas en el conocimiento histórico, sociológico, psicológico, etc., por una premisa normativa, expresada en el paso (3), que debe ser fundamentada.¹³⁶

4.3.1.4. Argumento comparativo

Se forma a partir de la referencia a un determinado estado de cosas jurídico de otra sociedad, que a diferencia del argumento histórico, refiere a un estado de cosas

¹³² *Ibíd.* 230.

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ *Ibíd.*

jurídico anterior. Tal forma de argumento, contiene como el histórico, además de las premisas empíricas, por lo menos una de tipo normativo.¹³⁷

4.3.1.5. Argumento sistemático

Los argumentos sistemáticos, aluden tanto a la situación de una norma en el texto legal, como a la relación lógica o teleológica, con normas fines y principios. Alexy indica por su parte, que en su investigación, concentra la atención en la última de relaciones señaladas.¹³⁸ Resalta además, que cuando entran en juego relaciones teleológicas, se configura un argumento cuya forma, podría ser definida como sistemático-teleológica; pero a la vez manifiesta, que tales argumentos se pueden entender más adecuadamente, en el campo de la argumentación teleológica. Ello debido a que en sentido estricto, los argumentos sistemáticos obedecen exclusivamente, a los análisis correspondientes a las relaciones lógicas entre normas.¹³⁹ Así, la forma más importante de argumento sistemático en sentido estricto, se refiere a la indicación de una contradicción normativa.¹⁴⁰

En atención a lo señalado, si la interpretación de R/1 a través de W, R'1, contradice la norma R/2 que debe reconocerse como válida, debe abandonarse R/1.¹⁴¹ El señalamiento de una contradicción conduce a un resultado, únicamente si todas las interpretaciones de R/1 excepto una, están excluidas por otras normas. En recurrencia, indica el autor que no es este el caso.¹⁴²

4.3.1.6. Argumento teleológico

Una elucidación consistente del concepto de argumentos teleológicos, trae consigo la necesidad de aproximarse a las discusiones sobre conceptos como fin, medio, intensidad, necesidad práctica.¹⁴³ En cuanto a ellos, el autor hace alusión sin examinarlos a profundidad, debido a que en su investigación no pueden ser tratados a profundidad;

¹³⁷ *Ibíd.* 231.

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ Los argumentos que tienen por finalidad evitar las contradicciones normativas, constituyen casos de aplicación de la regla general del discurso (1.1), *Ibíd.* 185.

¹⁴¹ *Ibíd.* 231.

¹⁴² *Ibíd.*

¹⁴³ *Ibíd.*

no obstante, extrae de tales conceptos consideraciones importantes para la comprensión de la estructura de los argumentos teleológicos.

En las discusiones sobre el análisis de los argumentos teleológicos, se debe considerar que en la interpretación genética se dio cuenta de la existencia de argumentos teleológicos que apuntan directamente a los fines del legislador histórico, los mismos que no pueden considerarse en la perspectiva de la investigación expuesta.¹⁴⁴

Así, el análisis de los argumentos teleológicos que se lleva a cabo en la teoría que se describe, se concreta en los que Larenz denominó, argumentos *teleológico-objetivos*.¹⁴⁵ Este tipo de argumentos, se distingue por referirse a *fines racionales o prescritos objetivamente en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente*¹⁴⁶ y no a fines sostenidos o establecidos por personas que existen o existieron realmente.¹⁴⁷ De esto surge la inquietud, sobre qué es lo que debe entenderse como *racional o prescrito objetivamente en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente*.¹⁴⁸

La respuesta que da la teoría del discurso a esta cuestión, sostiene que son *fines racionales o prescritos objetivamente en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente*, los que establecerían quienes deben tomar las decisiones, en el marco del ordenamiento jurídico vigente a partir de la argumentación racional.¹⁴⁹ De esta manera, la comunidad que cumple esta función la constituye, de acuerdo con la tesis del autor, es el sujeto hipotético de los fines propuestos en los argumentos teleológico-objetivos, de modo que las afirmaciones finalistas de los intérpretes, resultan ser hipótesis sobre los fines establecidos por este sujeto hipotético, cuya corrección debe fundamentarse por intermedio de la argumentación racional.¹⁵⁰

En este contexto, los fines que comprende la interpretación teleológica, se adscriben a fines de carácter normativo, y por tanto, no se determinan empíricamente. Estos fines de carácter normativo deben entenderse como sucesos o estados de cosas prescritos que se simbolizan de la forma OZ. De esta forma la interpretación IR/W= R´,

¹⁴⁴ *Ibíd.* 232

¹⁴⁵ *Ibíd.*

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ *Ibíd.*

es necesaria para alcanzar Z (consiguientemente, es un medio para alcanzar Z),¹⁵¹ y puede simbolizarse con la forma $\neg R' (=IR/W) \rightarrow Z$, entonces la formulación más simple de un argumento teleológico objetivo, se representa de la siguiente forma:

(J.5) · (1) OZ

· (2) $\neg R' (=IR/W) \rightarrow \neg Z$

(3) R'

(J.5) se corresponde con la forma de argumento genético (J.4.2) excepto porque Z no es querido por el legislador, sino que debe ser afirmado objetivamente.¹⁵² La forma lógica es similar a la que representa (J.4.2) que se expresa de la siguiente manera:

· (1) OZ

· (2) $\neg M \rightarrow \neg Z$

(3) OM

(J.5) implica la validez de dos premisas completamente distintas. OZ, por una parte, (1) es un enunciado normativo, y (2) $\neg M \rightarrow \neg Z$ es un enunciado empírico. En este sentido, el autor indica que para fundamentar la verdad de (2) se requiere el conocimiento de legalidades empíricas.¹⁵³ Sobre (1) no existe disputa, y por ello la decisión depende exclusivamente de argumentación empírica, lo que explica el valor y alcance que tiene la argumentación empírica en el discurso jurídico.¹⁵⁴

Lo primordial en el análisis, se refiere a la fundamentación de (1) que casi siempre se aduce con respecto a la norma que se aplicara. Se afirma entonces que como consecuencia de la validez de R, está establecida la realización del estado de cosas Z, por tanto tal estado de cosas Z, generalmente se fundamenta a partir de varias normas y

¹⁵¹ Aquí Alexy indica que $IR/W = R'$ puede significar varias cosas: (1) La aplicación de R' en un caso concreto es un medio para Z. (2) El seguimiento general de R' es un medio para Z. (3) La validez de R' es un medio para Z. En el estudio que realiza el autor, se parte de que la validez de R' es un medio para Z. *Ibíd.*

¹⁵² Alexy explica que (J.5) se adscribe a las formas de argumentos que Ralf Dreier los designa como argumentación *práctica técnica* y *argumentación práctica objetiva a partir de la naturaleza de las cosas*. En el primer caso. Así (J.5) resulta ser práctica objetiva en tanto que Z se considere como objetivamente debido. Es práctica técnica porque (J.5) debido a que si R debe servir al fin de Z, entonces debe contener la propiedad *interpretado a través de W*. *Ibíd.* 233.

¹⁵³ *Ibíd.* 233.

¹⁵⁴ *Ibíd.*

no a una exclusivamente. Frente a lo mencionado, cabe precisar que en ninguno de estos casos Z , se sigue lógicamente, de las normas que se hace referencia en su fundamentación.¹⁵⁵

Es frecuente que una o varias normas aludan a varios fines que pueden excluirse entre sí o limitarse recíprocamente. Partiendo de lo anterior, resulta necesario preestablecer una determinada combinación de fines ($[Z/1, Z/2, \dots Z/n]K$),¹⁵⁶ que da lugar a la aplicación de reglas de preferencia. El autor (Alexy) indica que las dificultades más complejas que se desprenden de la argumentación teleológica surgen si Z o $Z/1, Z/2, \dots Z/n K$, no puede representarse únicamente mediante enunciados empíricos, que se produce en casos en los que el estado de cosas Z está definido por determinadas normas que lo rigen.¹⁵⁷ Un caso límite de este estado de cosas ocurre cuando Z puede sujetarse, a un estado de cosas en el que rige la norma a fundamentar R' . En este escenario la remisión a Z , únicamente puede cumplir la función de precisar qué significa la validez de R' .¹⁵⁸

Generalmente, para establecer un determinado estado cosas es necesario recurrir a normas generales o principios.¹⁵⁹ Así, Z es el estado de cosas en el que rigen los principios $P/1, p/2 \dots P/n$, y de este modo la argumentación teleológica se transforma en argumentación a partir de principios.¹⁶⁰ El problema de la argumentación a partir de estos principios radica en que la norma a fundamentar, no se sigue por regla general de los principios y por este motivo es necesario concretarlos mediante el apoyo de nuevos enunciados normativos.¹⁶¹

4.3.2. El papel de los cánones en el discurso jurídico

El papel de los cánones en el discurso jurídico se clarifica distinguiendo los seis siguientes parámetros: (1) el campo de su aplicabilidad, (2) su status lógico, (3) el requisito de saturación, (4) Las diversas funciones de las diversas formas, (5) el

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ *Ibíd.* 234.

¹⁵⁸ *Ibíd.*

¹⁵⁹ En este punto el autor señala que los principios deben entenderse como proposiciones normativas de un alto grado de generalidad, como por ejemplo: “se debe respetar la dignidad humana”. Por su naturaleza, explica que estas proposiciones no son directamente operativas para fundamentar una decisión y requieren por ello, premisas normativas adicionales. *Ibíd.*

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ *Ibíd.*

problema de su jerarquía, (6) la resolución del problema de la jerarquía en la teoría del discurso jurídico.¹⁶²

(1) Las diferentes formas de argumentos, han sido consideradas como estructuras argumentativas en favor o en contra de una interpretación específica de I de una norma R, a partir de una regla de uso de las palabras W ($IR/W = R'$).¹⁶³ Con excepción de la interpretación semántica, las demás formas de argumentos pueden emplearse en un cúmulo de nuevos contextos. En este sentido, el autor se refiere concretamente a conflictos de normas, a la restricción del campo de aplicación de normas, así como a la fundamentación de normas que no pueden deducirse del derecho positivo o la ley.¹⁶⁴

Ostensivamente, podría considerarse el caso en que en un conflicto entre normas, se puede argumentar que el legislador asignó a una de ellas un valor especial. Cuando se trata de fundamentación de una aplicación restrictiva resulta factible referirse a regulaciones paralelas acreditadas en otros estados, y en el caso de fundamentación de una norma que no es extraída del derecho positivo, es posible aducir un fin que debe perseguirse.¹⁶⁵

(2) De acuerdo con lo que plantea Alexy, el status lógico que tienen los cánones de la interpretación en el discurso jurídico, difiere de un status de reglas, debido a que no indican qué debe hacerse o que se debe perseguir condicionada o incondicionadamente, pero a su vez, los cánones no pueden ser apreciados como simples puntos de vista o líneas de investigación.¹⁶⁶ La determinación del estatus que se ha sostenido, consiste en entenderlos como esquemas de argumentos de una forma determinada, a partir de los que se sigue lógicamente un enunciado específico y por esta razón, son considerados como formas de argumentos.¹⁶⁷

De esta manera, al tratarse de formas de argumentos, los cánones caracterizan a la estructura de un ordenamiento jurídico cuyo análisis completo daría lugar a una

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ *Ibíd.* 235.

¹⁶⁴ *Ibíd.*

¹⁶⁵ *Ibíd.*

¹⁶⁶ *Ibíd.*

¹⁶⁷ *Ibíd.*

especie de gramática del argumentación jurídica que finalmente mostraría la forma de actuar para conseguir un resultado racional.¹⁶⁸

(3) El requisito de saturación de los argumentos exige que una determinada forma de argumento es completo si está integrado por todas las premisas correspondientes a esa forma.¹⁶⁹ De ahí puede señalarse que existen premisas de diferente tipología que requieren ser saturadas, pero por esta particularidad, existen diversas maneras de fundamentación.¹⁷⁰

Corresponde señalar en este punto, que la argumentación empírica cumple un rol preponderante en tanto que la fundamentación relativa a la especificación de un uso del lenguaje, se sostiene a partir de argumentos empíricos. De esta forma las afirmaciones sobre la voluntad del legislador, de quienes participaron en el proceso de legislación, sobre anteriores o presentes estados de cosas jurídicos, el estado de derecho en otros estados, o las hipótesis que sustentan afirmaciones sobre determinadas consecuencias jurídicas es de naturaleza empírica.¹⁷¹

Frente a esto, además de enunciados empíricos las diferentes formas de argumentos se constituyen por enunciados normativos que no se extraen de la ley. Esta consideración procede en formas como la interpretación histórica, comparativa o teleológica que implican caracterización estados de cosas.¹⁷² Cuando se trata de la fundamentación de tales presupuestos normativos, se debe evitar recurrir directamente al discurso práctico general. Para ello, se puede recurrir a argumentos comparativos, cuya fundamentación sobre la valoración refiere a fines que están vinculados a otras normas y solo en este punto, se hará necesario recurrir a argumentos del discurso práctico general.¹⁷³

La exigencia de *saturación* asegura la racionalidad del uso de los cánones, con lo que se excluye la posibilidad de que un argumento, se sustente en una simple remisión a una determinada interpretación literal, histórica o finalista de la norma.¹⁷⁴

¹⁶⁸ *Ibíd.* 236.

¹⁶⁹ *Ibíd.* 229.

¹⁷⁰ *Ibíd.* 236.

¹⁷¹ *Ibíd.*

¹⁷² *Ibíd.*

¹⁷³ *Ibíd.*

¹⁷⁴ *Ibíd.*

Debido a lo anterior resulta siempre necesario, aducir tanto premisas normativas como empíricas, cuya verdad o corrección puede someterse a discusión.¹⁷⁵ El requisito de saturación se plasma en la siguiente regla:

(J.6) Debe resultar saturada toda forma de argumento que haya que contar entre los cánones de la interpretación, impide por ello habladurías vacías.¹⁷⁶

(4) las diferentes formas de argumentos cumplen distintas funciones. En el caso de las formas de argumento semántico y genético, hacen referencia a la vinculación de los órganos decisores, respectivamente, con el tenor de la ley y con la voluntad del legislador.¹⁷⁷ Así, las formas históricas y comparativas permiten incorporar la experiencia del pasado y de otras sociedades.¹⁷⁸ Por su parte, la interpretación sistemática cumple entre otras funciones, la de suprimir contradicciones del sistema jurídico y finalmente, la interpretación teleológica amplía el campo a la argumentación racional práctica general, con lo que se hace manifiesto que cada forma ejerce una función particularmente definida.¹⁷⁹

(5) La diferente función que cumple cada una de las formas de los cánones dentro de un contexto de análisis, pueden generar diversas soluciones al problema discutido. Tal circunstancia genera doble efecto de inseguridad en el uso de los cánones, cuya saturación obedece a distintas formas de fundamentación.¹⁸⁰ La relación entre las diferentes formas de los cánones, se encuentra frente a un problema que resulta difícil elucidar, referente a la formulación de un catálogo de grados o una jerarquía de cánones.¹⁸¹

Frente al planteamiento de diversas posibilidades expuestas en su análisis, Alexy se refiere a la propuesta por Engisch, quien sostiene que si el establecimiento de una clasificación jerárquica de los métodos resulta imposible, se debe discutir sobre un catálogo de prioridades, que conforme a la teoría subjetiva, primariamente debe prevalecer la voluntad del legislador y solo si dicha voluntad no puede esclarecerse, se

¹⁷⁵ *Ibíd.*

¹⁷⁶ *Ibíd.* 237.

¹⁷⁷ *Ibíd.*

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ *Ibíd.*

¹⁸⁰ *Ibíd.*

¹⁸¹ *Ibíd.*

recurrirá a argumentos teleológico-objetivos.¹⁸² De este planteamiento deriva una discusión de similar magnitud, en tanto que la cuestión sobre la prevalencia de una teoría objetiva o subjetiva no se ha resuelto y tampoco se resolverá de modo definitivo.¹⁸³

(6) Alexy indica que la teoría del discurso, no provee una solución a este problema por intermedio de la formulación de un catálogo de grados, mediante preferencia entre las teoría objetiva o subjetiva de la interpretación, o con la elaboración de una fórmula que vincule ambas cosas.¹⁸⁴ La alternativa que sugiere la teoría del discurso, implica la neutralización del problema por medio de la aclaración de la forma adecuada de empleo de los distintos argumentos en cada caso.¹⁸⁵

En este sentido, la teoría del discurso posee dos características que operan en su beneficio. La primera consiste en dar cuenta de la dimensión pragmática de la fundamentación, mientras que la segunda hace referencia a la idea de que sobre la base de la teoría del discurso, no se pretende obtener criterios tan fuertes como para asegurar la consecución de un determinado resultado, sino que con la aplicación de sus reglas y formas se amplía la posibilidad de que discursivamente se llegue a un resultado correcto, es decir, racional.¹⁸⁶ No es posible, frente a lo anterior, suponer que con exclusivamente con la aplicación de reglas y formas señalar, más allá de los casos de necesidad discursiva, cual deba ser el resultado, y por tanto se debe recurrir desarrollo de una discusión real o imaginaria.¹⁸⁷

Con el objeto de acreditar la vinculación de tal discusión con el derecho vigente, se debe exigir que a los argumentos que reflejan tal relación, se les asigne un peso superior *prima facie*. En este sentido si (P) plantea una solución a un problema refiriendo el tenor literal o la voluntad del legislador histórico, y su oponente (O), aduce un fin racional para sustentar su propuesta de solución, deben prevalecer en primera instancia los argumentos de (P); con la excepción de que (O) aduzca no solo buenas razones para justificar sus aserciones, sino que deben demostrar que tales constituyen

¹⁸² *Ibíd.* 238.

¹⁸³ *Ibíd.*

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ *Ibíd.*

argumentos más fuertes y por tanto superiores, a los que formuló P.¹⁸⁸ De esta precisión, el autor extrae la regla sobre la carga de la prueba que rige en el discurso como una regla pragmática que establece:

(J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que pueda aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.¹⁸⁹

Esta regla implica la posibilidad de conceder menos peso a los argumentos que manifiestan una vinculación con la ley o la voluntad del legislador cuando existen motivos racionales para que tenga lugar tal situación. Para ello se requieren motivos de orden racional que se consiguen en el marco de una discusión jurídica racional que debe llevarse a cabo por los participantes en el discurso, en tanto que de ninguna forma puede configurarse la decisión de otorgar menos peso a los argumentos que se vincula con el derecho vigente, de forma arbitraria o discrecional.¹⁹⁰

En la discusión sobre el uso de los argumentos jurídicos, se aceptan todos los argumentos que integran el discurso jurídico, dentro del cual cumplen una función determinante, los argumentos prácticos de tipo general. Esto debido a que los argumentos jurídicos sobre los que se discute, no pueden aducirse o utilizarse para sustentar una posición en esta discusión. Por esta razón el autor indica que la cuestión sobre la jerarquía de los argumentos se elucida mediante la argumentación práctica general.¹⁹¹

Lo anterior no presupone, que la decisión relativa a la designación del peso de los cánones delegada a los participantes en la discusión, siempre sea abierta y deba ser definida en cada caso. Así, el establecimiento del peso de los cánones que deben realizar los participantes conforme a los contextos interpretativos, tiene sentido por cuanto surgen de razones, que operan, no solo para el caso que se discute, sino además en casos iguales, en aspectos relevantes.¹⁹²

¹⁸⁸ *Ibíd.*

¹⁸⁹ *Ibíd.* 239.

¹⁹⁰ *Ibíd.*

¹⁹¹ *Ibíd.*

¹⁹² *Ibíd.*

Según lo examinado, el principio básico de universalidad de la teoría del discurso racional, prescribe que el uso de formas de argumentos que se utilizan, se ajuste a reglas que establezcan una relación entre sí, de tal manera que sean fundamentables racionalmente. De lo anterior se extrae la siguiente regla, que constituye una variante del principio general de universalidad:

(J.8) La determinación del peso de los argumentos de distintas formas, debe tener lugar según reglas de ponderación.¹⁹³

Estas reglas pueden ser desarrolladas en base a ciertos contextos de interpretación así como a determinados ámbitos del derecho. Tales contextos y ámbitos se modifican y nunca ofrecen una certeza definitiva.¹⁹⁴ De este modo (J.8) constituye una regla del discurso práctico general correspondiente al uso de los cánones de la interpretación. En este sentido, se puede puntualizar análogamente otra regla general del discurso que se expresa en (2.2.a) y (2.2b), las mismas que aseguran la admisibilidad de todos los argumentos en base a la exigencia de libertad de discusión, cuya incidencia en la argumentación jurídica, supone considerar todos los argumentos posibles, por tanto rige la siguiente regla:

(J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.¹⁹⁵

En cuanto a lo expuesto, indica el autor que los cánones no brindan una garantía sobre la obtención de un solo resultado correcto, con una seguridad relativamente considerable.¹⁹⁶ No obstante, señala que los cánones constituyen más que instrumentos de legitimación secundaria de una decisión, que se pueden encontrar y fundamentar de diferente manera. Es así que sostiene, que son formas que la argumentación jurídica aprovecha, con el fin de satisfacer la pretensión de corrección que se formula en ella, que a diferencia del discurso práctico general, se refiere de forma especial a la vinculación a la ley.¹⁹⁷

¹⁹³ *Ibíd.*

¹⁹⁴ *Ibíd.*

¹⁹⁵ *Ibíd.* 239.

¹⁹⁶ *Ibíd.*

¹⁹⁷ *Ibíd.*

4.4. La argumentación dogmática

4.4.1. Sobre el concepto de dogmática

Sobre la noción de argumentos dogmáticos y su función en el discurso jurídico, es preciso comprender de qué se trata la dogmática jurídica. El uso que tiene predominio entre los juristas con respecto a este término, se refiere a la ciencia del Derecho en sentido estricto y propio de la forma en que los juristas realmente la elaboran. Tal ciencia, en su sentido estricto y propio supone al menos tres actividades: (1) la descripción del Derecho vigente, (2) Su análisis sistemático y conceptual, (3) La elaboración de propuestas para la solución de casos, aspectos que dan cuenta de su pluridimensionalidad.¹⁹⁸

A tales actividades están ligadas tres dimensiones que se clasifican en *empírico-descriptiva*, *analítico-lógica* y *práctico normativa*. Cuando se habla de la dimensión empírico-descriptiva, el autor sostiene, que tal hace referencia a la descripción y prognosis de la praxis de los jueces y a la indagación de la voluntad práctica del legislador.¹⁹⁹ A la dimensión analítico-lógica, le concierne el análisis de los conceptos jurídicos y la investigación de las relaciones entre las distintas normas y principios.²⁰⁰ Finalmente, la dimensión práctico-normativa que se ocupa de asuntos como el análisis de una nueva propuesta de interpretación, la creación de una nueva norma o institución o del examen crítico de una decisión judicial y su contrapropuesta.²⁰¹

En este contexto, la actividad dogmático-jurídica, puede desenvolverse dentro de estas tres dimensiones, en las que el predominio de una de ellas, dependerá de la preferencia personal del científico del Derecho, de su identidad como teórico y de su campo de trabajo.

De esta forma, si un dogmático se ocupa de la descripción de la práctica de los tribunales se tratará de una proyección dogmática cuya dimensión predominante es la empírico-descriptiva, si realiza un análisis sobre un concepto como propiedad, tiene

¹⁹⁸ *Ibíd.* 241.

¹⁹⁹ *Ibíd.*

²⁰⁰ *Ibíd.*

²⁰¹ *Ibíd.* 242.

preeminencia en su actividad dogmática la dimensión analítico-lógica. En el caso de una propuesta de un cambio de línea jurisprudencial en base a una nueva interpretación del derecho como por ejemplo sobre el derecho a la seguridad jurídica, la dimensión dogmática que resalta es la práctico-normativa.

Frente a lo anterior, es preciso considerar un concepto de dogmática al que se ajuste la definición de los argumentos dogmáticos. En este sentido, es necesario establecer cuáles son las condiciones que deben cumplir tal concepto y para ello el autor puntualiza que son las cinco siguientes:

1) Como los argumentos deben estar apoyados en la dogmática jurídica, es conveniente entender aquí por *dogmática jurídica*, no un conjunto de actividades sino de enunciados.²⁰²

2) Estos enunciados están relacionados con las normas *establecidas y con la jurisprudencia*. No obstante, no se identifican con la descripción de las normas establecidas o con los principios o *rationes decidendi* de las decisiones judiciales.²⁰³ De ser el primer caso, la dogmática se entendería como un registro de codificaciones y en el segundo se agotaría en la compilación de precedentes.²⁰⁴ Tal consideración no implica que los enunciados dogmáticos no se relacionen con principios o *rationes decidendi*, debido a que los tribunales, pueden recurrir a enunciados de la dogmática y aportar a su desarrollo.²⁰⁵

3) Sostiene el autor que los enunciados de una dogmática forma un todo coherente, para cuya formación se destacan tres aspectos: a) no pueden contradecirse, b) En la formulación de los distintos enunciados aparecen los mismos conceptos jurídicos c) por tanto, debido a que aparecen los mismos conceptos jurídicos, se hace viable fundamentar las relaciones de inferencia que operan entre ellos.²⁰⁶

4) Los enunciados de una dogmática se forman, fundamentan y comprueban en base al marco de una ciencia del *Derecho que funciona institucionalmente*.²⁰⁷ De este modo la

²⁰² *Ibíd.* 244.

²⁰³ *Ibíd.*

²⁰⁴ *Ibíd.* 245.

²⁰⁵ *Ibíd.*

²⁰⁶ *Ibíd.*

²⁰⁷ *Ibíd.*

característica pragmática de los enunciados dogmáticos, manifiesta la distinción entre tales enunciados y los de tipo práctico general.²⁰⁸ Debido a que la dogmática funciona institucionalmente, ello trae consigo una ampliación de la discusión con respecto al tiempo y objeto. Con relación a la dimensión temporal, las conclusiones del pasado pueden retomarse, comprobarse a través de la experiencia y rechazarse o mantenerse. En cuanto a su objeto, los efectos de una solución se pueden controlar mediante las soluciones de otras cuestiones.²⁰⁹ En este contexto, la institucionalización supone que un elemento fundamental de los enunciados dogmáticos se mantiene relativamente indiscutido durante un tiempo determinado, lo que da paso a la discusión de los enunciados problemáticos.²¹⁰

5) Las dogmáticas del derecho poseen contenido normativo, por tanto sus enunciados pueden invocarse como argumentos para la decisión de cuestiones que no se resolverían con el empleo de enunciados empíricos.²¹¹

Partiendo de las cinco condiciones examinadas, se puede definir a la dogmática del Derecho como 1) una serie de enunciados que 2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del derecho que no pueden identificarse con su descripción, 3) se encuentran en una relación de coherencia mutua, 4) se forman y se discuten en un marco institucionalizado de la ciencia jurídica, y 5) tienen contenido normativo.²¹² El autor señala que esta definición, entre otros aspectos, deja abierto el que corresponde a la forma de establecer qué tipos de enunciados pertenecen a la dogmática del derecho.²¹³

4.4.2. Los enunciados de la dogmática jurídica

La clasificación que plantea el autor se ajusta a los fines de la teoría, por tanto, la caracteriza su provisionalidad, aunque indica a la vez que la misma es suficiente para aclarar el papel de los argumentos dogmáticos en el discurso jurídico.²¹⁴

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ *Ibíd.*

²¹¹ *Ibíd.* 246.

²¹² *Ibíd.*

²¹³ *Ibíd.*

²¹⁴ *Ibíd.*

La dogmática ha circunscrito su centro en los denominados *genuinos conceptos jurídicos*, que de acuerdo a la designación que el autor toma de Radbruch,²¹⁵ están representados en conceptos como contrato o legítima defensa.²¹⁶ Así, el contenido de tales conceptos está sujeto a normas, como por ejemplo, aquellas que regulan la realización de los contratos, o el ejercicio de la legítima defensa.

Es así que sin la existencia de normas, tales conceptos carecen de significado. De tal idea se desprende la distinción entre hechos naturales y hechos institucionales, que el autor acuña de Searle,²¹⁷ en la que la condición de existencia de estos conceptos, depende exclusivamente, de su regulación a través de normas.²¹⁸

La relación entre conceptos genuinos y normas, descrita, permite precisar, que la modificación del contenido de aquel tipo de conceptos, presupone la modificación de las normas que los regulan. Así mismo, quien designa un determinado supuesto de hecho, mediante estos conceptos, subsume aquel supuesto de hecho, a las normas que regulan dicho supuesto fáctico. Por esta razón, los genuinos conceptos jurídicos, tienen contenido normativo.²¹⁹

2) Como se examinó, las definiciones de los genuinos conceptos jurídicos pertenecen a los enunciados de la dogmática jurídica, sin embargo, tal situación no resulta clara con respecto a las definiciones de otros conceptos que son parte de las normas jurídicas como por ejemplo la noción de indefensión establecida en el Artículo 140 numeral 2 del COIP.²²⁰

Desde una perspectiva tradicional definiciones como esta, deben ser parte de la interpretación y no de la dogmática que se ocupa del análisis sistemático-conceptual del derecho vigente.²²¹

Frente a ello, la distinción fuerte, entre interpretación y dogmática no tiene lugar bajo una definición contemporánea de dogmática. Sin embargo, tampoco resulta

²¹⁵ *Ibíd.*

²¹⁶ *Ibíd.*

²¹⁷ *Ibíd.*

²¹⁸ *Ibíd.*

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ Véase en Código Orgánico Integral Penal, Capítulo Segundo: Delitos contra la inviolabilidad de la vida, artículo 140 numeral 2. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

²²¹ Alexy, "Teoría de la Argumentación Jurídica". *Ibíd.* 247.

adecuado presuponer que toda regla de uso de las palabras, propuesta o utilizada en el interpretación de una norma, constituye un enunciado que pertenece a la dogmática. Si se sostuviese esta posición, se tendría que suponer, que las formulaciones de los usos de las palabras empleadas en las decisiones judiciales, constituyen enunciados de carácter dogmáticos.²²²

El problema mencionado se extiende con mayor intensidad a discusiones sobre otro tipo de enunciados de la dogmática, en los que por sus características semánticas específicas, no es posible conocer con certeza si tal enunciado es o no de tipo dogmático.²²³

Para solucionar tal problema, se debe recurrir al criterio pragmático que plantea que un enunciado jurídico es dogmático, si es establecido, aceptado, o discutido en el marco de una ciencia jurídica, que funciona institucionalmente.²²⁴ En este sentido por ejemplo, las distintas definiciones de alevosía, pueden ser consideradas como enunciados dogmáticos.

Por el contrario, una regla que se utiliza por primera vez por un tribunal, para realizar la interpretación de una nueva norma, no lo es. Cabe aclarar por su parte, que si un enunciado dogmático, es utilizado para sustentar la decisión de un tribunal, ello no significa, que por este motivo, pierde su condición de enunciado de la dogmática.²²⁵

3) Establecer el límite entre los enunciados dogmáticos y no dogmáticos resulta más problemático en los casos en los que los enunciados expresan normas que no se extraen directamente del derecho positivo.²²⁶

En casos como estos nuevamente se debe recurrir al criterio pragmático. Por su parte, haciéndose una abstracción del análisis que se hace sobre las distintas definiciones de enunciado dogmático, cabe puntualizar que el autor sostiene que la caracterización de un enunciado como dogmático, dependerá finalmente de las

²²² *Ibíd.*

²²³ *Ibíd.* 248.

²²⁴ *Ibíd.*

²²⁵ *Ibíd.* 249.

²²⁶ *Ibíd.*

convicciones entre los científicos del Derecho, criterio que opera en las dos últimas clases de enunciados de la dogmática posteriores.²²⁷

4) Otra categoría de enunciados está integrada por las *descripciones* y *caracterizaciones de estados de cosas*, para cuya producción eliminación o conservación, debe recurrirse a normas individuales o grupos de normas, al igual que para determinar la prioridad entre tales estados de cosas.²²⁸

5) Finalmente integran una última clase, las formulaciones de principios que por su alto grado de generalidad, requieren para su aplicación el apoyo de premisas normativas adicionales y que al confrontarse con otros principios sufren una disminución de su alcance.

En lugar de enunciados normativos, los principios podrían entenderse como estados de cosas en los que aquellos tienen vigencia.²²⁹ No obstante, haber establecido una clasificación de los enunciados dogmáticos no supone que se ha formulado una teoría sobre la dogmática. Esto debido a que una teoría de este tipo, necesita del análisis del lenguaje que se emplea en la dogmática, para conservar su carácter de dogmática entendida entre otros aspectos, como actividad lingüística.²³⁰

Por la razón señalada, la presente clasificación debe apreciarse, como un paso preliminar que se dirige hacia un análisis del lingüístico desarrollado como actividad característica de la dogmática.

De acuerdo con lo indicado por Alexy, existen otros elementos que forman parte de una teoría de la dogmática, como el uso de los enunciados dogmáticos en las fundamentaciones, la investigación de la fundamentación y la comprobación de los enunciados dogmáticos, una teoría de la función dogmática.²³¹ Con relación a tales consideraciones, una teoría de la dogmática jurídica que resulte adecuada, debe estar articulada por cuatro partes: una teoría 1) del lenguaje de la dogmática, 2) del uso de los

²²⁷ *Ibíd.*

²²⁸ *Ibíd.*

²²⁹ *Ibíd.*

²³⁰ *Ibíd.*

²³¹ *Ibíd.* 250.

enunciados de la dogmática, 3) de la fundamentación de los enunciados de la dogmática y, 4) de la fundamentación de la dogmática.²³²

4.4.3. El uso de los enunciados dogmáticos

En el uso de los enunciados dogmáticos, puede darse el caso en el que el enunciado que debe fundamentarse, se sigue de enunciados dogmáticos, conjuntamente con enunciados empíricos y con la adición de normas jurídico-positivas. No obstante, también existen otros casos en los que es necesario para su fundamentación, adicionar otras premisas normativas.²³³

El primer caso corresponde a una *fundamentación dogmática pura*, mientras el segundo, una *fundamentación dogmática impura*. Con relación a la articulación de la fundamentación dogmática impura, se hace necesario recurrir a más de los argumentos dogmáticos, a argumentos de tipo práctico general.

Por otra parte, los argumentos dogmáticos pueden utilizarse sin ser necesariamente fundamentados, además resulta viable emplearlos en una fundamentación, y, simultáneamente aducir en su favor otros argumentos. En el primer caso se trata de un uso *no justificatorio* y en el segundo de un *uso justificatorio* de los enunciados dogmáticos.²³⁴

Un enunciado dogmático no justificatorio es aquel que no es puesto en duda, lo que significa que constituye una opinión dominante. De acuerdo a lo indicado por el autor, esta característica no debe ser necesariamente entendida como una posición acrítica, en tanto que es posible pensar hasta cierto punto, que tal actitud se sustenta en base a causas racionales que dan cuenta de que el uso no justificatorio de enunciados dogmáticos, es obligatorio.²³⁵

En el caso de los enunciados dogmáticos justificatorios, su principal característica, se refiere a que aquellos son puestos en duda, y por ello, no forman parte de una opinión dominante, situación que hace necesaria, que se aduzcan otro tipo de argumentos para su fundamentación.

²³² *Ibíd.*

²³³ *Ibíd.*

²³⁴ *Ibíd.*

²³⁵ *Ibíd.*

De este modo indica el autor, que ningún dogmático puede fundamentar todos los enunciados dogmáticos que utiliza para sostener una argumentación, debido a que ello no tendría culminación. De esta precisión se sigue un corolario del enunciado general, que sostiene que nadie puede fundamentar todo al mismo tiempo.²³⁶

4.4.4. La fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos

Los enunciados dogmáticos no pueden derivarse lógicamente, ni solo de las formulaciones de las normas jurídicas que se deben presuponer como vigentes, o de enunciados empíricos.²³⁷ La supresión de esta característica implicaría en el primer caso, que no tuviesen, ningún contenido normativo externo al de las normas jurídicas vigentes, por tanto, no sería posible fundamentar nada que no se lo haga partiendo de aquellas.²³⁸ Algo similar ocurre, si únicamente se derivasen de enunciados empíricos, cuyo resultado implica, que carecerían de valor normativo. Este rasgo prueba que ninguno de los dos tipos de enunciados aplicados de forma individual, son suficientes.²³⁹

Para la fundamentación de enunciados dogmáticos es posible utilizar enunciados de tal tipo, pero es necesario considerar que deberán fundamentarse sucesivamente, y por tanto, en algún punto se agotarán, circunstancia que indica que requieren otro tipo de argumentos. Aquí es preciso tomar en cuenta que los enunciados dogmáticos, como se señaló, poseen un contenido normativo y debido a ello, estos otros argumentos únicamente pueden ser de tipo general.²⁴⁰

En el orden que se sigue, resulta apropiado esclarecer la distinción entre *fundamentación* y *comprobación* de los enunciados dogmáticos. Se entiende por fundamentación la derivación de unos enunciados a otros, mientras que en la comprobación, se analiza si es posible aceptar que determinados enunciados se derivan de otros de forma aislada o conjuntamente con otros enunciados.²⁴¹

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ *Ibíd.* 251.

²³⁸ *Ibíd.*

²³⁹ *Ibíd.*

²⁴⁰ *Ibíd.*

²⁴¹ *Ibíd.*

Ambas cuestiones suponen el uso de enunciados prácticos de tipo general, debido a que tanto en la refutación, como en el supuesto de fundamentación de los enunciados dogmáticos, operan enunciados prácticos generales, en función de que los primeros enunciados mencionados, no pueden continuar indefinidamente siendo dogmáticos.²⁴²

De esta precisión, se sigue entonces, que los enunciados prácticos generales son la base de la fundamentación y comprobación de los enunciados dogmáticos. Por su parte, todo enunciado con contenido normativo puede ser considerado para una fundamentación a través de enunciados prácticos de tipo general.²⁴³

Conforme a lo expuesto, una particularidad de los enunciados dogmáticos radica en que pueden ser comprobados *sistemáticamente*. Tal comprobación sistemática tiene dos formas; la primera que se refiere al análisis lógico entre el enunciado a comprobar y los demás enunciados dogmáticos, así como con las formulaciones de las normas jurídicas que se presuponen como vigentes, operación a la que se denomina *comprobación sistemática en sentido estricto*.²⁴⁴ La segunda forma de comprobación, examina la relación de los enunciados normativos a fundamentar, sustentado en enunciados dogmáticos a comprobar, con respecto a los enunciados singulares que deben justificarse mediante los demás enunciados dogmáticos o de las formulaciones de las normas jurídicas, operación que se denomina *comprobación sistemática en sentido amplio*.²⁴⁵

La comprobación sistemática en sentido estricto, tiene como actividad primordial comprobar si el enunciado en cuestión, concuerda sin contradicciones con los enunciados dogmáticos aceptados y a las normas jurídicas vigentes.²⁴⁶ Con relación a lo señalado, debe observarse que si el enunciado en cuestión contradice otros enunciados dogmáticos, es posible que sean desechados aquellos y no el primero.²⁴⁷

²⁴² *Ibíd.*

²⁴³ *Ibíd.*

²⁴⁴ *Ibíd.*

²⁴⁵ *Ibíd.* 252.

²⁴⁶ El autor señala que esta operación se cumple cuando un enunciado dogmático (S) se ajusta sin contradicción, a la clase de enunciados dogmáticos ya aceptados y de las normas jurídicas válidas (K), si ni (S) ni un enunciado deducible de S, conjuntamente con un enunciado aceptado y las formulaciones de las normas jurídicas válidas están en contradicción con un enunciado de K. *Ibíd.*

²⁴⁷ *Ibíd.*

En el caso de la comprobación sistemática en sentido amplio, la actividad básica que debe cumplirse consiste en verificar si con el apoyo de los enunciados dogmáticos en cuestión, se pueden justificar juicios a fundamentar o enunciados normativos singulares, con respecto a otros enunciados normativos singulares a fundamentar; cuyo sustento, se basa en todos los otros enunciados dogmáticos y formulaciones de las normas jurídicas, de acuerdo con las reglas del discurso práctico general.²⁴⁸ Una comprobación de este tipo, puede aproximarse a la siguiente forma de acuerdo con lo indicado por el autor:

“Se trata de elegir entre los enunciados dogmáticos S/1 y S/2. Con ayuda de S/1 conjuntamente con premisas adicionales aceptadas de cualquier tipo que no deben ser eliminadas se puede fundamentar un enunciado normativo N/1 y, con ayuda de S/2, respectivamente N/2. Considerados en sí mismos, tanto N/1 como N/2, son posibles discursivamente. Los participantes en la discusión se inclinan en favor de N/1. Pero ahora puede mostrarse que un enunciado dogmático ya aceptado, S/3, lleva a N/3, y N/3, es compatible con N/2, pero no con N/1. No compatible según los que discuten debe significar aquí que, no se podría justificar, como decisión a adoptar a partir de razones prácticas de tipo general en un caso N/1 y N/3. En esta situación si los participantes en el discurso, si quieren mantener S/3, deben abandonar N/1 y con ello el enunciado dogmático S/1, aunque considerados en sí mismos, el acuerdo lo lograría S/1, más bien que N/2.”²⁴⁹

Robert Alexy señala que la forma expuesta, indica de qué manera se amplía mediante la dogmática la base de las soluciones prácticas de tipo general, donde la solución de un caso puede compararse, con las soluciones de muchos otros casos, por tanto, las dogmáticas dan lugar algo parecido a dos formas de *control de consistencia*²⁵⁰ En el caso de la comprobación sistemática en sentido estricto, se puede analizar la cuestión relativa a la compatibilidad lógica entre los enunciados dogmáticos y las formulaciones de las normas jurídicas.

²⁴⁸ *Ibíd.*

²⁴⁹ *Ibíd.*

²⁵⁰ *Ibíd.*

En la comprobación sistemática en sentido amplio, se verifica si las decisiones a fundamentar mediante enunciados dogmáticos y las normas jurídicas resultan compatibles entre sí, de acuerdo con los puntos de vista prácticos de tipo general.²⁵¹

Cuando un enunciado dogmático supera la comprobación sistemática en sentido estricto, esta tipo de comprobación constituye una condición necesaria pero no suficiente para su aceptabilidad.²⁵² Por lo tanto es necesario, que los juicios que se fundamentarán con su apoyo, puedan ser justificados desde el punto de vista práctico general, con relación a los juicios a fundamentar basados en el resto de enunciados dogmáticos y las formulaciones de las normas jurídicas.²⁵³

En este sentido se debe considerar que la argumentación dogmática, no se reduce a argumentación práctico-general, pero a la vez, aquella, puede ser entendida como la base de la argumentación dogmática.²⁵⁴ Frente a esto, la dependencia no implica que los enunciados de la dogmática son irrefutables, debido a que no son dogmas en el sentido convencional.²⁵⁵ Lo expuesto sobre la fundamentación y comprobación de los enunciados dogmáticos, se esquematiza en las siguientes reglas:

(J.10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado, mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico general.²⁵⁶

(J.11) Todo enunciado dogmático debe pasar por una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.²⁵⁷

4.4.5. Las funciones de la dogmática

El autor sostiene que se debe realizar un análisis sistemático de las funciones de la dogmática entre las que se distinguen seis funciones que cabe valorarse positivamente: 1) de estabilización, 2) de progreso, 3) de descarga, 4) de técnica, 5) de control, 6) de heurística.²⁵⁸

²⁵¹ *Ibíd.*

²⁵² *Ibíd.* 253.

²⁵³ *Ibíd.*

²⁵⁴ *Ibíd.*

²⁵⁵ *Ibíd.* 254.

²⁵⁶ *Ibíd.*

²⁵⁷ *Ibíd.*

²⁵⁸ *Ibíd.* 255.

1) *Función de estabilización* se cumple cuando con el apoyo de enunciados dogmáticos,²⁵⁹ se fija y hace posible, la reproducción de determinadas soluciones a cuestiones prácticas, debido a que la dogmática opera institucionalmente. Por ello, hace viable prefijar durante periodos de tiempo considerables, determinadas formas de solución, cuestión que es de gran relevancia, si se toma en cuenta el amplio margen de posibilidades discursivas.²⁶⁰

En este contexto, explica Alexy que si se va discutir cada vez sobre una forma de solución, podría tener lugar cada vez un resultado diferente, aun si se cumpliesen las reglas del discurso jurídico y del discurso práctico general. De esta manera se generaría una contradicción con el principio de universalidad y a su vez con un presupuesto fundamental del discurso jurídico y general, como es el principio de justicia.²⁶¹ La dogmatización del Derecho, o algo del mismo valor analizado desde la función de estabilización, constituye un requerimiento que deviene de los principios prácticos generales.²⁶²

En este contexto, la vigencia en el tiempo de cada enunciado dogmático aceptado, no presupone su permanencia ilimitadamente, pero tampoco cabe abandonarlos sin ninguna causa. Resulta entonces insuficiente, que existan buenas razones a favor de la nueva solución y de la tradicional, por tanto, las razones de la nueva solución deben ser lo suficientemente fuertes, para justificar no solo a la nueva solución, sino además, que tal debe anular a la tradicional.²⁶³ Por tanto toma parte en el

²⁵⁹ En este punto Alexy señala que se consigue estabilidad exclusivamente por medio de sistemas de enunciados dogmáticos, en tanto que la casuística es igualmente efectiva. Lo importante resalta el autor, es que la estabilidad también resulta viable con el uso de enunciados dogmáticos. *Ibíd.*

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ Alexy sostiene aquí algo importante, en el sentido de que si en dos o más discursos, se siguen las reglas del discurso y por tanto el principio de universalidad (1.3^o); puede ocurrir sin embargo, que en cuanto a la totalidad del discurso, puede haber una violación del principio mencionado. En este contexto, indica el autor que tal situación puede ser examinada desde dos puntos de vista. En el primero de ellos, los participantes en el discurso, se encuentran desvinculados con relación a los resultados del anterior discurso, desde su no identidad personal con respecto a tales resultados y a la vez frente a (1.3^o), por tanto, no tienen significado alguno para aquellos participantes. En el segundo caso, se anula una pérdida de individualidad de quienes participan en el discurso en cuanto a que se les atribuye las decisiones de los participantes en los discursos anteriores, este escenario tiene lugar en todos los casos de discurso representativo, en los que por su naturaleza, no converge la identidad de los participantes y los afectados. En relación con los representantes (1.3^o) establece exigencias más fuertes que con los que al mismo tiempo son participantes y afectados. *Ibíd.* 256.

²⁶² *Ibíd.* 256.

²⁶³ *Ibíd.*

juego, el principio de inercia planteado por Perelman, que establece que quien propone una nueva solución, asume la carga de la prueba.²⁶⁴

Así, se prueba que el efecto estabilizador de la dogmática, es limitado, debido a que aun cuando ciertos enunciados de este tipo fueron aceptados, pueden ser modificados o desechados. Por esta situación frecuentemente los enunciados dogmáticos, deben apoyarse en enunciados prácticos generales, es decir, recurrir a la *fundamentación dogmática impura*. Sin embargo, si discursivamente existen diferentes enunciados prácticos a los que se puede recurrir, es posible que se fundamenten sobre su base, resultados muy distintos.²⁶⁵

2) *función de progreso* tiene una vinculación directa con la función de estabilización. Cuando se trata de la institucionalización de la dogmática, toma forma de modo simultáneo, la ampliación de la discusión jurídica en el marco de su dimensión temporal, personal y objetual ocasionándose con ello, una mayor posibilidad de comprobación y diferenciación de los enunciados dogmáticos, que la que se obtendría de acuerdo con las discusiones que se refieren a casos puntuales, con lo que a decir del autor, se consigue un progreso de la dogmática, que a la vez resulta notablemente más complicado que el desarrollo de las ciencias empíricas.²⁶⁶

Tal complejidad se debe a que en el caso del desarrollo de la dogmática, aquella está subordinada entre otros factores, a la voluntad del legislador y a la modificación de las valoraciones dentro de la sociedad.

Sin embargo, estos factores, no implican un estado estático de la dogmática. En este sentido, la posibilidad de progreso de la dogmática se proyecta como un presupuesto importante a favor del carácter científico de la dogmática.²⁶⁷

3) *función de descarga* dinamiza la adopción de fundamentaciones de orden dogmático en tanto que se utilizan enunciados que ya fueron comprobados y aceptados de forma provisoria y son aplicados sin necesidad de una nueva comprobación, si no media para ello, una razón especial.²⁶⁸ La función de descarga por una parte, resulta indispensable

²⁶⁴ *Ibíd.*

²⁶⁵ *Ibíd.* 257

²⁶⁶ *Ibíd.*

²⁶⁷ *Ibíd.*

²⁶⁸ *Ibíd.*

en las gestiones de los tribunales debido a los límites de tiempo, y por otra, tiene gran utilidad en las discusiones de la ciencia jurídica por cuanto no es posible que se vuelva a discutir todo si ya existe un estado de cosas aceptado desde un enfoque dogmático.²⁶⁹

Su valor depende de la optimización de variables como sencillez, precisión, riqueza, confirmación de enunciados de una dogmática y la extensión del consenso suficiente sobre los enunciados.²⁷⁰ En este escenario, el aspecto más problemático de la dogmática se presenta, debido a que los valores que se emplean en su interior, no se desarrollan paralelamente con los de la voluntad.²⁷¹

Desde esta perspectiva, en muchos casos el valor de tal función es limitada. Basta pensar en un caso singular, en el que para tomar la decisión, se realiza una elección de enunciados dogmáticos alternativos, que deben fundamentarse de nuevo. Igualmente, existen situaciones prácticas en las que se rechaza un enunciado de este tipo dogmáticamente aceptado, o a su vez, se dan casos en los que para fundamentar una decisión es preciso recurrir a argumentos dogmáticos, pero además, a argumentos prácticos generales.²⁷²

De lo que se ha verificado, la dogmática también puede generar un efecto opuesto a la descarga, pero ello no anula, de acuerdo con lo sostenido por el autor, determinadamente su dinamismo. Un ejemplo a favor de la función de descarga, se manifiesta en casos en los que existen enunciados dogmáticos como definiciones de conceptos jurídicamente relevantes, precisos y reconocidos, que facilitan la toma de una decisión en tal medida, que una vez probados los hechos, deja de ser problemática. Por ello, en casos ordinarios la función de descarga, supone que las cuestiones dogmáticas no constituyen problemas.²⁷³

Por su parte en los denominados casos límite, el efecto de descarga genera dificultades, debido a que si no se tomara en cuenta la dogmática, estos inconvenientes no tendrían lugar. No obstante de acuerdo a la perspectiva del autor el hecho de que la

²⁶⁹ *Ibíd.*

²⁷⁰ *Ibíd.*

²⁷¹ *Ibíd.*

²⁷² *Ibíd.*

²⁷³ *Ibíd.*

dogmática proponga cuestiones que sin ellas no existirían, no puede dar lugar a considerarla solo como un inconveniente.²⁷⁴

4) *función técnica* tiene un elevado grado de importancia debido a que se encarga de establecer instituciones, conceptos generales, formas de enunciados, con la finalidad de reconocer de forma panorámica y sistemática la dinámica y sentido de las normas jurídicas concretas.²⁷⁵ Tal planteamiento toma Alexy de Krawietz, con el propósito de aclarar la función analizada. Este papel también supone el ejercicio de carácter informativo, con el que se emprende la enseñanza de la ciencia jurídica y su transmisión.²⁷⁶ De acuerdo con el autor, al igual que en las otras funciones, es posible objetar la función didáctica de la dogmática, no obstante, indica que se debe aceptar que el análisis analítico-conceptual, constituye un mecanismo adecuado para poder dominarlo.²⁷⁷

5) *función de control* que ya fue mencionada como función de comprobación tanto en sentido estricto como amplio tiene un notable valor, debido a que con el apoyo de enunciados dogmáticos, se amplía el margen de eficacia de la aplicación del principio de universalidad y consecuentemente, del principio de justicia.²⁷⁸

6) Una última función positiva de la dogmática corresponde a la *función heurística*. Ello en función de que mediante el recurso a la dogmática, se consiguen soluciones en muchas cuestiones, sin necesidad de empezar de nuevo, por cuanto ofrece una diversidad de modelos de solución, enfoques y alternativas, que pueden ser utilizadas y visualizadas únicamente dentro del marco de un sistema dogmático. El autor indica que lo señalado, da cuenta de la característica y función heurística de la dogmática.²⁷⁹

4.4.6. Argumentación dogmática y argumentación práctica general

Según lo expuesto es necesario considerar los resultados y límites que se desprenden de la dogmática, por tanto, desde tal enfoque resulta pertinente adscribirse a una perspectiva instrumentalista de ella. En este sentido la dogmática constituye un

²⁷⁴ *Ibíd.*

²⁷⁵ *Ibíd.* 259.

²⁷⁶ *Ibíd.*

²⁷⁷ *Ibíd.*

²⁷⁸ *Ibíd.* 260.

²⁷⁹ *Ibíd.*

instrumento del que surgen resultados que no podrían concebirse, si únicamente se dispone de elementos del discurso práctico general.²⁸⁰

Así, aportes positivos de la dogmática como las funciones de estabilidad y control, tienen un valor notorio para la realización del principio de universalización establecido en la regla (1,3'), que obedecen a cuestiones de tipo práctico general. Por otro lado, los demás elementos de la dogmática como la función heurística, son beneficiosos y resultan deseables.

De las consideraciones anteriores se puede apreciar que la dogmática es racional.²⁸¹ En este sentido, el autor, adscribiéndose el criterio de Wieacker,²⁸² sostiene que la racionalidad de la dogmática, depende de su empleo como instrumento de determinación del Derecho en el campo de la razón práctica y la moral.²⁸³ Ejemplos que pueden dar cuenta del uso inadecuado de la dogmática, se observan en casos en que su utilización tiene por objeto, encubrir los verdaderos motivos de la decisión, o a su vez, si se emplean enunciados dogmáticos, como supuestos programas autónomos de decisión.²⁸⁴

Lo último podría ser entendido, como el uso arbitrario de enunciados dogmáticos, para sustentar una decisión. No obstante, este fenómeno no es exclusivo de la dogmática, ya que puede tener lugar en la argumentación práctica general, puesto que pueden utilizarse argumentaciones engañosas y además, es posible utilizar peticiones de principio.²⁸⁵ Frente a lo anterior, lo relevante es que si bien puede darse un uso incorrecto de la dogmática, también puede emplearse de modo racional.²⁸⁶

La dogmática es racional, a medida permanezca vigente la retroacción con la argumentación práctica general.²⁸⁷ Tal retroacción tiene lugar, si en los casos dudosos, se fundamentan los enunciados dogmáticos que integran la argumentación dogmática

²⁸⁰ *Ibíd.*

²⁸¹ *Ibíd.*

²⁸² *Ibíd.* 261.

²⁸³ *Ibíd.*

²⁸⁴ *Ibíd.*

²⁸⁵ *Ibíd.*

²⁸⁶ *Ibíd.*

²⁸⁷ *Ibíd.*

que se llevará a cabo. Esta fundamentación, puede estar conformada con enunciados dogmáticos, pero finalmente se requiere de argumentos prácticos generales.²⁸⁸

La vinculación entre la argumentación dogmática y práctica general se encuentra expresada en otro aspecto sumamente importante, que se refiere a la argumentación dogmática pura e impura. En el primer caso, el enunciado que debe fundamentarse, se sigue exclusivamente de enunciados dogmáticos, conjuntamente con formulaciones de las normas válidas y enunciados empíricos. En el segundo caso, la fundamentación debe recurrir además de los enunciados de la argumentación dogmática pura, a enunciados prácticos generales.²⁸⁹

El escenario expuesto, indica la relación fundamental entre argumentación dogmática y argumentación práctica general. Esto en definitiva significa que los argumentos dogmáticos, no están en contradicción con los principios de la teoría del discurso, y a su vez, que constituyen un tipo de argumentos exigidos por aquel, en el entramado especial del discurso jurídico.²⁹⁰ Por consiguiente, rige la siguiente regla:

(J.12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.²⁹¹

4.5. Sobre el uso de los precedentes

Si una teoría de la argumentación no analizara la función de los precedentes, tal resultaría totalmente incompleta por cuanto omitiría uno de los presupuestos fundamentales de la argumentación jurídica.²⁹² El valor que al menos desde el punto de vista fáctico se reconoce a los precedentes en los sistemas del Derecho europeo-continental, es enfatizado en todo contexto.

Al margen de la discusión sobre su valoración teórica referida al carácter de fuente del derecho, el análisis que se lleva a cabo según los fines del autor y su teoría, se concreta en lo siguiente: 1) El papel que le corresponde al seguimiento de los precedentes desde el punto de vista de la teoría del discurso jurídico,²⁹³ y, 2) la relación de los argumentos basados en precedentes, con otros argumentos posibles en el

²⁸⁸ *Ibíd.*

²⁸⁹ *Ibíd.*

²⁹⁰ *Ibíd.*

²⁹¹ *Ibíd.*

²⁹² *Ibíd.*

²⁹³ *Ibíd.* 262.

discurso. El primer aspecto tiene notable significación con respecto la idea de considerar a los precedentes como fuente del derecho.²⁹⁴

4.5.1. La regla de la carga de la argumentación

Del principio de universalidad, subyace el fundamento del uso de los precedentes, y de ello se sigue que en toda concepción de justicia formal, rige la exigencia de tratar de manera igual a lo igual.²⁹⁵ Se podría suponer a primera vista que el problema esencial del uso de los precedentes, se halla en la idea de que no existen casos exactamente iguales y por tanto, su empleo supone el incumplimiento de tal principio. Sin embargo, el núcleo del problema se refiere, a la determinación de la relevancia de las diferencias,²⁹⁶ aspecto sobre el que debe hacerse algunas precisiones.

Así, puede existir un caso que en todas las circunstancias relevantes, sea igual a otro decidido anteriormente, pero que por la modificación de su valoración es pertinente establecer una decisión diferente.²⁹⁷

La adhesión al principio de universalidad restringe la posibilidad de tomar una decisión diferente, pero tal exclusión resultaría al tiempo, incompatible con la pretensión de corrección de toda decisión.²⁹⁸ No es posible en este contexto, apartarse de la consideración de que tal pretensión es parte del cumplimiento del principio de universalidad, aun cuando se trate específicamente de una condición.²⁹⁹ Una condición general supone que la argumentación sea justificable.

En este marco, tiene vigencia el principio de respeto de los precedentes cuya excepción cabe endosándose a quien desee apartarse de ellos la *carga de la argumentación*.³⁰⁰ Dicho principio opera simultáneamente con el principio de inercia de Chaim Perelman, que establece que una decisión solo puede cambiarse si pueden aducirse razones suficientes para ello.³⁰¹ En este sentido, la satisfacción de la carga de la

²⁹⁴ *Ibíd.*

²⁹⁵ *Ibíd.*

²⁹⁶ *Ibíd.*

²⁹⁷ *Ibíd.*

²⁹⁸ *Ibíd.*

²⁹⁹ *Ibíd.* 263.

³⁰⁰ *Ibíd.*

³⁰¹ *Ibíd.*

argumentación, solo puede determinarse por los participantes reales o imaginarios en el discurso.

En el punto anterior se examinó un caso en el que los hechos son juzgados como iguales, pero frente a estos, se puede distinguir otro tipo de casos en los que para apartarse de la regla, es necesario aducir hechos especiales o indicar la ausencia de hechos específicos. Al igual que en el primer caso, aquí también tiene vigencia la carga de la argumentación que tiene lugar desde la presunción de igualdad establecida en la regla (3.1).³⁰²

El uso de los precedentes basado en la regla de la carga de la argumentación, tiene importantes y diversas funciones que guardan relación, en cierta medida, con las del uso de los argumentos dogmáticos. Así podría decirse, que con mucha frecuencia, los enunciados dogmáticos integran los precedentes y a su vez, que las decisiones judiciales son aceptadas por la dogmática, cuyo objeto es constituirse como dogmática del Derecho vigente.³⁰³

La Dogmática como Ciencia del Derecho, se caracteriza por construir preferentemente sus enunciados de forma sistemático-conceptual, con lo que se ocupa de la formulación de enunciados para soluciones que aún no fueron objeto de decisiones jurídicas y ensaya posibilidades sobre soluciones alternativas.³⁰⁴

Hay que aclarar sin embargo, que las decisiones jurídicas se usan predominantemente, para la decisión de actos y no únicamente, como un medio de canalización de propuestas de decisión. Lo anterior expresa la notable diferencia de la fuerza ilocucionaria Austiniana, que caracteriza y distingue, a las decisiones jurídicas de la ciencia del Derecho.³⁰⁵

Tal distinción no significa que entre los enunciados dogmáticos y los enunciados de los precedentes, en cuanto su contenido no existe un amplio grado de vinculación,³⁰⁶ ya que en gran medida, lo que se ha expuesto con relación a la función de la dogmática

³⁰² *Ibíd.*

³⁰³ *Ibíd.*

³⁰⁴ *Ibíd.* 264.

³⁰⁵ *Ibíd.*

³⁰⁶ *Ibíd.*

tiene vigencia en la función del uso de los precedentes. Esta cuestión toma valor de modo particular, en la función de estabilización, de progreso y de descarga.³⁰⁷

Sobre la base del aseguramiento de la estabilidad, el empleo del precedente implica una contribución a la seguridad jurídica y al mismo tiempo, al resguardo de la confianza en la aplicación de derecho, pero tales fines no son únicos, porque de ser así, no sería admisible apartarse del principio de inercia.³⁰⁸

En la perspectiva de la teoría del discurso, el sustento sobre la racionalidad del uso del precedente que responda a los principios de universalidad e inercia, proviene de los límites de la argumentación práctica general.³⁰⁹ Alexy indica en este punto, que al saber que las reglas del discurso, no producen en todos los casos un resultado correcto, ello da lugar a un campo de lo discursivamente posible, escenario en el que se contraviene la exigencia de consistencia y el principio de universalidad, si subyacen en su interior, soluciones cambiantes e incompatibles entre sí.³¹⁰

En estas condiciones, incorporar la carga de la argumentación en beneficio del uso del precedente, no implica una contradicción de las reglas del discurso. Esto en tanto, no se excluya, el hecho de que seguir el precedente, implique tomar una máxima de decisión reconocida como equivocada.³¹¹ Por ello, la reducción de la dimensión de lo discursivamente posible, debe verse como una operación racional. Es así, que desde lo observado, se pueden establecer como reglas generales del uso de los precedentes, las siguientes:

(J.13) Cuando puede citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse.³¹²

(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.³¹³

La secuencia del análisis expuesto, se ha dirigido a sustentar la regla de la carga de la argumentación, como regla del discurso. No obstante, la discusión referente al

³⁰⁷ *Ibíd.*

³⁰⁸ *Ibíd.*

³⁰⁹ *Ibíd.*

³¹⁰ *Ibíd.*

³¹¹ *Ibíd.*

³¹² *Ibíd.* 265.

³¹³ *Ibíd.*

hecho de considerar a tal regla, como un principio del derecho positivo, permanece abierta e incide de modo directo, en la discusión sobre el carácter de fuente de derecho de los precedentes y a la vez, conllevaría al problema general de la calificación jurídica de las reglas del discurso.³¹⁴

4.5.2. Uso del precedente y argumentación jurídica

El alcance de las posibilidades de apartarse del precedente, delimita la extensión de la obligación regulada por la carga de la prueba, por lo tanto, es pertinente examinar la distinción entre *técnicas de divergencia* y *razones de divergencia*.³¹⁵

Las técnicas de divergencia, son parte constitutiva del uso de los precedentes, aquí se examinarán, los aspectos más valiosos sobre la relación que se produce entre los argumentos que se sustentan en los precedentes, y los otros argumentos posibles en el discurso jurídico.³¹⁶ Para esto, se debe entender que el uso del precedente, implica la aplicación de la norma subyacente a la decisión del precedente, por tanto tal, debe considerarse una norma en sí misma, de acuerdo con la perspectiva del precedente.³¹⁷ Este planteamiento ha dado lugar, a la formulación de diferentes teorías que tienen la pretensión de elucidar la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*.³¹⁸

En este orden de ideas, la teoría expuesta, centra su atención en señalar la posibilidad de la aplicación de las técnicas del uso del precedente conocidas como *distinguishing* y del *overruling*. Así, la del *distinguishing*, sirve para interpretar de forma estricta la norma que debe considerarse desde la perspectiva del precedente. Esta interpretación, puede operar en casos en los que, con la introducción de una característica del supuesto de hecho inexistente en el caso a decidir, deviene su inaplicación. De este modo, el precedente permanece vigente³¹⁹ Por su parte, la técnica del *overruling*, se refiere al rechazo del precedente.

Lo relevante para Alexy, radica en que las dos técnicas, deben ser fundamentadas mediante razones jurídicas, en las que cumplen una función especial, los

³¹⁴ *Ibíd.*

³¹⁵ *Ibíd.*

³¹⁶ *Ibíd.*

³¹⁷ *Ibíd.* 266.

³¹⁸ *Ibíd.*

³¹⁹ *Ibíd.*

argumentos prácticos de orden general, además de todos los posibles en el discurso jurídico.³²⁰

De lo anterior se observa que el uso de precedentes, constituye un procedimiento de argumentación, exigido por cuestiones de orden práctico general, como el principio de universabilidad o la regla de la carga de la argumentación, que es en esa medida racional, y para cuyo uso se requieren argumentos racionales y particularmente, prácticos de tipo general.³²¹

4.6. Sobre el uso de formas de argumentos jurídicos especiales

Las formas de argumentos jurídicos especiales en la teoría descrita, se refieren a los que son utilizados en la metodología jurídica como *la analogía, el argumento a contrario, a fortiori y el argumento ad absurdum*.³²² Con su análisis, se pretende clarificar su papel en el discurso jurídico.

En este orden de ideas, todas las formas de argumentos jurídicos especiales, pueden ser expresadas en formas de inferencia lógicamente válidas, siendo extensiva esta cualidad, a todas las formas de argumentos.³²³ Debido a esto, es necesario en casi todos los casos una preparación especial de las premisas, así como la incorporación de premisas especiales, que se encuentran implícitas frecuentemente en las argumentaciones que tienen lugar de hecho.³²⁴

En este sentido, la formulación de argumentos jurídicos especiales representados en formas de inferencia lógicamente válidas, traen consigo dos ventajas que consisten por una parte, en que con ellas se consigue la comprensión de su forma lógica y por otra, que aclaran su contenido no lógico.³²⁵

Un ejemplo de forma de inferencia lógicamente válida, sin la incorporación de premisas especiales, se identifica en el argumento a contrario que el autor toma de Klug:

(J.15) · (1) (x) (OGx → Fx)

³²⁰ *Ibíd.*

³²¹ *Ibíd.*

³²² *Ibíd.*

³²³ *Ibíd.*

³²⁴ *Ibíd.*

³²⁵ *Ibíd.*

$$\cdot(2) (x) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx) (1).^{326}$$

(J.15) Constituye una inferencia lógicamente válida. Esta forma de argumento es posible, debido a que la norma de la que parte, tiene la forma expresada en (1) que debe establecer que sólo si x es F , debe seguirse la consecuencia jurídica. Sin embargo, que esto sea o no el caso, depende de la perspectiva de interpretación.³²⁷ En este sentido, dicha consideración puede sostenerse, a partir de formulaciones adecuadas del texto de las normas.

Sin embargo, cabe tener en cuenta que frecuentemente es necesario, recurrir a argumentos adicionales, que suponen el universo de argumentos posibles en el discurso jurídico.³²⁸ Señala Alexy, que inclusive en una forma de argumento tan simple como (J.15), remite a una extensa cantidad de argumentos jurídicos imaginables, observación, que se hace extensiva a todos los casos de uso de normas de inferencias lógicas, en la argumentación jurídica.³²⁹

Las formas de argumentos jurídicos especiales, se caracterizan por ser argumentos que van más allá de formas de inferencia lógica de validez general, atributo del que surgen, extensas discusiones e interés por su estudio. Entre las formas que mayor interés general se puede identificar a la analogía.³³⁰ Tal forma puede expresarse como una inferencia lógica válida, que en la tesis del caso especial, se entiende como (F sim. x) significa (x es semejante a F), estructura que en lenguaje formal es el siguiente:

$$(J.16) \cdot (1) (x) (Fx \vee F \text{ sim.} \rightarrow OGx)$$

$$\cdot (2) (x) (Hx \rightarrow F \text{ sim. } x)$$

$$(3) (x) (Hx \rightarrow OGx) (1),(2).^{331}$$

(J.16) se adscribe a la fórmula de Klug, en la que puede ocuparse el ejemplo del autor, en el que x se debe interpretar como una variable sobre acciones:

³²⁶ Sobre la simbolización el autor señala, que se ha adaptado a la utilizada en su teoría. *Ibíd.* 267.

³²⁷ *Ibíd.*

³²⁸ *Ibíd.*

³²⁹ *Ibíd.* 268.

³³⁰ *Ibíd.*

³³¹ *Ibíd.*

· (1) Para todo x: si x es un contrato de compraventa F o uno semejante al de compraventa (F sim,) deben aplicarse a x los artículos 1732 y siguientes del Código Civil Ecuatoriano,

· (2) Para todo x: si x es un contrato que tiene por objeto la transmisión onerosa de un local de negocios (H), entonces x es un contrato semejante al de compraventa (F sim.).³³²

(3) Para todo x: si x es un contrato que tiene por objeto la transmisión onerosa de un local de negocios (H), entonces deben aplicarse los artículos 1732 y siguientes del Código Civil Ecuatoriano. (1) y (2).

El ejemplo examinado, indica que el verdadero problema de la analogía, no radica en la inferencia de (3) a partir de (1) y (2), sino en la fundamentación de (1) y (2).³³³ En este sentido indica el autor, que Klug, sugiere llamar por este motivo, a una inferencia como (J.16) no inferencia analógica, sino inferencia con la que concluye el procedimiento jurídico de analogía.³³⁴ Por lo anterior, se plantea la cuestión sobre la forma en que deben ser fundamentadas las premisas (1) y (2).

La premisa (1) no es por regla general una norma que pueda deducirse de la ley, en tanto que las normas que pueden deducirse de la ley, generalmente tienen la siguiente forma:

(1.a) (x) (Fx→OGx).³³⁵

Para llegar a (1) se indica por el autor que se necesita una regla como (1.b) que se expresa de la siguiente manera:

(1.b) Los supuestos de hecho que son semejantes desde un punto de vista jurídico deben tener las mismas consecuencias jurídicas.³³⁶

La premisa (1.b) es un caso especial de del principio de universabilidad (1.3´) y por tanto, del de igualdad. De este modo, la analogía se sustenta en los principios de

³³² *Ibíd.*

³³³ *Ibíd.* 269.

³³⁴ *Ibíd.*

³³⁵ *Ibíd.*

³³⁶ *Ibíd.*

universabilidad o igualdad.³³⁷ Esto da lugar a que en la fundamentación de la segunda premisa en (J.16), la determinación de la semejanza, radican todas las dificultades de la aplicación del principio de igualdad.³³⁸ R. Alexy, sostiene que se puede realizar en las relaciones de semejanza, el análisis lógico de sus estructuras. Sin embargo, la determinación de la semejanza jurídicamente relevante, no puede surgir únicamente de ese tipo de evaluación y por ello, numerosas investigaciones sugieren que la analogía es una valoración, en cuya fundamentación puede emplearse el universo de argumentos posibles en el discurso jurídico.³³⁹

Puesto que el argumento de analogía, posee una estructura formal que es parte de los designados como argumentos materiales, el despliegue de su eficacia, únicamente puede conseguirse en el marco de tal estructura.³⁴⁰ En este contexto, se encuentra en conexión con el concepto de discurso de dos maneras, por una parte, debido a que se sustenta en el principio de universabilidad, que es constitutivo del discurso práctico general y del discurso jurídico; y por otra, debido a que únicamente es aplicable, si se llena argumentativamente.³⁴¹

Por otro lado, el argumento de reducción al absurdo, se halla relacionado con el discurso de la misma manera que la analogía. Un caso de argumento de reducción al absurdo tiene lugar por ejemplo, en los casos en los que la fundamentación de una interpretación I de una norma R, no es admisible, con la aplicación de una regla de uso de las palabras W ($IR/W=R\hat{\ }'$), a partir de que conduce a resultados calificados como inaceptables, absurdos incomprensibles, etc.³⁴²

Dicho resultado, puede designarse como un estado Z, que desde la perspectiva de quienes argumentan, se aprecia como prohibido ($O\neg Z$), por lo que el argumento, se expresa en la siguiente estructura que se ajusta al esquema (S) expuesto anteriormente:

- (J.17) (1) $O\neg Z$
 (2) $R' \rightarrow Z$

³³⁷ *Ibíd.*

³³⁸ *Ibíd.*

³³⁹ *Ibíd.*

³⁴⁰ *Ibíd.* 270.

³⁴¹ *Ibíd.*

³⁴² *Ibíd.*

(3) $\neg R$ ³⁴³

Las premisas (1) y (2) deben fundamentarse para demostrar esencialmente, que Z se considera prohibido y R', tiene como consecuencia a Z. Para verificar el primer aspecto, se puede recurrir entre otras formas, a argumentos prácticos de tipo general, mientras que para verificar el segundo, se deben emplear argumentos empíricos.³⁴⁴

El argumento (J.17), es una forma especialmente estricta de argumento ad absurdum. Alexy indica, que las formas más débiles, suponen que Z no se encuentra definitivamente prohibido, sino que resulta la menos adecuada, de varias alternativas.³⁴⁵ En este estado de cosas, todo depende de que la exigencia de fundamentación de (1) provoque, conexión entre esta forma de argumento y el discurso jurídico.

Con este esquema, se explica que al menos, las tres formas discutidas corresponden a casos especiales del discurso práctico general, esto porque (J.15) constituye un ejemplo de inferencia válido lógicamente, (J.16) se exige por el principio de universalidad,³⁴⁶ y porque, (J.17) constituye un caso, en que se toma en consideración las consecuencias.³⁴⁷

En la medida que estas formas puedan condensarse en reglas y formas del discurso práctico general, su uso debe considerarse como racional.³⁴⁸ Sin embargo, debe observarse, que al igual que los cánones de la interpretación, el uso de las formas especiales de argumentos, solo es racional si son saturados, y además, si los enunciados que se incorporan para su saturación, pueden fundamentarse en el discurso jurídico.³⁴⁹ Por tanto, para el uso de estas formas se debe aplicar la siguiente regla:

(J.18) Las formas de argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.³⁵⁰

³⁴³ *Ibíd.*

³⁴⁴ *Ibíd.*

³⁴⁵ *Ibíd.*

³⁴⁶ *Ibíd.*

³⁴⁷ *Ibíd.* 271.

³⁴⁸ *Ibíd.*

³⁴⁹ *Ibíd.*

³⁵⁰ *Ibíd.*

4.7. Sobre el papel de los argumentos prácticos generales en el discurso jurídico

Los argumentos prácticos de tipo general, pueden ser necesarios en el en el discurso jurídico, al menos en los siguientes aspectos: 1) en la fundamentación de las premisas normativas que se necesitan, para la saturación de las distintas formas de argumentos,³⁵¹ 2) en la fundamentación de la elección de los diferentes argumentos, que por su aplicación, producen diferentes resultados, 3) en la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos, 4) en la fundamentación de las técnicas *distinguishing* y *overruling*, y 5) directamente en la fundamentación de los enunciados que se utilizan en la justificación interna.³⁵²

En este sentido resulta apropiado considerar, que el uso de estos enunciados no constituye el único mecanismo, que incide en los cinco aspectos señalados, debido a que para cumplir con tales fines, se puede recurrir a enunciados de tipo dogmático o de los precedentes.³⁵³ De esta manera, tales enunciados, pueden cumplir una función de saturación de las distintas formas de argumentos, pero además sirven, para fundamentar la elección de las distintas formas de argumentos, las cuales producen resultados diferentes.³⁵⁴ Así, el principio de universabilidad establece que en los diferentes contextos de elección, deben seguirse las reglas de la ponderación (J.8), las mismas que pueden adquirir un carácter de enunciados dogmáticos o de precedentes.³⁵⁵ En el caso de las técnicas de *distinguishing* y *overruling*, también es posible recurrir a enunciados dogmáticos, para fundamentar nuevos enunciados dogmáticos.³⁵⁶

En base a lo precisado, el empleo de enunciados dogmáticos y de los precedentes en las cinco circunstancias indicadas, pueden sustituir parcialmente el uso de enunciados de tipo práctico general, no obstante, a menudo es incompleta y siempre de manera provisional.³⁵⁷ La sustitución es parcial, en tanto que en ningún caso, son disponibles de forma absoluta enunciados dogmáticos o de los precedentes.

³⁵¹ *Ibíd.*

³⁵² *Ibíd.*

³⁵³ *Ibíd.*

³⁵⁴ *Ibíd.*

³⁵⁵ *Ibíd.*

³⁵⁶ *Ibíd.*

³⁵⁷ *Ibíd.* 272.

Consecuentemente, si estos enunciados no pueden utilizarse, es necesario recurrir a los de tipo práctico general.³⁵⁸

Así mismo, es incompleta debido a que si bien pueden emplearse enunciados dogmáticos o de precedentes, cabe la posibilidad de que tales no sean los necesarios, por ejemplo, debido a que para satisfacer la saturación de un argumento, y a partir de este, conjuntamente con enunciados empíricos y formulaciones de las normas jurídicas, no se sigue lógicamente el enunciado necesario.³⁵⁹

En este escenario, se requieren premisas normativas adicionales, que deben fundamentarse de acuerdo con la razón práctica general. De ahí que tienen lugar, la denominada argumentación dogmática impura,³⁶⁰ o a su vez, la fundamentación impura a partir del precedente.³⁶¹

Finalmente, el aspecto que cobra mayor valor, se refiere a que el desplazamiento de los enunciados de tipo práctico general, es siempre provisional. Esto debido a que si se utilizan enunciados dogmáticos, no podrán fundamentarse siempre, a partir de otros enunciados dogmáticos. Así, para la comprobación y fundamentabilidad de la aplicabilidad de los precedentes, en última instancia, se requieren argumentos de tipo práctico general. De esta manera, tal tipo de argumentación, constituye el fundamento de la argumentación jurídica.³⁶²

5. Discurso jurídico y discurso práctico general

La indisoluble unión entre el discurso jurídico y el discurso práctico general, se resume en cuatro aspectos: 1) la necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general,³⁶³ 2) la coincidencia parcial de la pretensión en corrección, 3) la coincidencia estructural de las reglas y las formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general, y 4) la necesidad de argumentación práctica de tipo general en el marco de la argumentación jurídica.³⁶⁴

³⁵⁸ *Ibíd.*

³⁵⁹ *Ibíd.*

³⁶⁰ *Ibíd.* 250.

³⁶¹ *Ibíd.* 254.

³⁶² *Ibíd.* 272

³⁶³ *Ibíd.* 273

³⁶⁴ *Ibíd.*

5.1. La necesidad de discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general

El discurso jurídico surge de la debilidad que caracteriza las reglas y formas del discurso práctico general, las cuales definen un procedimiento de decisión que en muchos casos no produce ningún resultado o que en su defecto, no garantizan seguridad definitiva alguna.³⁶⁵ La mencionada debilidad se produce debido a tres razones: 1) las reglas del discurso, no establecen las premisas normativas, de las que deben partir los participantes en el discurso. De este modo, el inicio del discurso tiene lugar en las convicciones normativas realmente existentes, que frecuentemente son incompatibles entre sí,³⁶⁶ debido a que 2) no todos los pasos de la argumentación están fijados, 3) algunas reglas del discurso solo pueden cumplirse de forma aproximada. Ello da lugar a la posibilidad de que no se alcance ningún acuerdo.³⁶⁷

Cabe añadir que las reglas del discurso, exigen algunos enunciados normativos como discursivamente necesarios, en función de lo que su negación, resulta incompatible con aquellas, esto supone, que tal negación es discursivamente imposible.³⁶⁸

Frente a lo anterior, existe un amplio campo de lo discursivamente posible, dentro del que se puede justificar un específico enunciado normativo, así como su negación, sin contravenir las reglas del discurso.³⁶⁹ De acuerdo con tal situación y a la necesidad de hecho de decidir, el autor considera que resulta racional establecer dialógicamente, un procedimiento que limite en la medida mayormente racional, el campo de lo discursivamente posible.

Se puede citar como ejemplo de este procedimiento, a las reglas de la legislación, que incluyen el principio de mayoría o el de representación, así como las regulaciones procesales vigentes en los diferentes sistemas jurídicos. Frente a lo anterior

³⁶⁵ *Ibíd.*

³⁶⁶ *Ibíd.*

³⁶⁷ *Ibíd.*

³⁶⁸ *Ibíd.*

³⁶⁹ *Ibíd.*

cabe advertir, que se ha verificado, que las normas jurídicas resultan insuficientes, para definir de forma completa, la decisión jurídica.³⁷⁰

En relación con este problema, el autor sostiene que existen cuatro razones para que tenga lugar una solución únicamente parcial de la cuestión: 1) la vaguedad del lenguaje del derecho,³⁷¹ 2) la posibilidad de conflictos normativos, 3) la existencia de casos que exigen regulación jurídica, pero que carecen de dicha regulación, debido a que no existen normas vigentes para ello, 4) La posibilidad de decidir en casos especiales en contra del tenor literal de la norma.³⁷²

Si se procuraría resolver dicho campo de indeterminación únicamente de acuerdo con argumentación práctica general, sus debilidades se trasladarían y afectarían a la decisión jurídica de forma considerable.³⁷³

Por lo tanto, se debe considerar racional, la formulación de reglas y formas especiales de la argumentación jurídica, su institucionalización como ciencia jurídica, y su inserción en el contexto de los precedentes.³⁷⁴ De esta manera, dentro del área de incerteza que proviene de las normas jurídicas puede limitarse en mayor medida, el campo de lo posible discursivamente.³⁷⁵

Por otra parte, debe considerarse que tal circunstancia, no implica un desligue de la argumentación jurídica con relación a la argumentación práctica general, lo que supone que la incerteza que mencionó, no podrá suprimirse totalmente. Con esto la argumentación práctica general, por tratarse de un elemento fundamental de la argumentación jurídica, opera en condiciones que amplifican su eficacia, de acuerdo con la institucionalización del discurso jurídico como ciencia jurídica.³⁷⁶

³⁷⁰ *Ibíd.*

³⁷¹ *Ibíd.* 274.

³⁷² *Ibíd.*

³⁷³ *Ibíd.*

³⁷⁴ *Ibíd.*

³⁷⁵ *Ibíd.*

³⁷⁶ *Ibíd.*

5.2. La coincidencia parcial en la pretensión de corrección

La vinculación surge de la pretensión de corrección, que también es de naturaleza constitutiva en la argumentación jurídica. Esto implica que los enunciados en cuestión, sean fundamentados racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente, exigencia que la distingue, de la que corresponde a la argumentación de tipo práctico-racional, en la que sus enunciados, deben ser absolutamente racionales.³⁷⁷

En este sentido, la racionalidad de la argumentación jurídica, se halla establecida por la ley y por ello, obedece a la racionalidad de la legislación. Una racionalidad ilimitada de la decisión jurídica, implicaría la racionalidad de la legislación, traería consigo, una condición en la que dentro de la respectiva sociedad, las cuestiones prácticas se resuelvan racionalmente.³⁷⁸

Para conseguir una teoría del discurso jurídico que comprenda esta condición, resultaría necesario dar paso, de una teoría del discurso racional práctico general a una teoría de la legislación, e inclusive sostiene el autor, que a una teoría normativa de la sociedad, integrada por el discurso jurídico.³⁷⁹

La teoría expuesta, busca elucidar la cuestión sobre qué significa decidir racionalmente, en el marco de un ordenamiento jurídico válido, cuestión que se satisface, por intermedio de la teoría de la argumentación jurídica. No obstante, existen asuntos en una teoría de este tipo, que se examinan en una teoría de la legislación y en una teoría normativa de la sociedad, que pueden distinguirse, pero no pueden ser totalmente separados.³⁸⁰

5.3. La coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general

El discurso jurídico y el discurso práctico general se encuentran ligados de manera especial en cuanto a, la dimensión estructural de las reglas y formas que configuran a cada modelo, correlación que se refleja en los siguientes aspectos:

³⁷⁷ *Ibíd.*

³⁷⁸ *Ibíd.* 275.

³⁷⁹ *Ibíd.*

³⁸⁰ *Ibíd.*

1) Las reglas y formas de la justificación interna son supuestos de aplicación del principio de universalidad (1.3'),³⁸¹ que guarda correspondencia con el principio de justicia formal que establece tratar igual a lo igual³⁸² Así, las reglas y formas de la justificación interna, constituyen la estructura básica de la argumentación jurídica, de lo se sigue que el mismo principio, es sustento tanto del discurso práctico general, como del discurso jurídico.³⁸³

2) En el discurso práctico general y en el discurso jurídico, la argumentación empírica cumple una función valiosa y frecuentemente determinante. Esto es así debido a que continuamente se producen acuerdos sobre las premisas normativas, pero existe discusión sobre los hechos.³⁸⁴

De este modo opera la regla (6.1)³⁸⁵ en ambas formas de discurso, que crea la posibilidad permanente de un traslado a un discurso teórico (empírico). Tal posibilidad da cuenta de que en ambos casos, el saber empírico no puede ser adquirido con la certeza necesaria frecuentemente, y por tanto, se requiere del uso de las reglas de presunción racional.³⁸⁶

3) Algunas formas de argumentos denominados cánones de la interpretación, se encargan de dar carácter vinculante y racional a la argumentación jurídica. Otras, constituyen variantes de argumentos prácticos de tipo general. De este modo, la forma de argumento teleológico (J.5)³⁸⁷ puede considerarse, una variante del argumento consecuencialista general (4.3).³⁸⁸

4) La ciencia jurídica dogmática, puede considerarse como una institucionalización estable del discurso práctico, que depende de un ordenamiento jurídico, como condición de existencia.³⁸⁹ En este contexto, tal institucionalización genera resultados que no son posibles, si únicamente se cuenta con los elementos discurso práctico general. De esta manera, el marco de análisis se amplía notablemente en los planos temporal personal y

³⁸¹ *Ibíd.* 79, 191, 275.

³⁸² *Ibíd.* 275.

³⁸³ *Ibíd.*

³⁸⁴ *Ibíd.*

³⁸⁵ *Ibíd.* 201, 211, 275.

³⁸⁶ *Ibíd.* 276.

³⁸⁷ *Ibíd.* 201.

³⁸⁸ *Ibíd.*

³⁸⁹ *Ibíd.* 276.

objetual, a partir del que se incrementa la consistencia y carácter diferenciado de la decisión.³⁹⁰

El primer resultado, surge directamente de la exigencia de los principios de no contradicción establecido en la regla (1.1),³⁹¹ universalidad (1.3),³⁹² e inercia integrado por las reglas (3.1) y (3.2).³⁹³ En el caso del segundo resultado, mediante la exigencia de admisibilidad y de consideración de todos los argumentos contenidos en la regla de la razón (2.2),³⁹⁴ el cumplimiento de tales exigencias, se equipara con las funciones que cumple la dogmática: estabilización,³⁹⁵ progreso,³⁹⁶ control³⁹⁷ y heurística.³⁹⁸

5) El uso del precedente se encuentra sustentado en los principios de universalidad e inercia,³⁹⁹ pero además, aquellos que integran el discurso práctico general sirven de sustento para su utilización.⁴⁰⁰

6) Lo observado además tiene valor para el uso de las *formas de argumentos jurídicos especiales*. La variante del argumento a contrario analizada, constituye un supuesto de aplicación de una regla lógica, en consecuencia de la regla (1.1).⁴⁰¹ Por su parte la analogía, se considera como un caso especial de aplicación del principio de universalidad establecido en la regla (1.3), y el argumento *ab absurdum*, como una variante de la forma básica del argumento consecuencialista (S),⁴⁰² o (4.3).⁴⁰³

5.4. La necesidad de argumentos prácticos generales en el marco de la argumentación jurídica

La conexión entre las dos formas de discurso, se halla identificada en la necesidad de argumentación práctica general, dentro del discurso jurídico, de aquí se ha

³⁹⁰ *Ibíd.*

³⁹¹ *Ibíd.* 185.

³⁹² *Ibíd.* 187.

³⁹³ *Ibíd.* 191.

³⁹⁴ *Ibíd.* 189.

³⁹⁵ *Ibíd.* 255.

³⁹⁶ *Ibíd.* 256.

³⁹⁷ *Ibíd.* 259.

³⁹⁸ *Ibíd.* 260.

³⁹⁹ *Ibíd.* 262.

⁴⁰⁰ *Ibíd.* 276.

⁴⁰¹ *Ibíd.* 185.

⁴⁰² *Ibíd.* 228, 270.

⁴⁰³ *Ibíd.* 195.

reconocido, que el segundo tipo de argumentación, depende de la primera forma de discurso, por lo tanto, cabe sostener que la argumentación práctica general, constituye el sustento de la argumentación jurídica.⁴⁰⁴

La aparente contradicción, que se presenta, debido a que se ha sostenido, que la argumentación práctica general es insuficiente y en muchos casos, no conduce a ningún resultado, se disuelve, en base a que la dependencia de la argumentación jurídica, con relación a la argumentación práctica general, no implica que tal, se reduzca o sea idéntica a la argumentación de tipo práctico general.⁴⁰⁵

En este orden de ideas, la argumentación jurídica se considera, de acuerdo con el R. Alexy, como un caso especial del discurso práctico general. Esto, en tanto que depende estructuralmente de sus principios y no puede prescindir de aquel tipo de argumentación.

No obstante, se indica en la teoría expuesta que en el discurso jurídico, la argumentación práctica tiene lugar bajo formas, reglas y condiciones especiales, que lo diferencian y consolidan, como un modelo diferente a la argumentación práctica. Es por esta razón que resulta especialmente eficaz, sin que ello presuponga, su reducción al discurso práctico general.⁴⁰⁶

5.5. Límites y necesidad de la teoría del discurso jurídico racional

La idea de que la argumentación jurídica tiene lugar a partir de determinadas formas, conforme a reglas específicas y en condiciones especiales, bajo dependencia de la argumentación de tipo práctico general, trae consigo de forma reducida sus debilidades, las cuales nunca podrán suprimirse íntegramente.⁴⁰⁷

En este marco Robert Alexy sostiene, que no debe equipararse la idea de seguridad, con la de racionalidad, puesto que la seguridad excede el alcance de la teoría de la argumentación racional.⁴⁰⁸ De esta forma, el hecho de que no pueda conseguirse

⁴⁰⁴ *Ibíd.* 277.

⁴⁰⁵ *Ibíd.*

⁴⁰⁶ *Ibíd.* 278.

⁴⁰⁷ *Ibíd.*

⁴⁰⁸ *Ibíd.*

seguridad, no constituye una razón suficiente, para inadmitir que la Jurisprudencia, tiene el carácter de ciencia o de una actividad racional.⁴⁰⁹

En este contexto, el carácter racional de la Jurisprudencia, se reconoce si cumplen una serie de condiciones, criterios y reglas específicas, no en la producción de seguridad. En este sentido, el planteamiento sistemático de tales condiciones, criterios y reglas manifiesta una explicación del concepto de argumentación jurídica racional.⁴¹⁰

Por otra parte, Alexy indica que resulta difícil, no objetar que la racionalidad de la argumentación jurídica, dependa de la seguridad del resultado y por el contrario, obedezca al cumplimiento de formas, reglas y condiciones especiales. Esta aseveración cobra mayor fuerza, si se toma en cuenta, que resulta problemático establecer qué es lo que debe considerarse como formas, reglas, y condiciones.

Con relación a lo anterior, R. Alexy concluye que es posible generar acuerdos respecto a contenidos mínimos sobre tales cuestiones.⁴¹¹ En función de esto, se incluyen en la teoría expuesta, principios como los de consistencia, racionalidad de los fines, verdad de los enunciados empíricos empleados,⁴¹² que si bien fortalecen notablemente un sustento sobre el concepto de argumentación jurídica racional, resultan insuficientes para fundamentarlo de forma íntegra, por lo que se recurre a fundamentos más fuertes.

El modelo expuesto adquiere un mayor fortalecimiento teórico, basándose en la idea de que si es cierta la tesis de que en las discusiones jurídicas, se plantea la pretensión de argumentar racionalmente, el análisis de lo que hay que entender como argumentación jurídica racional, constituye un presupuesto para su comprensión teórica.⁴¹³

Alexy sostiene de acuerdo con lo anterior, que la argumentación jurídica racional, se consigue a partir de la descripción de reglas y formas específicas, que deben seguirse para satisfacer la pretensión de corrección, presupuesta en ella.⁴¹⁴ De forma que, si una discusión se adscribe a las reglas y formas de la argumentación jurídica racional,

⁴⁰⁹ *Ibíd.*

⁴¹⁰ *Ibíd.*

⁴¹¹ *Ibíd.*

⁴¹² *Ibíd.* 279.

⁴¹³ *Ibíd.*

⁴¹⁴ *Ibíd.*

su resultado debe ser designado como correcto; consecuentemente, las reglas y formas del discurso jurídico, establecen un criterio de corrección para las decisiones jurídicas.⁴¹⁵

Al suponer que el discurso jurídico, es un caso especial del discurso práctico general, tal preconcepción, incluye las formas y reglas del segundo tipo de discurso. Es por ello, que su empleo como elemento para conseguir decisiones correctas, comporta la referencia al discurso hipotético y al consenso hipotético.⁴¹⁶ En función de esto, se sigue que la teoría del discurso jurídico racional, posee las mismas inseguridades del discurso práctico general, en tanto constituye, un criterio hipotético de corrección de los enunciados normativos.

Tales inseguridades, no necesariamente deben llevar a pensar que la teoría del discurso jurídico, resulta inútil como criterio de corrección. Esto en tanto que sirven como criterio negativo y además, porque conducen a la idea de que un juicio acerca de la corrección de una decisión, fuera del campo de lo necesario discursivamente, es de carácter provisional, por cuanto puede ser refutado.⁴¹⁷

El valor de las reglas y formas del discurso jurídico, no se reduce a la explicación del concepto de argumentación jurídica racional, lo que incluye su pretensión de corrección, y su función como criterio de corrección hipotético, de acuerdo con que además comprende exigencias sobre argumentaciones que operan de hecho.⁴¹⁸

De este modo, se aprecian como una medida, con la que pueden contrastarse las limitaciones, que son necesarias en búsqueda de la decisión jurídica, como en el caso del proceso.⁴¹⁹ Así, resulta conveniente entonces, partir de las fórmulas señaladas. Esto quiere decir, que en determinadas circunstancias, se encuentran justificadas ciertas limitaciones, que en comparación con otras o por sí mismas, dan lugar a mayores

⁴¹⁵ *Ibíd.*

⁴¹⁶ *Ibíd.*

⁴¹⁷ *Ibíd.*

⁴¹⁸ *Ibíd.* 280.

⁴¹⁹ *Ibíd.*

oportunidades de alcanzar un resultado, que también se hubiese alcanzado en condiciones ideales.⁴²⁰

Por tanto la teoría del discurso jurídico, confiere lo que podría considerarse, un criterio que en circunstancias específicas, contribuye a la racionalidad de procesos de decisión y paralelamente, a la racionalidad de las decisiones producidas en ellos.⁴²¹

Sin embargo indica el autor, que no se debe infravalorar la teoría del discurso jurídico racional como una definición ideal. Esta aclaración se sustenta en la idea de que como tal ideal, va más allá de la Jurisprudencia, en tanto que los juristas, pueden contribuir a la realización de la razón y la justicia desde el lugar que ocupan, esta situación implica que su realización, se desarrolle, sobre la base de un orden social racional y justo.

Para finalizar el planteamiento de la teoría se mantiene al margen del último aspecto señalado en cuanto a su finalidad, debido a que su pretensión consiste en establecer y aclarar que la Jurisprudencia es posible, en cuanto campo especial de la razón práctica.⁴²²

⁴²⁰ *Ibíd.*

⁴²¹ *Ibíd.*

⁴²² *Ibíd.*

Capítulo segundo

1. Aproximaciones a la teoría del caso especial sobre la base de la complejidad y la inestabilidad del lenguaje

La teoría del discurso jurídico racional de Robert Alexy, es imbuida, por la teoría de la acción comunicativa de Habermas, de la que surgen las reglas que fijan las condiciones de la situación ideal de habla.⁴²³ Paralelamente, se sustenta en la convergencia de diversos planteamientos de la filosofía analítica, como el de Wittgenstein y sus juegos del lenguaje,⁴²⁴ y la teoría de los actos de habla de Austin,⁴²⁵ a su vez, recurre a la teoría de la argumentación moral de Hare,⁴²⁶ el proyecto de ética constructivista de Schwemmer y Lorenzen,⁴²⁷ y la nueva retórica de Perelman.⁴²⁸

Es así que en el marco concreto de la teoría del discurso jurídico, R. Alexy concibe a la argumentación jurídica, como una actividad lingüística, que por su naturaleza, comporta un discurso que trata sobre la corrección de enunciados normativos, en el marco de un ordenamiento jurídico. Por ello, su naturaleza es práctica.⁴²⁹

Tal pretensión de corrección, se consigue, a partir de específicas condiciones de limitación, como el derecho positivo (ley), el precedente, la dogmática o ciencia del derecho, y las reglas del régimen procesal de un sistema jurídico.

Cabe precisar, que la noción de corrección, posee significados variables. Según lo explica Jan-R. Sieckemann, puede entenderse a la corrección, como la verdad de las aserciones normativas, o una posibilidad discursiva. A su vez puede entenderse, como un criterio de evaluación más alto, como el de verdad de las oraciones, o el de justicia

⁴²³ Habermas formula dentro de tal teoría, las reglas que fijan las condiciones de la situación ideal de habla. Tales condiciones, a decir de Habermas, inmunizan a los actos de habla de la opresión y desigualdad. Para una profundización del planteamiento, ver: Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social* (Madrid: Unigraf S.L., 1999), 48.

⁴²⁴ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 65-68.

⁴²⁵ *Ibíd.*, 69-73.

⁴²⁶ *Ibíd.*, 73-91.

⁴²⁷ *Ibíd.*, 145-156.

⁴²⁸ *Ibíd.*, 156-172.

⁴²⁹ *Ibíd.*, 35.

en cuanto a la distribución de los bienes. Finalmente, en el sentido de la corrección moral, por cuanto se ocupa de la pertinencia y necesidad de la corrección.⁴³⁰

Sin embargo, frente a esta amplia clasificación analítica de conceptualizaciones sobre la de pretensión de corrección, la que se considera en el marco de esta investigación, corresponde a la que R. Alexy conceptualiza, como la actividad que trata de la corrección de enunciados normativos bajo límites específicos, como se definió en los párrafos precedentes.

En este contexto, la teoría del discurso jurídico racional, está integrada por tres dimensiones: 1) empírica que trata sobre la correlación entre grupos de hablantes, situaciones lingüísticas, uso de argumentos etc., la cual finalmente constituye, una teoría sobre las actuaciones de orden jurídico, y particularmente judicial,⁴³¹ 2) analítica la cual estudia las relaciones lógicas de los argumentos que empleados, o cuyo uso es posible en la argumentación, y, 3) normativa, la cual fundamenta y prescribe los criterios que otorgan al discurso jurídico, su racionalidad.⁴³²

Como resultado de tal estructuración, la teoría del discurso jurídico racional, constituye un discurso práctico racional. Sin embargo, debido a su naturaleza particular, dicho discurso es concebido por Alexy, como un caso especial del discurso práctico general. Por su parte, el discurso práctico general es entendido por el autor, como aquella argumentación no institucionalizada, sobre lo que es ordenado, prohibido, permitido, o acerca de aquello que es bueno o malo.⁴³³ En este sentido, el núcleo de la teoría del discurso presupone la posibilidad de discutir racionalmente problemas prácticos.⁴³⁴

Así pues la teoría, produce entre uno de sus resultados, las reglas del discurso jurídico, las cuales modulan la forma de los argumentos y la conducta de los interlocutores, con lo que se produce—de acuerdo con la teoría— resultados racionales o correctos y con ello, se satisface la pretensión de corrección.

⁴³⁰ Jan-R. Sieckemann, *El modelo de los principios del Derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), 219-223.

⁴³¹ Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, 35.

⁴³² *Ibíd.*

⁴³³ Robert Alexy, *Teoría del discurso y Derechos Humanos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995), 48.

⁴³⁴ *Ibíd.* 47.

Cuando se produce un resultado que surge de ciertas cuestiones presupuestas, y se excluyen otras, quizá se inadvierte en primer plano, la fenoménica que caracteriza un sistema complejo, la misma que se vislumbra en el marco del discurso jurídico real, al mismo tiempo, permanece inadvertida la indisoluble mutabilidad e inestabilidad del lenguaje y sus elementos.

No obstante, son estos elementos, los que precisamente constituyen la fuente de vinculación dialógica, con la que se consigue la conexión lingüística de los interlocutores. Es así que desde esta perspectiva, el alcance del discurso jurídico racional resulta insuficiente y la pretensión de corrección no puede satisfacerse, dentro de la fenoménica del discurso jurídico real.

Por otra parte, para sustentar las fórmulas de esta investigación, el instrumental teórico que la articula es transdisciplinar. Esto puesto que por un lado, se sigue de la tesis del lenguaje, propuesta en el paradigma del segundo Wittgenstein, al que se recurre para dar cuenta, de un estado de complejidad vigente en el discurso jurídico. Sobre esta base además se visualiza, entre otros aspectos, la inestabilidad del lenguaje y las paradojas que pueden producirse en su interior. Dicha cuestión da espacio para reconocer la fenoménica que tiene lugar en el marco del discurso jurídico real.

De este modo, se parte de la idea de los juegos del lenguaje, las reglas que los caracterizan y la tesis del significado, formulaciones que pueden aproximar a los fenómenos lingüísticos, y al entramado de cuestiones que comprende un sistema complejo.

La investigación también recurre al pensamiento complejo de Edgar Morin, y toma dirección hacia el paradigma de la complejidad, ligado a la noción de sistema auto-eco-organizador y a los principios que se relacionan con la complejidad, como el de contingencia, incertidumbre, orden, desorden etcétera.

En definitiva, dentro de la perspectiva de esta investigación, el discurso jurídico racional, es considerado como una reducción del discurso jurídico real, por tanto, se intenta dar cuenta de que la dinámica de la teoría de la argumentación jurídica racional y sus reglas, no pueden dar lugar a un continuum racional, como el de la pretensión de corrección, porque tal resulta inviable en el marco de un sistema abierto y complejo.

Esta imposibilidad se produce, debido a que en un sistema abierto, prima un estado de desorden que a su vez, permanece en continua recursividad con el orden, estado del que surgen paradojas y de este modo, se anula la posibilidad de satisfacer la corrección de los enunciados normativos.

Aquí resulta necesario hacer una precisión metodológica, en el sentido de que a lo largo de la investigación, se llevará a cabo el estudio de la teoría, a partir de la discusión las distintas tradiciones Iusfilosóficas y constitucionales, cuyo eje gravita sobre una escisión entre el positivismo, el no positivismo y el post positivismo.

En el plano de la ética analítica, entre cognoscitivismo y el escepticismo, no obstante, no con el propósito exclusivo de construir una propuesta a partir de tales ideas, sino sobre todo, de vislumbrar su grado reductividad e insuficiencia.

Por consiguiente, realizar aquí una aproximación a tales paradigmas, de ninguna forma, presupone una adscripción a uno u otro modelo, debido a que en cualquier caso, se consideran organizaciones epistemológicas que si bien tienen un considerable alcance, constituyen modelos que reducen la pluridimensionalidad del derecho, de la ética, de la realidad discursiva. Esto en tanto que eluden en su articulación modélica, la realidad fenoménica.

De este modo, lo que aquí se esboza dentro de todos los límites que se puedan considerar, pretende ampliar el campo de pensamiento sobre los fenómenos jurídicos, de acuerdo con la radical modificación de los estatutos epistemológicos y metodológicos que los predefinen. Concretamente, sobre la teoría del discurso jurídico racional como paradigma objeto de la investigación, se pretende dar cuenta a partir de la naturaleza y dinámica del mundo fenoménico del derecho y del discurso jurídico real, la pretensión de corrección que constituye el núcleo de la teoría de la argumentación jurídica.

Previo a iniciar al estudio de cada uno de los temas que integran la teoría del discurso jurídico racional, cabe hacer nuevamente, una precisión metodológica. Esto en el sentido de que la presente investigación, si bien concentra en el estudio de los esquemas de la teoría de la argumentación jurídica, también se aproxima a planteamientos contrarios y alternativos a la tesis de Robert Alexy.

Tal acercamiento tiene por objeto, por una parte, acceder a una perspectiva panorámica pero extremadamente general, de cada tema desde una perspectiva metateórica. Por otra parte, apunta a considerar aspectos particulares de cada construcción teórica. Adicionalmente, el contacto con otros enfoques, tiene por finalidad de verificar lugares comunes entre las distintas tesis y finalmente, dar cuenta de que en tales contextos se elude voluntaria o involuntariamente, la idea de complejidad en el campo jurídico.

1.1. Argumentación jurídica racional y complejidad, relación con el lenguaje como sistema abierto

La teoría del discurso jurídico racional de Robert Alexy, ha sido objeto es reflexión desde diferentes tradiciones filosóficas y teóricas. Sin embargo, aquellas introversiones han tenido lugar apartándose, desconociendo, reduciendo o descuidando, la naturaleza compleja de los fenómenos inherentes derecho. Por este motivo, tiene lugar abordar en el marco de la complejidad, toda la problemática del discurso jurídico, objeto fundamental de esta investigación.

Con el propósito de cumplir tal cometido, es necesario hacer referencia al entramado de nociones generales que comprende el paradigma⁴³⁵ de la complejidad de E. Morin y la filosofía del segundo Ludwig Wittgenstein, a partir de las que surgen las ideas, que sustentan el estudio del discurso jurídico desde el enfoque de esta investigación.

Para comenzar, se toma como punto de partida, la noción de sistema abierto el cual trae consigo entre otras, una cualidad propia de los sistemas vivientes. La misma consiste en capacidad de auto-organización.⁴³⁶ Tal tipo de sistema, presenta en su dinámica los fenómenos de desorganización y organización, denominados entropía y

⁴³⁵ Edgar Morin define a la noción de paradigma, como el conjunto de las relaciones fundamentales de asociación y/o de oposición entre un número restringido de nociones rectoras, relaciones que van a mandar/controlar a todos los pensamientos, a todos los discursos, a todas las teorías. Ver: Edgar Morin, *Ciencia con Consciencia* (Barcelona: Anthropos, 1984), 197. Por su parte, Thomas Khun, sostiene que un paradigma es una constelación de creencias, valores técnicos y demás, compartidos por los miembros de una comunidad dada. Ver más: Thomas S. Khun, *La estructura de las Revoluciones Científicas* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2004), 292.

⁴³⁶ Edgar Morin, *Introducción al pensamiento Complejo* (Barcelona: Gedisa, 2005), 55.

neguentropía respectivamente.⁴³⁷Estos fenómenos son indisolubles y consustanciales entre sí, pero además, con respecto a su ambiente.

En estos términos los sistemas abiertos, se encuentran en progresiva y continua apertura e intercambio con el ambiente, y por ello, se generan escenarios de creciente y progresiva complejidad.⁴³⁸Además, en este estado, un sistema se reconoce como eco-sistema, debido a que se extiende de forma indefinida y puede volverse eco-sistema abierto, dentro de otro sistema abierto.⁴³⁹Dicho proceso, puede tener esta proyección ad infinitum.

En este contexto, en la lógica de la sociedad, el individuo y su entorno, se manifiesta la dinámica de la complejidad, porque cada sistema siendo independiente, se es interdependiente y se enriquece de los demás. Tal proceso se aprecia entre los diferentes sistemas que se mencionaron, en el marco de diferentes esferas como la cultural, epistemológica, etc. Desde luego, esta dinámica se reproduce en sistemas como el lenguaje y el Derecho.

Es así que se produce entre otros, un entramado de relaciones que tiene lugar entre el lenguaje el derecho y sus entornos, cuya relación fenoménica, se *irradia* a la teoría del discurso, pero aquí no se estudia la interrelación y retroacción de fenómenos, únicamente a partir del lenguaje, es decir desde un enfoque meramente analítico.

No obstante, no se inadvierte el valor del lenguaje como sistema, debido a que está presente en todas las relaciones que integran al ser humano, la sociedad, por consiguiente, está presente en todas las operaciones cognitivas, comunicativas y prácticas.⁴⁴⁰De ello se considera entonces, que el lenguaje, resulta indispensable en la organización de la sociedad, al igual que en la construcción y el devenir de la noosfera.⁴⁴¹

⁴³⁷ *Ibíd.*

⁴³⁸ *Ibíd.*

⁴³⁹ *Ibíd.* 63.

⁴⁴⁰ Edgar Morín, *El Método IV. Las ideas, su hábitat, su vida, sus costumbres, su organización* (Madrid: Ed. Catedra, 1992), 165.

⁴⁴¹ *Ibíd.*

Así puede decirse, que el lenguaje, es parte del metasistema, la *unitas multiplex*, integrada por la organización (interrelaciones, articulaciones, estructura),⁴⁴²el sistema (forma, globalidad) y su interrelación y dependencia, en el que gravitan otros sistemas abiertos, en cuyo interior, se produce una infinidad de fenómenos y forman parte los ambientes, que en ambos casos no se distinguen con claridad, cuya fenoménica, tienen lugar en una dinámica de interrelación, retroacción y generatividad. De este modo, se reconoce al lenguaje como un sistema autónomo, que se vincula con dos tipos de ecosistemas: la esfera sociocultural y el sujeto locutor.⁴⁴³

En este contexto, el lenguaje se aproxima a un sistema auto-eco-organizador, cuyas cualidades producen dos consecuencias capitales: 1) Las leyes de organización de lo viviente, no son de equilibrio, sino de desequilibrio, retomado o compensado de dinamismo estabilizado,⁴⁴⁴2) La inteligibilidad del sistema debe encontrarse no solamente en el sistema mismo, sino también en su relación con el ambiente.⁴⁴⁵

Por otra parte, una cuestión fundamental que aquí debe precisarse, se refiere a la idea de conocimiento desde la perspectiva de la complejidad.⁴⁴⁶ Igualmente, por cuanto se sustenta en un modelo de metaético de raigambre cognoscitivista, se relaciona con la verdad y en función de ello, supone la posibilidad de corrección.⁴⁴⁷

Frente a este escenario, en el contexto de la complejidad, el conocimiento depende de la separación entre un dispositivo cognitivo y los fenómenos a conocer, que paralelamente implican, la inherencia⁴⁴⁸ a un mundo común pero al tiempo, a la existencia de separaciones y diferencias en la actividad e interrelación, de los fenómenos.⁴⁴⁹

⁴⁴² Edgar Morin, *El Método I. La naturaleza de la naturaleza* (Madrid: Ediciones Cátedra, 2001), 172,173.

⁴⁴³ Morin, “El Método IV”, 171.

⁴⁴⁴ Morin, “Introducción al pensamiento complejo”, 44.

⁴⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁴⁶ Esto debe aclararse en tanto que la teoría del discurso jurídico racional, supone que con el cumplimiento de su reglas, se producen resultados correctos, es decir, racionales. Ver: Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, 278.

⁴⁴⁷ Alexy, “El concepto y la validez del derecho”,131.

⁴⁴⁸ El concepto de inherencia, contiene una serie de elementos que son decisivos en la relación cognición y complejidad. Ver. Edgar Morin, *El Método III. El conocimiento del conocimiento* (Madrid: Catedra, 1999), 236.

⁴⁴⁹ *Ibíd.*

Este estado de cosas, da lugar a la idea de mundo fenoménico, que se puede representar a partir de una imagen en la que gravitan fenómenos desordenados, organizados y organizadores,⁴⁵⁰ cuya dinámica es recursiva, generativa. De ella se recibe la información, en función del orden y desorden, es decir de una organización compleja, a partir de la que se generan las condiciones de existencia del mundo, del individuo y de su conocimiento.⁴⁵¹

En este orden de ideas, la información que se obtiene no constituye la realidad, sino la traducción mediadora de señales signos y símbolos, que se receptan de ese mundo fenoménico, y finalmente integran las ideas, discursos y las teorías.⁴⁵² Por lo anterior, ningún conocimiento, está en capacidad de aprehender la realidad a la que se superponen los fenómenos (de ahí la noción de mundo fenoménico).⁴⁵³ Esta imposibilidad continúa, aun cuando exista adecuación del conocimiento al mundo fenoménico, sobre la base del pensamiento racional, lógico y empírico.⁴⁵⁴

De ello se sigue entonces, que en escenarios de complejidad, surge un realismo relacional, relativo y múltiple. Relacional debido a que surge de las relaciones indisolubles entre sujeto/objeto y espíritu/mundo.⁴⁵⁵ Relativo de acuerdo a la relatividad de los medios de conocimiento, y de la realidad cognoscible. Múltiple en función de la multiplicidad de niveles de realidad y de la multiplicidad de realidades.⁴⁵⁶

De esta manera, la idea de complejidad que caracteriza a los sistemas abiertos, puede vincularse con la noción de juego del lenguaje wittgensteiniano. Esto porque la incertidumbre, inestabilidad, desequilibrio, relatividad, se manifiestan como propiedades que son connaturales al lenguaje. Por ello, se relaciona con la complejidad, con la idea de juegos del lenguaje el cual incluye reglas del lenguaje, y la tesis del significado como uso, desde una perspectiva de la filosofía analítica.

Es así, que a partir de la aproximación a la idea de discurso jurídico real (fenoménico), que tiene como punto de partida e interfaz, a los juegos del lenguaje y su

⁴⁵⁰ *Ibíd.* 237.

⁴⁵¹ *Ibíd.*

⁴⁵² *Ibíd.* 226.

⁴⁵³ *Ibíd.* 239.

⁴⁵⁴ *Ibíd.*

⁴⁵⁵ *Ibíd.* 240.

⁴⁵⁶ *Ibíd.*

entramado, será posible reconocer, la imposibilidad de la pretensión de corrección por medio del discurso jurídico racional.

No porque se considere que la articulación de la teoría, es insuficiente como los sostiene Weinberger,⁴⁵⁷ debido a su incapacidad de garantizar un resultado racional, por medio de la aplicación de sus reglas. En este sentido, el planteamiento de Weinberger pretende dejar en entredicho, el valor paradigmático del discurso jurídico. Tampoco tiene lugar a partir de la objeción, que apunta a desconocer el valor de uno de los tipos de reglas que integran el discurso jurídico racional.

Desde esta perspectiva, la crítica conduce a desconocer la teoría del discurso jurídico, como un caso especial del discurso práctico general. Este enfoque lo sostiene Tougenhat.⁴⁵⁸ Es importante destacar que tampoco surge a partir de la tesis de Habermas, cuya la idea central, se refiere a la reducción de la formación de juicio, de acuerdo con la formación de la voluntad, reducción que tendría lugar, si se aplica la teoría del discurso jurídico racional. Desde tal planteamiento, se desconoce a la teoría del discurso jurídico, como un caso especial del discurso práctico general.⁴⁵⁹

El planteamiento que aquí se esboza, sostiene que siempre subyace, un escenario de complejidad, que comprende en toda su dimensión a la teoría de la argumentación jurídica racional, a sus reglas y a su consigna esencial, la pretensión de corrección. Esta condición afecta al mismo tiempo y en la misma medida, al discurso práctico general, puesto que el primero depende del segundo y —teóricamente constituye un caso especial de aquel—.

2. Efectos de la inestabilidad del lenguaje y la complejidad en la justificación interna.

Como se desprende de la teoría que se estudia, de acuerdo con los paradigmas contemporáneos sobre la argumentación jurídica, se ha sostenido una distinción en las formas de justificación de las decisiones jurídicas: la interna y la externa. Es así que cuando hablamos de la justificación interna, su objeto implica verificar si la decisión se siguió lógicamente, de las premisas que se adujeron para conseguir su

⁴⁵⁷ Alexy, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 292.

⁴⁵⁸ *Ibíd.* 295.

⁴⁵⁹ *Ibíd.* 296.

fundamentación.⁴⁶⁰A su vez, la justificación externa, trata de la corrección de aquellas premisas, de acuerdo con lo que establece Alexy.⁴⁶¹

En íntima relación con las dos formas de justificación que plantea Alexy en su teoría, se encuentran los denominados niveles de justificación de las decisiones jurídicas, desarrollados por Neil MacCormick.⁴⁶²De esta manera, en el primer nivel al que ha designado como justificación deductiva, se examina si el argumento es deductivamente válido; es decir, si la conclusión es consecuencia de las premisas, indistintamente del contenido de aquellas o de la conclusión.⁴⁶³

Por su parte, en el segundo nivel opera la creación de una nueva norma o la interpretación de una ya existente.⁴⁶⁴Para ello, es necesario que en ambos casos, tenga lugar su ajuste a los principios de consistencia⁴⁶⁵y coherencia.⁴⁶⁶

Hecha esta breve digresión en la que se reconoce la relación teórica entre los dos autores, retomo el objeto central de esta parte de la investigación. De este modo, el primer apartado que se analiza por parte del autor en su teoría, se refiere al análisis de los problemas de justificación interna, la misma que se ha desarrollado a partir del denominado silogismo jurídico, con la aplicación de la lógica moderna. Es así que la justificación interna, en su forma lógica más simple se expresa de la siguiente forma:

(J.1.1) · (1) (x) (x → ORx)

· (2) Ta

(3) ORa (1), (2).⁴⁶⁷

El silogismo (J.1.1) cumple la exigencia de la justificación con las reglas universales exigidas por el principio de universalidad (1.3')⁴⁶⁸ que simultáneamente,

⁴⁶⁰ *Ibíd.*, 214.

⁴⁶¹ *Ibíd.*

⁴⁶² Eveline T. Feteris, *Fundamentos de la Argumentación Jurídica* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 122.

⁴⁶³ *Ibíd.* 122.

⁴⁶⁴ *Ibíd.*, 127.

⁴⁶⁵ Dicho principio implica que la creación o interpretación de una regla, no debe estar en contradicción, con el cuerpo de normas jurídicas existentes en el sistema jurídico; esto es, con aquellas que se encuentran *establecidas y son obligatorias*. *Ibíd.*, 138.

⁴⁶⁶ Este principio se refiere a la adecuación que debe cualificar a la regla creada o interpretada, con respecto a principios y valores generales inherentes al sistema jurídico. *Ibíd.*, 136.

⁴⁶⁷ Alexy, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 215.

constituye el núcleo del principio de justicia formal que determina “*adscribirse a una regla que prescribe la obligación de tratar de igual forma a todos seres de la misma categoría*”.⁴⁶⁹

En el caso de la aplicación de una regla en la fundamentación jurídica, tal como en el silogismo (J.1.1), la decisión debe seguirse lógicamente de esa regla. Así, para concretar el principio de universalidad, el autor formula las siguientes reglas de justificación interna:

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.⁴⁷⁰

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.⁴⁷¹

El principio de universalidad expresado en (J.1.1) que se concreta en las reglas (J.2.1) y (J.2.2), no se debe sobrevalorar, puesto que no prestablecen cómo debe ser la norma universal, ni anulan la posibilidad de que pueda ser sustituida,⁴⁷² debido a que puede darse el caso de la introducción de una cláusula de excepción, que de operar, debe tener un carácter similar, es decir, universal.⁴⁷³

Por su parte, es necesario indicar que las reglas (J.2.1.) y (2.1.2) deben tener lugar en casos de fundamentación de normas positivas y no positivas y por ello, si no es posible extraer ninguna regla de la ley, deberá ser construida.⁴⁷⁴

Como señala R. Alexy, el principio de universalidad supone la aplicación del postulado “adscribirse a una regla que prescribe la obligación de tratar de igual forma a todos seres de la misma categoría”,⁴⁷⁵ es decir, tratar igual a todo lo igual.

Al margen de la discusión sobre la validez, verdad o falsedad de este concepto, el análisis que se lleva a cabo en este primer punto, este apartado de la investigación busca

⁴⁶⁸ *Ibíd.*

⁴⁶⁹ *Ibíd.*

⁴⁷⁰ *Ibíd.*

⁴⁷¹ *Ibíd.*

⁴⁷² *Ibíd.*

⁴⁷³ *Ibíd.*

⁴⁷⁴ *Ibíd.*

⁴⁷⁵ *Ibíd.* 214.

visualizar la dinámica de la fenoménica de la complejidad, mediante de la inestabilidad del lenguaje y sus efectos con relación principio de universalidad,⁴⁷⁶ de acuerdo con los juegos del lenguaje.

Asimismo, el principio de universalidad puede considerarse un primer dispositivo del discurso jurídico racional, que debe activarse en el proceso discursivo, según el orden de las reglas y formas del discurso jurídico racional. Tal principio opera cuando se lleva a cabo un test de universalizabilidad⁴⁷⁷ a partir del que se identifican y delimitan las propiedades o características de un ser o entidad, el cual permiten establecer la igualdad y diferencia entre uno y otro.⁴⁷⁸

Esta operación supone la realización de juicios de valor, que deben partir de en razones que sustentan la determinación de las propiedades de los seres, sobre los que se realiza el test.⁴⁷⁹ En este escenario, al mismo tiempo surge la idea de mundo fenoménico y con él, el de la relatividad cognitiva, cuyo influjo afecta a la aplicación del principio de universalidad.

Para desarrollar esta idea, se recurre aquí a las nociones básicas sobre el lenguaje que planteadas por Wittgenstein, en un contexto que puede entenderse como la fenoménica de la realidad del lenguaje.

Primariamente se hace necesaria la aproximación a las nociones que integran el planteamiento de Wittgenstein. Así, la primera que se estudia, se refiere a los juegos del lenguaje, la misma, no tiene una definición estable, sin embargo, resulta relevante porque integra el metasistema formado por el lenguaje y las acciones humanas, y todo un campo indefinido de interrelaciones, con otros juegos del lenguaje con los que está entretejido. Al mismo tiempo, se relaciona estrechamente con la noción de forma de vida.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ Cabe aquí señalar que el paradigma del discurso jurídico racional, es concebido como una actividad lingüística destinada a la corrección racional de enunciados normativos, en correspondencia con un orden jurídico. La propuesta teórica expuesta en el primer capítulo, no es compartida totalmente en este análisis, en tanto que la idea de discurso jurídico exclusivamente racional, da cuenta de una imagen simplificante y reductiva de lo que debe entenderse como sistema y todo lo que su dinámica fenoménica implica.

⁴⁷⁷ Immanuel Kant, *Fundamentación metafísica de las costumbres* (Barcelona: Espasa Calpe, 1994), 92.

⁴⁷⁸ Alfonso García Figueroa, *Interpretación y argumentación jurídica* (San Salvador: Escuela de capacitación judicial de El Salvador, 2002), 98.

⁴⁷⁹ *Ibíd.*

⁴⁸⁰ Ludwig Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas* (Barcelona: Ediciones Altaya, 1999), §19, 13.

De igual forma, los juegos del lenguaje, se caracterizan porque están vinculados contingentemente entre sí, por parecidos de familia,⁴⁸¹ debido a que sus semejanzas conectan a unos con otros. Así mismo, cada uno presenta bordes borrosos,⁴⁸² pero tal condición, no anula su identidad individual, aunque no deje de ser confuso.

La segunda noción, corresponde a las reglas de los juegos del lenguaje. En este sentido, debe decirse que cada juego del lenguaje, está gobernado por sus propias reglas que por cierto, no son claras, ya que operan como *indicadores de caminos*, por tanto, dejan a veces dudas y a veces no.⁴⁸³

Este fenómeno da lugar a la presencia incertidumbre, que se produce, porque tales reglas están relacionadas con otras pertenecientes a otros juegos del lenguaje. Del mismo modo, al vincularse unos juegos del lenguaje con otros, por parecidos de familia, se crea un complejo entramado de reglas que corresponden a cada uno e igualmente, en muchos casos son ininteligibles.

Estas nociones permiten entender que el lenguaje, se caracteriza por ser un sistema abierto ontológicamente. De allí su aproximación a un ambiente complejo y por consiguiente, a otros sistemas complejos desde el punto de vista del lingüístico. Esto porque ni sus fenómenos, ni la realidad de aquellos se pueden determinar con claridad.

En tercer lugar es necesario referirnos a la noción de significado, dentro del estudio Wittgensteiniano. Así, dentro de su esquema, la relación entre significante y significado, que se manifiesta en la expresión *el significado es el uso*.⁴⁸⁴ Tal expresión indica que el significado depende de un marco contextual, cuya dirección no es clara, en tanto que sus reglas no están definidas totalmente.

Dicha noción resulta fundamental, por cuanto revela que en la tesis de los juegos del lenguaje, la estructura la del signo lingüístico, esto es, su significante como

⁴⁸¹ *Ibíd.* § 66, § 67, 32.

⁴⁸² *Ibíd.* § 71, 33.

⁴⁸³ *Ibíd.* § 85, § 198, 37.

⁴⁸⁴ *Ibíd.* §43, 23.

imagen sonora o sonido de un concepto, y el significado como su sentido,⁴⁸⁵ no son ni estables ni definitivos. Esta cuestión crea una paradoja sobre los cursos de acción.⁴⁸⁶

El estado paradójico de cosas que caracteriza a los cursos de acción, tiene un influjo determinante, cuando se lleva a cabo el test de universalidad. Esto es así, porque no existen reglas claras que sirvan para distinguir lo que es igual, y de este modo, se producen un marco de incertidumbre en los cursos de acción. Por consiguiente, si hay incertidumbre en los cursos de acción necesarios para la establecer las condiciones de igualdad, se crea indeterminación del significado de las palabras y de los conceptos, así como de cualquier otro acto de habla.

Esta precisión se realiza, porque la exigencia de claridad conceptual, constituye uno de los elementos de la teoría del discurso jurídico racional, que gravita sobre la base del de coherencia. Así mismo, el cumplimiento del principio de coherencia, es necesario para hacer viable la pretensión de corrección en la teoría del discurso jurídico.

Por todo lo anterior se debe señalar, que si en el test de universalidad, es necesario definir mediante la jerarquización de propiedades relevantes, la diferenciación entre un ser o entidad de otro, el significado del concepto *igual*, es absolutamente diverso y finalmente dependerá, del uso que se le asigne en el juego del lenguaje, según sus reglas. A su vez, si sus reglas no son claras y pueden ser confundidas con otras de otros juegos del lenguaje, se anula la posibilidad de tomar cursos de acción claros, para adoptar una decisión en cuanto a la cualificación de los seres o entidades, sobre los que se aplicará el test de universalidad.

En este curso de ideas, es preciso señalar que existe un notable parecido de familia entre la universalidad, la generalidad y los test que corresponden a cada uno. Dicho parecido de familia, expresa la relatividad de los significados, que pueden incidir, en los ejercicios valorativos requeridos para la aplicación del principio de universalidad en el discurso jurídico racional.

⁴⁸⁵ Dicho modelo propugna la idea de que a cada significante, le corresponde inequívocamente su significado. Ver. Jay D. White, *Tomar en serio el lenguaje* (México: Fondo de Cultura Económica, 2013), 215.

⁴⁸⁶ Wittgenstein, "Investigaciones Filosóficas", § 201, 70.

En este contexto, la condición de distinción entre la universalidad y el principio de generalidad, supone que el juicio valorativo, se llevará a cabo únicamente sobre algunos seres u objetos de una categoría,⁴⁸⁷ y por ello, es de naturaleza existencial. Tal característica constituye, la condición que lo opone a la de universalidad.⁴⁸⁸

Es así que la cuestión que los distingue, corresponde a la gradualidad de la amplitud de la extensión de los seres u objetos de una categoría, sobre los que se realiza la generalización.⁴⁸⁹ De este modo, si bien se sostiene de acuerdo con esta oposición una diferencia estructural, queda en entredicho una distinción determinante entre uno y otro, situación que manifiesta un campo de vinculación o familiaridad, más que de diferencia notoria.

Tal cuestión se produce debido a que en los dos casos, se llevan a cabo juicios valorativos y por tanto, la lógica de los juegos del lenguaje y sus reglas ejercen el mismo efecto en el significado.

De esta forma, las dos clases de juicios se encuentran ligados por reglas de familia, del que puede surgir una conexión entre ambos y producir, desorden y e incertidumbre en el uso del significado, lo cual afecta directamente a la aplicación del concepto de universalidad y a su test.

El análisis del test de universalidad, que integra la forma lógica de la justificación interna (J.1.1) el cual expresa la forma más básica de un silogismo judicial, deja al menos, entreabierta la puerta de regreso al infinito, en cuanto a la relación entre los significantes y significados de un enunciado normativo, de acuerdo con la teoría del lenguaje wittgensteiniano. Esto, por el simple hecho de que se trata, de uno de aquellos juegos que integra la prodigiosa diversidad de los juegos lenguaje.

Esta naturaleza se expresa de modo más visible, en los casos en los que no se cuenta con una norma universal extraída del derecho positivo, y por consiguiente, la norma debe ser construida, creándose de esta manera un juego de lenguaje lingüísticamente más abierto y complejo.

⁴⁸⁷ García Figueroa, "Interpretación y argumentación jurídica", 98.

⁴⁸⁸ *Ibíd.*

⁴⁸⁹ *Ibíd.*

De modo semejante, tal efecto se manifiesta en casos denominados complicados, que tienen lugar por ejemplo, cuando una norma contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho,⁴⁹⁰ en los que su aplicación exige un complemento por medio de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas. Además de estos casos, cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas;⁴⁹¹ o cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones,⁴⁹² casos en los que los juegos del lenguaje se entretajan de modo más visible, pero a la vez más complejo.

El efecto de indeterminación del significado al que lleva la idea de juegos del lenguaje, se irradia a la teoría del discurso jurídico racional, que concreta el principio de universalidad en las reglas que se enuncian a continuación:

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.⁴⁹³

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.⁴⁹⁴

Por su parte la teoría incluye en su articulación, la necesidad de incluir premisas especiales en la estructura de los argumentos, con el objeto de fortalecer la fundamentación de una decisión jurídica, que se reconocen como reglas para el uso de las palabras.

Estas reglas de acuerdo con la teoría del discurso jurídico, permiten asegurar la determinación de la igualdad en todos los aspectos relevantes de los individuos y de esta manera, garantizar el cumplimiento del principio de universalidad. Además, sirven para resolver dificultades en otros niveles de fundamentación. Sin embargo, al considerar al principio de universalidad y su test como un juego particular del lenguaje, tal función queda en entredicho. Por su parte en la teoría, se ha establecido para la aplicación de tal principio, la siguiente regla:

⁴⁹⁰ *Ibíd.* 216.

⁴⁹¹ *Ibíd.*

⁴⁹² *Ibíd.* 223.

⁴⁹³ *Ibíd.* 215.

⁴⁹⁴ *Ibíd.* 214.

(J.2.3) Siempre que exista duda sobre si a es un T o un Mi/, hay que aducir una regla que decida la cuestión.⁴⁹⁵

La regla anterior se complementa con la siguiente:

(J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.⁴⁹⁶

Y aquellas, con la siguiente:

(J.2.5) Hay que articular el mayor número de pasos de desarrollo.⁴⁹⁷

En este punto cabe entonces formular la siguiente interrogante: ¿es claramente definible lo que es relevante, para justificar lo que es igual y lo que no, y luego definir lo que será universalizable, si no conocemos con exactitud, las reglas de los juegos del lenguaje que establecen los cursos de acción y por consiguiente, él o los usos del significado del concepto igualdad, a partir del que se aplica el principio de universalidad?

De manera similar a la profusa pregunta formulada, la respuesta se responde a partir de lo manifestado por Wittgenstein: los problemas filosóficos surgen cuando *el lenguaje hace fiesta*⁴⁹⁸ y precisamente, al igual que en los problemas filosóficos, los juicios valorativos— indistintamente de la gradualidad de su extensión— pueden verse como tales.

Por consiguiente, las prescripciones de las reglas y formas de la denominada justicia formal, contenidas en las reglas (J.1.1), (J.2.1), (J.2.2) (J.2.3), (J.2.4), y (J.2.5) presuponen que la fundamentación de una decisión jurídica, sustentada en la aplicación del principio de universalidad mediante el test de universabilidad, produce resultados variables e inestables lingüísticamente, los mismos que se trasladan a los resultados de la justificación interna de las decisiones jurídicas dentro del marco de la teoría del discurso jurídico racional.

⁴⁹⁵ *Ibíd.*

⁴⁹⁶ *Ibíd.* 220.

⁴⁹⁷ *Ibíd.*

⁴⁹⁸ Wittgenstein, “Investigaciones Filosóficas”, § 38, 21.

2.1. Universalidad, justificación interna y complejidad

Hasta el momento, el escenario de incertidumbre que proviene de la aplicación del principio de universalidad, cuyo influjo es determinante en la justificación interna, no se explica mediante el paradigma de los juegos del lenguaje, sino que aquel únicamente permite reconocer su existencia.

De esta manera, no consigue distinguir el motivo de ese aparente estado de cosas, en el que relaciones tienen esta curiosa dinámica. Subyace aquí, el umbral que da cuenta de la influencia del principio de incertidumbre y los efectos que se producen, debido a la presencia de la entropía en sistemas complejos como el lenguaje.

En un sentido general, la incertidumbre tiene lugar entre otras causas, por los errores que caracterizan todo proceso de comunicación. Estos errores se presentan como *ruido o riesgo de degradación del mensaje*,⁴⁹⁹ que se producen, con la transmisión de la información en los procesos comunicativos de tipo dialógico, o bien en los procesos de aproximación cognitiva, que efectúa el investigador con relación al fenómeno que estudia. Tal borrosidad que se reconoce en el lenguaje por medio de sus juegos, como se demostró, traslada sus efectos, al particular juego del lenguaje: *principio de universalidad* y su test de aplicación.

De este modo, algunos de los efectos de la incertidumbre que se producen en la dimensión lingüística, se manifiestan en la aplicación del principio de universalidad. Tales efectos se refieren a la producción y reproducción de indeterminación de los significados de los conceptos, de los cursos de acción que deben servir para guiar la cualificación de las propiedades y condiciones de los elementos del principio de universalidad y su operatividad.

Finalmente de la incertidumbre y entropía que se ha distinguido, se deriva la indeterminación de los resultados de la aplicación del principio de universalidad, de lo que se sigue que no tiene lugar, la creación de respuestas correctas o estables que propugna la teoría del discurso jurídico racional.

Luego de lo analizado, cabe señalar que el planteamiento desarrollado por Alexy relativo a la justificación interna, resulta notablemente insuficiente, en cuanto a su

⁴⁹⁹ Morin, “El Método III”, 241.

alcance justificatorio, dicho estado de cosas se debe a que su planteamiento, no ha zanjado los problemas de inestabilidad lingüística y la entropía a los que se enfrenta el silogismo jurídico, esto debido a que los mismos —*por su naturaleza*— pueden considerarse en cierto modo irresolubles, pero al mismo tiempo, inherentes al lenguaje y a otros sistemas abiertos como el derecho y la moral.

De ahí que en este escenario, se anula la posibilidad de conseguir, por medio de la justificación interna individualmente (la cual tiene lugar en los casos denominados fáciles),⁵⁰⁰ o mediante conjunción con los demás formas de argumentos que articulan la teoría, la satisfacción de la pretensión de corrección que la teoría sostiene, ocasionándose con ello, la mencionada insuficiencia, con ello una crisis general de la teoría.

⁵⁰⁰ Siguiendo a MacCormick, Atienza sostiene que en los casos fáciles la decisión jurídica, es resultado de un proceso de deducción. Para una mayor comprensión, ver: Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 518.

3. La inestabilidad del lenguaje y sus efectos en la aplicación de las seis reglas y formas de justificación externa.

La justificación externa conforme lo explica Robert Alexy, tiene por objeto, la corrección de las premisas que sustentan la justificación interna.⁵⁰¹ De este modo en un contexto general, el autor distingue los siguientes tipos de premisas: 1) reglas de derecho positivo, 2) enunciados empíricos, 3) premisas que nos son ni enunciados empíricos, ni reglas de derecho positivo, cuya fundamentación parte de la denominada *argumentación jurídica*.⁵⁰²

Según tal distinción, existen distintos métodos para conseguir su fundamentación, los cuales operan de acuerdo con los tipos de premisas. Para la fundamentación en cada caso, se requiere interrelaciones entre los distintos tipos de premisas, operaciones que exigen un método, a fin de que la fundamentación no resulte confusa.⁵⁰³

En correlación con lo anterior, para abordar las cuestiones relativas a la justificación externa, Alexy formula seis reglas y formas de justificación externa que conforman la teoría del discurso jurídico racional. Así, tales reglas y formas se han formalizado dentro de la teoría de la siguiente manera: reglas y formas, 1) de interpretación, 2) de la argumentación dogmática, 3) del uso de los precedentes, 4) de la argumentación práctica general, 5) de la argumentación empírica y, 6) las formas especiales de argumentos.⁵⁰⁴

3.1. La argumentación empírica, en el contexto de la inestabilidad de lenguaje y la complejidad.

En el contexto de la teoría de la argumentación jurídica, el autor ha establecido que la fundamentación empírica, tiene un valor fundamental. En este sentido, se sostiene que los enunciados empíricos implican hechos y acciones singulares, sucesos, estados de cosas pasados, presentes o futuros, así como la referencia a diversos aspectos

⁵⁰¹ Alexy, "Teoría de la Argumentación Jurídica", 222.

⁵⁰² *Ibíd.*

⁵⁰³ *Ibíd.*, 223.

⁵⁰⁴ *Ibíd.*

de la ciencia, que se resuelven sobre la base de una cooperación interdisciplinaria.⁵⁰⁵ Con relación a la definición de este tipo de enunciados, Taruffo señala que aquellos se refieren a ocurrencias que tienen lugar en el mundo de la realidad empírica.⁵⁰⁶

En este marco, debido a la notable importancia que tienen los enunciados empíricos en su teoría, Alexy incorpora formalmente a la articulación del discurso jurídico racional, la siguiente regla de transición:

(6.1) Cualquier hablante puede en cualquier momento pasar a un discurso teórico (empírico).

Como es de suponerse, el conocimiento empírico no puede obtenerse con la certeza deseada y debido a ello, se hace necesario, recurrir a las reglas de la presunción racional.⁵⁰⁷ En la denominada teoría estándar de la argumentación, a la que se adscribe la del discurso racional Alexyano, no se lleva a cabo un estudio sobre este tipo de argumentación, más allá de señalar su importancia dentro de la argumentación jurídica.⁵⁰⁸

Frente a ello, la escuela cognoscitivista de Alicante, desarrolla las reglas de la presunción racional, a partir del razonamiento de inferencia probatoria.⁵⁰⁹ Este planteamiento constituye una reformulación del modelo de argumento de Toulmin, que traslada su aplicación a la argumentación empírica. Tal razonamiento, está integrado al igual que el argumento original de Toulmin, por la razón, el respaldo, la garantía y pretensión,⁵¹⁰ el cual es aplicado en sede empírica. Aquí no se profundizará en sobre la forma de aplicación de la inferencia probatoria, porque el análisis que se desarrolla en este trabajo apunta hacia otro sentido.

⁵⁰⁵ *Ibíd.*, 224.

⁵⁰⁶ Michele Taruffo, *La prueba de los hechos* (Madrid: Trotta, 2002), 113.

⁵⁰⁷ Alexy, "Teoría de la Argumentación jurídica", 225.

⁵⁰⁸ Manuel Atienza, *Las Razones del Derecho* (México: UNAM, 2005), 167.

⁵⁰⁹ Daniel González Lagier, *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (Colombia: Palestra, 2005), 53.

⁵¹⁰ *Ibíd.* 59.

3.2. Argumentos empíricos, incertidumbre fenoménica y entropía del discurso empírico

La referencia meramente general sobre la argumentación empírica que integra al discurso jurídico racional no es de carácter incidental. Esto porque su estudio, trae consigo dos cuestiones sobre las que es preciso reflexionar. En un primer plano, la argumentación empírica de acuerdo al planteamiento del autor, supone una diversidad de marcos contextuales, temporales, espaciales, etc. que rigen los hechos, acciones, estados de cosas, etc., que sustentan una fundamentación de tipo jurídico.

En este contexto, el entramado de cuestiones relativas a la argumentación empírica, entrevé una realidad fenoménica propia de un escenario complejo. Esto se explica debido que por una parte, preexisten innumerables fenómenos que no se pueden reconocer claramente (hechos, acciones, etc.) a partir de los cuales, se sustenta una fundamentación de tipo jurídico para tomar una decisión.

Por otra, porque dichos fenómenos, obedecen a distintas dimensiones sobre las que tiene lugar una aproximación cognitiva, en función de los marcos temporales, espaciales y objetuales a los que corresponden.

Esta pluridimensionalidad y naturaleza fenoménica, generan un mayor grado de desorden y por tanto, de indecibilidad de tales fenómenos, sobre los que se pretende obtener información por medio de la percepción y el recurso a conectores cognitivos. De este modo, la incertidumbre y con ella la entropía, se vislumbra y reproduce en los errores del contenido de la información que se obtiene y procesa discursivamente, con el empleo de las reglas de la presunción racional, que constituyen una especie de dispositivo cognitivo vinculatorio entre el cognoscente y el fenómeno (hechos acciones, estados de cosas, etc.) al que se aproxima.

Es así que, cuando se hace referencia a hechos, acciones o estados de cosas, no se puede hablar más, que de cierto grado de percepciones, sobre tales o cuales hechos, acciones, estados de cosas, esto debido a que los mismos, coexisten dentro de un mundo fenoménico, mas no el de la naturaleza profunda de lo real, la cual supera cualquier

facultad cognitiva,⁵¹¹ en consecuencia, toda información es relativa, opaca, incompleta y comúnmente ambigua.

De esta manera es posible concluir que los argumentos empíricos, las líneas argumentativas y la argumentación de todo tipo, al igual que la argumentación jurídica en general, se encuentran saturadas de incertidumbre. Tal condición surge como consecuencia de los efectos de la entropía, los cuales se originan en la información relativa o distorsionada que se aprehende en sede empírica. Dicho estado fenoménico de cosas, altera la aplicabilidad de las reglas de la teoría del discurso jurídico racional, de modo tal, que resultan insuficientes para conseguir la satisfacción de la pretensión de corrección que constituye el núcleo de discurso jurídico racional.

4. La inestabilidad del lenguaje y complejidad, sus efectos sobre los cánones de la interpretación en la teoría del discurso jurídico racional.

Dentro de la realidad fenoménica en la que gravitan el derecho y el lenguaje como sistemas abiertos, de modo sincrónico y diacrónico con los demás sistemas abiertos y entornos, se producen múltiples escenarios, en los que existen campos saturados de entropía. Tal contexto de complejidad en el Derecho, ha pretendido ser reducido, con el propósito de conseguir claridad, determinación y orden a lo largo del desarrollo de las diversas tradiciones Iusfilosóficas, y es por esta razón, que surge la necesidad de recurrir a la hermenéutica jurídica y a la formulación de los cánones de la interpretación.

Históricamente, el origen de la hermenéutica jurídica tiene en lugar en el siglo XIX, concretamente en Alemania, a partir de la sistematización de la interpretación llevada a cabo de Savigny, la misma que está integrada por cuatro elementos: lógico, gramatical, histórico y sistemático.⁵¹²

Así, desde un punto de vista metateórico la pretensión fundamental, ha gravitado sobre la idea de clarificar *el sentido del derecho*, el cual comprende la significación de los enunciados jurídicos, los signos que lo integran, la relación e entre sus significados y significantes, el estudio de la idea de performatividad y otros fenómenos que son parte

⁵¹¹ Morin, "El método III", 230.

⁵¹² Aquí basta con enunciar sus cuatro elementos. Sobre este planteamiento, ver: Friedrich Karl Von Savigny, *Metodología Jurídica* (Buenos Aires: De Palma, 1994), 13-55.

de la dinámica del lenguaje. Sin embargo, tales ideas y propuestas teóricas, por valiosas que puedan ser, en muchos casos, eluden o anulan su realidad compleja, ocultándola o reduciendo el campo fenoménico al contexto de lo racional, mediante las formulas del paradigma de la simplificación.⁵¹³

En este sentido, el estudio de la fenoménica de tales cuestiones, se ha emprendido, dentro de los esquemas de la tradición jurídica, y por lo mismo, ha sido reconocida de forma indirecta y parcialmente. Todo ello, en un marco restringido de planteamientos como la de *la textura abierta del derecho*,⁵¹⁴ *la indeterminación del lenguaje jurídico*,⁵¹⁵ o sobre la idea de *vaguedad o borrosidad*,⁵¹⁶ del lenguaje jurídico.

Concretamente, en el plano de la teoría del discurso jurídico, el sistema de cánones se utiliza para sustentar, mediante reglas de uso del significado de las palabras, una determinada interpretación, en la fundamentación de normas no positivas, y además de muchos otros enunciados jurídicos.⁵¹⁷

Dentro de este ámbito en el planteamiento del discurso jurídico racional, la estructura lógica de los cánones de la interpretación, se basa en el modelo más simple de justificación interna, cuya articulación se representa lógicamente, a partir de la forma lógica expresada en la fórmula (J.1.2´).

(J.1.2´) · (1) $(Tx \rightarrow ORx) (R)$

· (2) $(Mx \rightarrow Tx) (W)$

· (3) Ma

(4) ORa (1)-(2).⁵¹⁸

⁵¹³ Señala Morín que este paradigma maestro de occidente y de raigambre Cartesiana, está compuesto por operaciones cuyos principios ocultos son de orden supralógico, los cuales gobiernan nuestra percepción de forma inconsciente. De ellos deriva la clasificación de datos y su selección. Tales operaciones son: Separar (distinguir, desarticular) unir, (Asocia e identifica), jerarquiza (lo principal de lo secundario), centraliza (en función de un conglomerado de nociones maestras). Ver, Morin, “Introducción al pensamiento complejo”, 28.

⁵¹⁴ Herbert Hart, *El concepto del Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998), 159.

⁵¹⁵ Riccardo Guastini, *Teoría e Ideología de la interpretación constitucional* (Madrid: Trotta, 2008), 29.

⁵¹⁶ Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría de la interpretación constitucional* (Madrid: Civitas, 1985), 41.

⁵¹⁷ Alexy, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 226.

⁵¹⁸ *Ibíd.*

A partir de (1) la norma R, y de (2), la regla de uso de las palabras W, se sigue la norma concreta R´.

(2´) $(Mx \rightarrow ORx)^{519}$

R´ puede designarse como interpretación de R a través de W» (IR/W).

El análisis que se desarrolla en este punto, se refiere a la profusión lingüística que surge con el empleo de los cánones de la interpretación, en base la inestabilidad propia de un sistema abierto como el lenguaje y su retroacción con el derecho dentro de una fenoménica de la complejidad. Esto, por cuanto los cánones de la interpretación, operan según la teoría del discurso jurídico racional, como mecanismos de sustento de una específica interpretación y además, como fundamento de otros enunciados jurídicos. Asimismo cumplen un papel notoriamente relevante en el discurso jurídico racional.

Desde luego, además de estudiarlos en el marco de las investigaciones de Wittgenstein sobre el lenguaje, el campo de investigación implicará su aproximación, sobre la base de lo podría ser entendido aquí, como realidad fenoménica del mundo jurídico. Así, se analizarán los siguientes cánones de la interpretación: de interpretación semántica, genética, histórica, comparativa, sistemática y teleológica.⁵²⁰

⁵¹⁹ *Ibíd.*

⁵²⁰ *Ibíd.*

4.1. Argumentos semánticos

Desde el origen de la interpretación jurídica, el recurso a la dimensión semántica de los enunciados normativos para establecer su significado, no ha dejado de tener vigencia. Por ejemplo, a mediados del siglo XX, se consideraba que la aclaración lingüística, constituía la condición mínima de cualquier actividad interpretativa, la cual requería llevar a cabo primariamente, la denominada interpretación semasiológica o gramatical.⁵²¹

Así, este método de interpretación actualmente es conceptualizado en el Iuspositivismo Analítico Genovés, como interpretación semántico-pragmática.⁵²² Ello debido a que supone dos operaciones; la primera que consiste en determinar el significado concreto de las palabras o locuciones individualmente, y la otra implica elucidar el significado de las palabras del enunciado normativo en su conjunto.⁵²³

Concretamente en el marco de la teoría de la que esta investigación reproblematisa, Alexy indica que el argumento semántico tiene lugar, cuando en base a un uso del lenguaje, se justifica, critica o afirma, como posible una interpretación de R' de R.⁵²⁴ En este escenario, el contexto de la regla W constituye una *especificación* del lenguaje natural o técnico, que se origina particularmente en la Jurisprudencia.⁵²⁵

La idea de la estabilidad del lenguaje que caracteriza a esta teoría, tiene implicaciones definitorias, en cuanto al valor de las reglas de uso, sobre las que se erige la impronta objetivo-determinista de la misma.

Debido a que el aspecto que se analiza, puede ser discutido sobre la base de la teoría del significado, para una aproximación a tal problema, extraigo determinadas ideas de la tesis Neumann.⁵²⁶ El núcleo de sus formulaciones, sostiene la insuficiencia

⁵²¹ Ulrich Klug, *Lógica jurídica* (Bogotá: Temis S.A., 1998), 197.

⁵²² Pierluigi Chiassoni, *Técnicas de Interpretación Jurídica, breviario para Juristas* (Barcelona: Marcial Pons, 2011), 66.

⁵²³ *Ibíd.*

⁵²⁴ Alexy "Teoría de la Argumentación Jurídica", 226.

⁵²⁵ *Ibíd.*

⁵²⁶ Los conceptos que integran la tesis de Ulfried Neumann, han sido expuestos, en las jornadas del Primer Congreso de Filosofía del Derecho para el mundo Latino. Específicamente tales conceptos se extraen de la ponencia presentada por Andrés Santacoloma Santacoloma, "Reglas semánticas y teoría del límite del significado: En busca de objetividad en el derecho". Edición Electrónica <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/Alicante>).pdf, 8.

del campo de la semántica en la teoría de la argumentación jurídica. Así, tal planteamiento reconoce que la aplicación de los conceptos en última instancia, depende de reglas sociales y éticas, y no de reglas semánticas.⁵²⁷

Sostiene además, que aun si se admitiese que este tipo de reglas influyen en la aplicación de un concepto, éstas cumplen una función paralela a otras fuentes del proceso. Por ello, estas reglas tienen un carácter relativo, son insuficientes e innecesarias, debido a que están vinculadas a otros presupuestos y su determinación supone dificultades.⁵²⁸

La tesis sobre el significado que plantea Neumann, se aproxima de modo relativo al planteamiento del segundo Wittgenstein, es decir, a la idea de que el significado es el uso. Esta herramienta que se opone al menos de forma relativa al inferencialismo del significado en el Derecho.⁵²⁹ Tal inferencialismo, es compatible con el objetivismo del discurso jurídico racional Alexyano, el cual se adhiere a una lectura, que dentro del presente estudio, se considera reductiva en cuanto a las ideas de Wittgenstein con respecto a los juegos del lenguaje y la textura de sus reglas.

De este modo, la tesis de Neumann, la de la viscosidad de las reglas lingüísticas, establece que bajo un marco temporal, es posible conseguir la existencia de objetividad limitada y estabilidad relativa de las reglas del lenguaje y de habla.⁵³⁰ Aquí se toma distancia con Neumann, debido a que la noción de que el significado es el uso, conlleva a un relativismo conceptual y no a un objetivismo débil, como sostienen algunos planteamientos como la viscosidad de Neumann, que pueden aproximarse en este sentido al proyecto teórico de Alexy.

La idea de que el significado es el uso, supone que las reglas lingüísticas, se caracterizan por su inestabilidad y por ello, no están definidas ni son definibles con claridad, indistintamente, del grado de perduración dentro de un marco temporal. Esta propiedad tiene lugar, debido a que las reglas lingüísticas, al igual que el universo de reglas que regulan la diversidad de juegos del lenguaje que refiere Wittgenstein,

⁵²⁷ *Ibíd.*

⁵²⁸ *Ibíd.*

⁵²⁹ *Ibíd.*10.

⁵³⁰ *Ibíd.*

únicamente son guías⁵³¹ y por tanto, no delimitan con claridad, las propiedades suficientes y necesarias para constituir razones objetivo-definitivas para actuar.

Así, esta carencia de certeza al igual que en la aplicación del principio de universalidad, se irradia a la aplicación correcta de un concepto cualquiera, como consecuencia de la inestabilidad de las reglas semánticas, en base de la que surge un estado de cosas profuso.

La propiedad descrita, reduce el alcance de las formas de argumentos semánticos contenidas en las reglas (J.3.1) y (J.3.2)⁵³² que integran el entramado de reglas del discurso jurídico racional. A partir de ellas Alexy, sostiene que los argumentos semánticos son suficientes para la fundamentación de una decisión. Lo opuesto, sucede con relación a la regla (J.3.3) en la que se reconoce la insuficiencia de los argumentos semánticos para la fundamentación de una decisión. Sin embargo, para eludir esta dificultad, Alexy sostiene que se puede recurrir a argumentos teleológicos o por analogía.⁵³³

Frente a este artilugio sostenido por Alexy para eludir la insuficiencia justificatoria de los argumentos semánticos, tiene lugar la reflexión analítica sugerida por Karl Larenz, quien sostiene que el lenguaje jurídico, es un caso especial del lenguaje general. En este contexto, el primero no se encuentra desligado del segundo, situación que tiene como consecuencia, su incapacidad para alcanzar la exactitud como lenguaje de signos, por tal motivo, requiere de interpretación.⁵³⁴

Aquí cabe una interrogante de corte analítico: ¿los argumentos teleológicos y por analogía, tienen reglas lingüísticas determinadas, que permiten establecer propiedades suficientes y necesarias para constituir razones objetivas para actuar y consecuentemente, para conceder exactitud de la significación de un argumento semántico? La respuesta se puede responder con una simple idea: no en tanto que no son claras o estables, propiedad que crea un escenario de relatividad, indeterminación y por ello, de incertidumbre.

⁵³¹ Wittgenstein "Investigaciones Filosóficas", § 85, §198, 37.

⁵³² Alexy, "Teoría de la Argumentación Jurídica", 226.

⁵³³ *Ibíd.* 227.

⁵³⁴ Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Barcelona: Ariel, 2001), 317.

Dentro de este escenario, a la postre, tiene predominio un estado de entropía, por cuanto no es posible reconocer problemas comunicativos y cognitivos, mediante esquemas estrictamente analítico-críticos ya que son insuficientes. De esta manera, el problema fundamental, radica en que debido a que el contenido semántico que sustenta una interpretación de R' de R, a través de W, sufre degradación y distorsión.

Este efecto se produce como consecuencia de la transferencia de su contenido en un campo tanto monológico como dialógico, ya que la *especificación provista por W*, parte de una realidad fenoménica semánticamente distorsionada y/o degradada sincrónica y diacrónicamente de modo indefinido, dentro del marco discursivo en el que tiene lugar.

De esta manera, el argumento semántico, sustentado en otros cánones de interpretación, —*al contrario de lo que tradicionalmente se piensa*— complejiza su suficiencia justificativa, por el influjo de otros marcos conceptuales en los que se sustenta, los cuales al mismo tiempo, se perciben de modo distorsionado y/o erróneo.

A su vez esta condición, está presente en todas las reglas que articulan el discurso jurídico racional en forma predominante, todo lo cual impide satisfacer la pretensión de corrección.

4.2. Con relación a los argumentos genéticos

En el marco de la conceptualización del argumento genético desarrollada por Alexy, se sugiere que mediante su aplicación, se justifica una determinada interpretación R' de R, en base a que la misma se adhiere a la voluntad del legislador,⁵³⁵ bajo dos formas fundamentales. La primera tiene lugar, cuando la interpretación IR/W=R, era objeto directo de la voluntad del legislador.⁵³⁶ La segunda establece que con R el legislador Z/1, Z/2,... Z/n, en la combinación K ([Z/1, Z/2,... Z/n]K), y la validez de R en la interpretación IR/W es necesaria para la realización de (Z/1, Z/2,...Z/n) K, que constituyen la voluntad objetiva del legislador.⁵³⁷

⁵³⁵ Alexy, "Teoría de la Argumentación Jurídica", 227.

⁵³⁶ *Ibíd.*

⁵³⁷ *Ibíd.* 228.

Adscrito a la línea teórica alexyana, Dworkin sugiere de modo similar a la primera forma de argumento genético de Alexy, que dicho argumento corresponde a lo que él designa como teoría de significado del orador.⁵³⁸ En ella sostiene que tal interpretación, tiene como finalidad fundamental establecer en la mejor forma posible, el fundamento de un hecho legislativo del pasado.⁵³⁹

Así mismo, con relación a la segunda forma del argumento genético de Alexy, Dworkin, apela a la imaginación interpretativa, a través de la que presupone la elucidación del sistema de convicciones generales de la legislatura en sí. Todo esto, con el objeto de justificar determinada interpretación sin necesidad de recurrir a sus convicciones originarias.⁵⁴⁰

Dentro del planteamiento estrictamente alexyano sobre la interpretación genética, sostiene el autor, que el contenido de los enunciados sobre la voluntad del legislador⁵⁴¹ habitualmente no es explícito.⁵⁴² Ello indica que el argumento es incompleto y por tanto, requiere necesariamente satisfacer el requisito de saturación. Tal requisito exige que todo tipo de argumento debe estar integrado por todas las premisas que pertenecientes a cada forma específica. Así la validez de los argumentos, depende de la validez de los enunciados que se emplean para llevar a cabo dicha saturación.⁵⁴³ La saturación de los argumentos genéticos suele ser difícil y en muchos casos imposibles, así lo reconoce el autor. Estas dificultades, se manifiestan en la determinación del sujeto titular de la voluntad del legislador, así como del contenido de tal voluntad.⁵⁴⁴

En cuanto al argumento histórico, la interpretación que se lleva a cabo puede entenderse como una forma de interpretación originalista, cuya base radica en que la voluntad subjetiva del legislador, se identifica a decir de Guastini, más o menos empíricamente.⁵⁴⁵

⁵³⁸ Ronald Dworking, *El Imperio de la Justicia* (Barcelona: Gedisa, 1992), 239.

⁵³⁹ *Ibíd.*

⁵⁴⁰ *Ibíd.* 237.

⁵⁴¹ Alexy “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 229.

⁵⁴² *Ibíd.*

⁵⁴³ *Ibíd.*

⁵⁴⁴ *Ibíd.* 230.

⁵⁴⁵ Riccardo Guastini, *Interpretación, Estado y Constitución* (Lima: Ara, 2010), 216.

La idea de interpretación originalista o de voluntad subjetiva, se manifiesta en la aplicación del criterio de interpretación denominado *travaux préparatoires*,⁵⁴⁶ el cual sostiene, que de no existir claridad del significado gramatical de un enunciado, tal debe interpretarse de acuerdo con su propósito.⁵⁴⁷ En este contexto, su aplicación implica recurrir al instrumental pre-normativo empleado por el legislador, el cual sirvió para dar forma a un específico instrumento normativo.⁵⁴⁸ De este modo, es necesario hacer una reconstrucción sobre la voluntad del enunciado o instrumento normativo, de tipo ex ante, con relación a su existencia.

En cuanto a la segunda forma, el intérprete en función de un juicio de valor propio, parte de una ficción, en la que se otorga al legislador una intensión de tipo objetivo, acerca de lo que debería considerarse como una interpretación racional o razonable.⁵⁴⁹ En este sentido el profesor A. Grijalva, agrega que esta forma de interpretación, debe operar en un marco contextual socio-cultural.⁵⁵⁰

Sobre la interpretación objetiva, Aulis Aarnio indica que constituye, un asunto de contenido de significado al momento de su interpretación, por ello habla de una *ratio legis*, del aquí y ahora,⁵⁵¹ sobre la base de una reconstrucción interpretativa ex post, contraria, a una reconstrucción de la intención subjetiva del legislador creador.

En este curso de ideas, es visible que las dos clases de interpretación genética, expresan un universo de dificultades de utilización. Estas dificultades se producen por una parte, en función por de la profusión de los marcos contextuales y temporales, sobre los que deben basarse el ejercicio interpretativo. Por otra, debido a la indeterminación de las reglas de la exigencia de saturación.

Por lo anterior, A. Aarnio, para elucidar las limitaciones y alcance del argumento genético histórico, se remite a Ch. Perelman quien señala: “Si en un caso tal se requiere recurrir al a voluntad del legislador, se recurre a una voluntad presupuesta arbitrariamente, a menudo totalmente ficticia, que uno quisiera atribuirle al legislador

⁵⁴⁶ Aulis Aarnio, *Lo racional como lo razonable. Un tratado sobre la justificación Jurídica* (España: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 171.

⁵⁴⁷ *Ibíd.*

⁵⁴⁸ *Ibíd.* 172.

⁵⁴⁹ Guastini, “Interpretación, Estado y Constitución”, 218.

⁵⁵⁰ Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 220.

⁵⁵¹ Aarnio, “Lo racional como razonable”, 173.

honesto”.⁵⁵² Con respecto al argumento genético objetivo, manifiesta que su aplicación resulta ser un *añadido superfluo*.⁵⁵³ Esto por cuanto constituye una forma indirecta de decir las mismas cosas que se dicen a partir de las fuentes del derecho, en base una regla de interpretación generalmente aceptada.⁵⁵⁴

A partir de un enfoque realista, también se alude a tales limitaciones. Es así que se indica, que no existe sentido reductible a la intención del legislador,⁵⁵⁵ o a su vez, que no concurre ninguna idea platónica de “intención legislativa” que deba tratar de describirse o descubrirse.⁵⁵⁶ Bajo este hilo conductor, Alf Ross, quien también se adscribe a esta tesis, sostiene que la interpretación, es un acto de cognición (contrariamente a lo comprendido por Alexy, que también considera que es de creación) y por ello, habla de un fantasma dogmático, para referirse a la interpretación genética.⁵⁵⁷

En cuanto a la forma genético-histórica, señala Ross que es incomprensible, qué es lo que se quiere decir, al momento en que se pretende calificar a una norma como objeto de voluntad.⁵⁵⁸ Esto debido a que tal voluntad, no puede establecerse, por la pluralidad de individuos que intervienen en el proceso de pre-producción y producción normativa, la falta de acuerdo entre sus miembros, etc. Debido a ello se produce obscuridad del contenido normativo producido.⁵⁵⁹

A su vez, sobre el principio de interpretación objetiva, señala que basta con hacerse las siguientes preguntas: ¿en dónde se encuentra la opinión de la comunidad de hombres razonables? ¿Quién es razonable y quién no? ¿Quién garantiza que la opinión de los razonables sea la misma?⁵⁶⁰

Por otra parte, la imposibilidad de la elucidación de la voluntad del legislador bien sea esta objetiva o subjetiva, puede reconocerse a partir de una aproximación a la idea de la textura abierta del derecho de Herbert Hart.⁵⁶¹ Tal planteamiento sugiere, que

⁵⁵² *Ibíd.*

⁵⁵³ *Ibíd.*

⁵⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵⁵ Michel Troper, *Ensayos de teoría Constitucional* (México D.F.: Fontamara, 2008), 41.

⁵⁵⁶ Brian Bix, *Teoría del derecho. Ambición y límites* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 55.

⁵⁵⁷ Alf Ross, *Teoría de las fuentes del derecho* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 404.

⁵⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁵⁹ *Ibíd.*

⁵⁶⁰ *Ibíd.*

⁵⁶¹ Hart, “El concepto del Derecho”, 159.

existen casos en los que la aplicación de las expresiones generales, es clara y no exigen interpretación⁵⁶²(cuestión que no se comparte aquí en base a las conclusiones del literalismo), pero además existen casos, en los que no es claro si se aplican o no esas disposiciones, y se produce como resultado, una especie de crisis de la comunicación.⁵⁶³

Adicionalmente, indica que indistintamente de la fórmula empleada para comunicar patrones de conducta, en algún estadio de su aplicación, existirán casos en los que habrá indeterminación, debido a la textura abierta que caracteriza a al derecho.⁵⁶⁴En este sentido el enfoque de H. Hart, evoca el recurrente paradigma de los juegos del lenguaje Wittgensteiniano, que es aplicable directamente al argumento semántico, así como a los demás cánones de interpretación.

Esto se puede sostener en tanto que a la luz de la idea de la textura abierta, no es posible reconocer las reglas que se requieren, para llevar a cabo los juicios de valor necesarios, para satisfacer el requisito de saturación al que refiere Alexy. Debe considerarse que tales reglas son indispensables, para que el empleo de este tipo de este tipo de argumento sea útil.

Con respecto a la indeterminación de estas reglas, Wróblewski, señala que se denominan dentro de la ciencia jurídica “situación de interpretación” siguiendo la terminología a Maakkonen.⁵⁶⁵No obstante, más allá de esta aclaración terminológica, en este estado de cosas, se vislumbra la paradoja de las reglas de los juegos del lenguaje de Wittgenstein, expresada en el aforismo § 201 sobre la idea del seguimiento de las reglas y de interpretación.⁵⁶⁶

Es posible de este modo, comprender a los juicios de valor del argumento semántico, como juegos del lenguaje particulares, cuyas reglas no están —al menos— del todo definidas. Esta característica se debe a que el lenguaje puede comprenderse como un laberinto de caminos,⁵⁶⁷cuyo cauce no está completamente delimitado o definido.

⁵⁶² *Ibíd.* 158.

⁵⁶³ *Ibíd.*

⁵⁶⁴ *Ibíd.* 159.

⁵⁶⁵ Wróblewski, “Constitución y teoría general de la interpretación jurídica”, 23.

⁵⁶⁶ Wittgenstein, “Investigaciones Filosóficas”, § 201, 70.

⁵⁶⁷ *Ibíd.*

De acuerdo con ello, el significado es inestable y por su mutabilidad, se anula la posibilidad de cumplir las condiciones necesarias y suficientes, para garantizar la inexistencia de errores de saturación y por extensión, de la objetividad y certeza de este tipo de argumento.

Frente a estos planteamientos que propugnan la indeterminación de las reglas para elucidar la intención subjetiva u objetiva del legislador, el proyecto cognoscitivista de Alexy sostiene que la intención del legislador, se reconoce a través de procedimientos, cuya determinación parte de la razón jurídica (mecanismo de aproxima cognitiva). Este concepto en términos generales, se considerará como una especie de *razón propia del derecho*.⁵⁶⁸

En este contexto, la razón jurídica, constituye el mecanismo que canaliza la dirección de los juicios valorativo-rationales, que el intérprete, fórmula para la aplicación de todo tipo de argumentos, por ende, de los genéticos. No obstante, la razón jurídica se enfrenta a diferentes apreciaciones sobre su existencia o con relación a su actual condición.

Así, se ha sostenido desde el Iuspositivismo Analítico, que tal criterio se encuentra en crisis, debido a cuestiones de orden institucional, como la pluralidad de fuentes, la informalidad de los poderes globales, etc.⁵⁶⁹

Más allá de tales perspectivas que se adscriben a un contexto analítico, aquí resulta útil, referirnos a la noción de constitución, como fenómeno o artefacto complejo, sugerida por el profesor M. Navas.

Con esta idea, se pretende dar cuenta de la multidimensionalidad de variantes interpretativas y otros factores sociales que integran una constitución.⁵⁷⁰ De este modo, tal instrumento se caracteriza por su ambigüedad y su transformación diacrónica.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ Para una mayor comprensión sobre esta noción ver. Alfonso García Figueroa, “Interpretación y Argumentación jurídica”, 36.

⁵⁶⁹ Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris II. Teoría del derecho y de la democracia* (Madrid: Trotta, 2013), 548.

⁵⁷⁰ Marco Navas A., “Constituciones y procesos constituyentes. Algunos acercamientos para entender una relación compleja”. En, Beatriz Rajland y Mauro Benente coord., *El derecho y el Estado Procesos políticos y constituyentes en nuestra América* (Buenos Aires: CLACSO, 2016), 20.

⁵⁷¹ *Ibíd.*

De tales condiciones subyace la complejidad del mundo jurídico, que se manifiesta dentro de un marco analítico en la ambigüedad, indeterminación y multiplicidad de las posibilidades interpretativas que se distinguen mediante los juegos del lenguaje. Esta multiplicidad de posibilidades, que en la perspectiva de Hart se reconoce como crisis de la comunicación, a la vez traslada los campos de la argumentación a un escenario complejo.

Tal escenario se visualiza debido a la entropía e incertidumbre de la comunicación, la cual caracteriza a los procesos comunicativos que se expresan en el ruido o el error de la comunicación. En este contexto, podemos concluir desde nuestro enfoque, que la elucidación de la voluntad subjetiva u objetiva del legislador —al igual que los fines y objeto, de los demás cánones de la interpretación—constituye una gestión agudamente problemática y probablemente imposible. Esto debido a que tales fines y objetos se ubican *en el mundo complejo de lo jurídico*, en el que los fenómenos se superponen a la realidad y podemos percibirlos de forma distorsionada e inexacta.

Dicha realidad exclusivamente fenoménica, genera la imposibilidad de satisfacer el requisito de saturación en los esquemas estructurales de la argumentación genética. Ello surge como consecuencia de la distorsión y/o error de los contenidos normativos sobre la voluntad y fines del legislador que pretende dilucidar, en base de los que se construirá las premisas, para conseguir la saturación exigida.

En consecuencia, los argumentos genéticos, no están en capacidad de contribuir a la satisfacción de la pretensión de corrección como lo propugna la teoría del discurso jurídico racional. Esto debido al efecto de distorsión que afecta a los estamentos e ideas específicas sobre a la voluntad del legislador. Todo lo anterior manifiesta la crisis insuperable que afecta a esta teoría.

4.3. Con relación a los argumentos históricos

Conforme lo explica Alexy de modo excesivamente breve, el argumento histórico tiene lugar cuando se aducen hechos, en favor o en contra de cierta interpretación, en base al contexto histórico de un problema jurídico que ya fue tratado.⁵⁷² La forma del argumento histórico alexyano, implica la siguiente operación: 1) reconocer una solución resuelta con anterioridad, 2) identificar la consecuencia, 3) verificar si esa consecuencia es deseable o no, 4) encontrar las similitudes entre el caso actual y el anterior, 5) determinar en función de lo anterior, si es aceptable o no la solución pasada.⁵⁷³

El valor que tiene este argumento, según la teoría del discurso jurídico racional y las perspectivas que se adhieren a este planteamiento, se sustenta en la idea de que tal operación, supone el recurso a la historia como entidad metafísica, con la que es posible elucidar cuál es el espíritu del pueblo que finalmente define, la legitimidad de las normas.⁵⁷⁴

En este sentido se sugiere teóricamente que tal resultado, se produce debido a que es posible comprender los conflictos sociales de un cierto momento, ligándolos con el pasado. Ello en base que no se puede prescindir de la costumbre, como fuente de organización jurídica de una sociedad.⁵⁷⁵

Con este planteamiento resulta consecuente, la idea de que si bien la relatividad ética y la contingencia histórica, están presentes en todos los órdenes jurídico-estatales, ello no implica que tales presupuestos jurídicos, no sean incognoscibles.⁵⁷⁶ Lo mencionado, es posible desde esta perspectiva, debido a que la cognoscibilidad y la formación integran un mismo proceso, sobre todo cuando se trata de decisiones de los jueces, quienes con su actividad, dan forma a la realidad social. Por lo tanto, no se

⁵⁷² Alexy “Argumentación jurídica”, 230.

⁵⁷³ *Ibíd.*

⁵⁷⁴ Lucía María Aseff, “Los métodos interpretativos”. Pablo Raúl Bonorino Ramírez, ed. *El derecho en acción ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho* (Lima: Ara Editores, 2010), 361.

⁵⁷⁵ *Ibíd.* 362.

⁵⁷⁶ Valentín Petev, *Metodología y Ciencia Jurídica en el umbral del siglo XXI* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996), 62.

puede negar la capacidad de conocer y conformar las relaciones sociales en sus estructuras valorativas.⁵⁷⁷

Concretamente en cuanto a la descripción general de este tipo de argumento realizada por el autor,⁵⁷⁸ en apariencia, no supone complicaciones al momento de su aplicación, en base a que su contextualización, es estrictamente descriptiva.

En contraste, cabe decir, que el proceso tanto de fundamentación empírica como normativa, conducen a una ineludible gestión valorativa, que devela entre otros aspectos, la compleja diversidad del lenguaje y a su vez traslada, el marco de aplicación de este principio, a un escenario de borrosidad del lenguaje jurídico, al que hace referencia J. Wróblewski.⁵⁷⁹

Por su parte, concretamente con respecto a la estructura genérica del argumento que el autor plantea en su teoría, no indica un estándar concreto para trazar el camino de los juicios valorativos de la premisa normativa, con los que debe calificarse lo que es indeseable, o cualquier otra noción de naturaleza abierta. Probablemente esto sea así, debido a que se reconoce la dificultad o más bien, la imposibilidad de su realización y por tanto, en la descripción de este argumento, únicamente se insiste en la necesidad de que la premisa normativa sea fundamentada.

En cuanto a la delimitación de las reglas del juicio valorativo en sede empírica, el estándar para la delimitación de las semejanzas y diferencias entre un caso y otro, no se encuentra fijado, porque al igual que en el caso de la premisa normativa, en los ejercicios de valoración, las reglas que sirven para definir la distinción fáctica, es relativo y resultan, ininteligibles. De este modo, el argumento histórico se sostiene, únicamente a partir de su articulación genérica, planteamiento que indica la debilidad de su estructura interna.

Es así que en función de estas precisiones, cabe sostener que la debilidad de este tipo de argumento, surge como consecuencia de que se trata de otro juego particular del lenguaje, cuyas reglas no prescriben de modo claro. Esta situación, se explica en la ambigüedad que caracteriza a los patrones de valoración normativa y fáctica que

⁵⁷⁷ *Ibíd.*

⁵⁷⁸ Alexy, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 230.

⁵⁷⁹ Wróblewski, “Constitución y teoría general de la interpretación jurídica”, 41.

integran este argumento. De lo anterior es posible concluir que por su ambigüedad, se sigue que su resultado es ambiguo e incierto. De este modo, es posible advertir de la existencia de espacios de incertidumbre, que caracterizan a esta forma de argumento.

Esta situación es distinguida por J. Wróblewski bajo la idea de borrosidad del lenguaje jurídico. Pero esta valiosa noción puede a la vez, ser complejizada, en el sentido de que su reducido margen de certeza se percibe así, en tanto fenómeno de la realidad jurídica fenoménica, que conduce a efectos como el error de percepción cognitiva y comunicativa.

Tales errores o distorsiones tienen influjo por una parte, en el sustento y estructura del argumento comparativo, de tal manera que la entropía retrotrae y caracteriza, los patrones de configuración general del argumento estudiado. Por otra, aquellos efectos se reproducen por retroacción y generatividad sistémica, en el procedimiento de aplicación del argumento histórico formulado por Alexy.

Ello tiene lugar concretamente, sobre el reconocimiento de aquello que fue específicamente resuelto en el pasado, la identificación precisa del problema resuelto en su contexto particular, las consecuencias de la decisión pasada y las similitudes que tiene con el caso tratado en el presente.

Cabe señalar que estos criterios, sirven de base para justificar la decisión que se sustenta con su aplicación, pero como se estableció, se perciben de modo distorsionado y/o erróneamente. Tal estado de la cuestión, afecta decisiva y directamente, a la eficacia justificativa del argumento histórico, generándose por retroacción sistémica, la crisis de toda la teoría del discurso jurídico racional, así como su fin primario, la satisfacción de la pretensión de corrección.

4.4. Con relación a los argumentos comparativos

El argumento comparativo conceptualizado por Alexy, tiene lugar sobre la base de un estado jurídico de cosas anterior, propio de otra sociedad.⁵⁸⁰ De ahí que su estructura se articula en términos generales, de forma similar al argumento histórico, según se indica en la teoría del discurso jurídico racional. En este sentido, cabe señalar

⁵⁸⁰ Alexy, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 230.

que de acuerdo con las referencias estructurales genéricas que el autor desarrolla, se puede identificar en mayor medida su estructura débil.

Por otra parte, en cuanto a la utilidad del uso de este argumento, existen diferentes opiniones. En este contexto, se ha señalado que tal forma de argumento, es el más adecuado actualmente, debido a que posibilita investigar normas similares en otros ordenamientos, además de elucidar las ventajas y desventajas de su aplicabilidad.⁵⁸¹

No obstante, se debe considerar que al momento en que se utiliza dicho argumento, tiene lugar un escenario de riesgo, si al adaptar o trasladar instituciones jurídicas, de un medio socio-jurídico y cultural distinto a otro, no se reconocen sus diferencias.⁵⁸² Lo señalado, se sustenta en que además de que se lleva a cabo un análisis sobre estados de cosas ajenos a la realidad propia, aquellos frecuentemente corresponden al pasado. De igual forma, es necesario tomar en cuenta, que muchos aspectos del campo socio-jurídico e institucional de otros órdenes o sistemas, de hecho, resultan imprecisos inclusive para sus propios miembros.

Por otra parte, en cuanto al tratamiento concreto de este tipo de argumento en el esquema de la teoría que se estudia, se puede sostener que al igual que en el argumento histórico, por su notorio grado de generalidad, se produce indeterminación respecto a las reglas de cauce valorativo, tendentes a construir y establecer una conclusión. Por ello, resulta más abierto frente a los otros argumentos, tanto respecto a un marco temporal, como en cuanto a un marco contextual. Esto parte de la idea de que la noción de estado de cosas es notoriamente ambiguo, relativo, en cualquier contexto o marco de referencia, desde el que se pretenda apreciar.

En este orden de ideas, este tipo de argumento, da cuenta entre otros aspectos, que los juicios de valor, a partir los cuales se califican hechos con base a criterios jurídicos originarios de otras sociedades, crean múltiples campos y posibilidades de interpretación, que son del todo profusos lingüísticamente. Esta circunstancia puede ocasionar un resultado riesgoso, si se pretende saturar y proveer de consistencia a los

⁵⁸¹ Hernán Alejandro Olano García, *Hermenéutica Constitucional* (Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2009), 56.

⁵⁸² Lucía María Aseff, “Los métodos interpretativos”, 363.

argumentos, recurriendo a premisas de tipo comparativo, pero además si su aplicación se lleva a cabo de modo incauto.

Dentro de la misma perspectiva, se puede decir que tal resultado se produce, entre otros aspectos, debido a la diferenciación de la relación entre significante y significado de los conceptos en cada sociedad, la misma que es diferente y variable según el caso. Ello en tanto que se distinguen distintos usos, con reglas distintas (no del todo definidas), de los que se forma un juego del lenguaje particular que además no es claro.

En este escenario, resultan perceptibles implícitamente, errores de traducción, e incertidumbre inherente a la relación cognitiva. Dicho escenario manifiesta, el riesgo del uso de este argumento.

Tales perturbaciones tienen lugar dentro de los procesos comparativos, como consecuencia de la transposición de marcos contextuales temporales y objetuales que retroactúan sistémicamente. Así mismo, aquellos se complejizan por el influjo derivado de su retroacción, generando con ello nuevos errores de percepción y traducción en definitiva, —*nuevas percepciones e ideas distorsionadas y/o mutadas*— sobre los elementos de referencia normativa del ordenamiento jurídico perteneciente a otra sociedad y de otro tiempo.

De lo anterior, surge la inhapesibilidad cognitiva de los elementos normativos que integran las premisas constitutivas del argumento comparativo, cuestión que pone de manifiesto, notorias dificultades —*por no afirmar la inviabilidad*— de la satisfacción del requisito de saturación de este tipo de argumento.

Es así que todo el contenido de las reflexiones llevadas a cabo dentro de este apartado, explican la existencia de incertidumbre sistémica que habita y diluye el marco justificatorio del argumento comparativo. Así mismo, pone de manifiesto la el estado de *complejidad* que no puede superar la teoría del discurso jurídico racional, situación que la pone en crisis, cuya consecuencia distintiva es la insuficiencia de su articulación para satisfacer la pretensión de corrección.

Esta crisis felizmente permite comprender y visualizar, la entropía que tiene lugar en la realidad del mundo complejo de lo jurídico, lo que además indica que su estatus corresponde al de un nuevo paradigma del derecho.

4.5. Con relación a los argumentos sistemáticos

En el amplio desarrollo teórico de Alexy, es notorio el influjo de la impronta holística del concepto de sistema.⁵⁸³ Es así que en la conceptualización del argumento sistemático desarrollada por el autor del discurso jurídico racional, se sostiene que el mismo, se concreta como la vinculación con otras normas fines y principios, que una disposición tiene lógica o teleológicamente, respecto a otras.⁵⁸⁴

Esta conceptualización es compartida por MacCormick, quien pone de manifiesto su adscripción al concepto de sistema holístico, cuando señala que “la parte tiene sentido con el todo, y el todo es la ley como un elemento de todo un sistema jurídico”.⁵⁸⁵ Sin embargo, más allá del topoi que he precisado, de acuerdo con Alexy, la forma más importante de argumento sistemático es la indicación de una contradicción normativa.⁵⁸⁶

En este contexto, la indicación de una contradicción normativa, implica reconocer que a partir de una específica interpretación designada como W de una disposición R/1, la cual contradice a R/2, que se reconoce como norma válida. Por tanto, como consecuencia de la contradicción, entre R/1 y R/2, la primera no debe aplicarse. De lo que se puede entender, la idea de indicación de contradicción, conduce a un resultado, únicamente si existe una, de todas las interpretaciones de R/1, que no se

⁵⁸³ En este contexto resulta apropiado señalar, que este concepto es compartido mayoritariamente por la Iusfilosofía Analítica, la Hermenéutica jurídica y el denominado post positivismo, de modo que si bien sus análisis teóricos parten de perspectivas diferentes, se adscriben a una perspectiva clásica de sistema. Dicha adscripción implica un sistematismo reductivista, que tiene mucha vinculación con la noción de sistema holístico, que se contrapone a la idea compleja de sistema, en la que el estudio de la dinámica y relaciones de sus elementos es a mi parecer notablemente más adecuada.

⁵⁸⁴ Alexy, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 231.

⁵⁸⁵ Neil MacCormick, *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico* (Lima: Palestra Editores, 2016), 225.

⁵⁸⁶ Alexy, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 231.

encuentra contradicción con otras disposiciones,⁵⁸⁷ a la que el autor se refiere como “la única interpretación que no está excluida por otras normas”.⁵⁸⁸

En un sentido general, el argumento sistemático supone que a un enunciado o conjunto de enunciados normativos, se asigna un significado específico, el cual es establecido por el propio sistema jurídico.⁵⁸⁹ Esta definición como es evidente, no resulta *elucidante*, sino más bien problemática, porque no hay determinación en cuanto al concepto mismo de sistema jurídico.⁵⁹⁰ De ello se sigue, que existen diferentes formulaciones sobre dicho concepto y de este modo, existen diversas formas en las que el concepto de sistema jurídico es entendido. Por tanto, es diversa la forma en que actúa o se le hace actuar, para realizar la atribución de significado.⁵⁹¹

Por otra parte, si se entiende al conjunto de cánones de la interpretación, y de modo particular el de tipo sistemático, como un armazón flexible, tal como los entiende Peter Häberle⁵⁹² quien sostiene que los cánones, están reconocidos mayoritariamente, como un conjunto o sistema de principios y no de reglas, la cuestión se dificulta en mayor medida. Esto porque en tal estructura, no existe una fórmula particular que dé cuenta con claridad de la existencia definitiva de una contradicción, frente a los fines y principios sobre los que lleva a cabo, el juego de vinculación normativa.

Se puede asumir a partir de lo señalado, que por la multiplicidad de dificultades expuestas, la forma de argumento sistemático que el autor describe en su teoría, es notoriamente básica y no se clarifican dos cuestiones fundamentales. Por una parte, aquella que se refiere a la forma de aproximarse al universo de interpretaciones que pueden existir, sobre la disposición R/1. Por otra, no se establece un instrumental concreto, para reconocer claramente que existe una interpretación de R/1, que no se encuentre excluida por otras disposiciones.

⁵⁸⁷ *Ibíd.*

⁵⁸⁸ *Ibíd.*

⁵⁸⁹ Giovanni Tarello, *La interpretación de la ley* (Lima: Palestra Editores, 2013), 337.

⁵⁹⁰ *Ibíd.*

⁵⁹¹ *Ibíd.*

⁵⁹² Peter Häberle, “Métodos y Principios de Interpretación Constitucional, Un catálogo de problemas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 13, (enero de 2010): 386.

De lo anterior, se puede concluir que las dos esferas de interminación, abordadas brevemente desde un enfoque analítico, crean perturbación en la argumentación que se sustenta en este tipo de argumentos.

Al mismo tiempo, el estado perturbación que se ha reconocido en la estructura del argumento comparativo, manifiesta la existencia de incertidumbre sistémica, que surge en espacios de neguentropía característica del mundo fenoménico de la complejidad.

Tal incertidumbre sistémica se reconoce concretamente en la aplicación el argumento comparativo desde un punto de vista general, en la distorsión de la traducción del intérprete (cognoscente) de las disposiciones que asocia *sistemáticamente* (símbolos normativos traducidos), para articular un argumento de este tipo, todo lo cual afecta al principio fundamental de coherencia de la teoría, como resultado de la distorsión de la traducción llevada a cabo en la aproximación cognitiva, con respecto a los enunciados que son objeto de interpretación.

A la vez, esta perturbación se produce en el argumento sistemático de contradicción normativa, por una parte, en el momento en que deben reconocerse los presupuestos normativos de la regla R2 que constituye una norma válida, ya que se perciben de modo distorsionado. Por otra, en cuanto a la percepción de los presupuestos normativos que integran las premisas de una cierta interpretación de R1, que se pretende sustentar como ajustada al ordenamiento jurídico, los cuales por efectos de la traducción también resultan distorsionados.

Cabe señalar que precisamente a partir de la identificación de a aquellos presupuestos normativos —*según Alexy*— se reconoce, que una interpretación W de una norma R1, contraria a la norma válida R2. De este modo, la contradicción normativa y el argumento sistemático carece de eficacia justificatoria, y por consiguiente, sitúa en un estado de crisis, —*o más bien de complejidad real*— a la teoría del discurso jurídico racional, ya que no consigue satisfacer la pretensión de corrección que propugna.

4.6. Con relación a los argumentos teleológicos

El canon hermenéutico-jurídico que preconiza la interpretación del derecho con arreglo fines e intereses, tiene como precursor a Rudolf Von Ihering,⁵⁹³ en función de la crítica a al conceptualismo savignyano. Así, desde su origen en las décadas finales del siglo XIX, permanece vigente hasta estos días en las diferentes perspectivas Iusteóricas tradicionales.

Por esta razón, dicha forma de canon de interpretación, se encuentra vinculado a concepciones del derecho que reconocen la relación necesaria entre el derecho y la moral, y por ello, a la del no positivismo de Alexy. Es por este motivo entre otros, que el autor incorpora esta forma de argumento, dentro de la estructura sistemática de la teoría del discurso jurídico racional.

En este orden de ideas, la tipología del argumento teleológico expuesto en la teoría reproblematicada, corresponden a los que Alexy designa como teleológico-objetivos. Este tipo de argumento se refiere a fines de tipo “racional” o que se “encuentran prescritos objetivamente en el contexto del ordenamiento jurídico vigente”.⁵⁹⁴ De forma similar, MacCormick sostiene que la legislación incorpora uno o más valores relevantes, lo que implica considerar que la actividad legislativa es racional,⁵⁹⁵ perspectiva que se sustenta en el principio de coherencia.

En apego al planteamiento de Alexy, en cuanto a la determinación de cual o cuales fines deben considerarse racionales, y cómo deben ser identificados en el orden jurídico, establece el autor, que tal función le corresponde a la comunidad de personas que están facultadas para tomar decisiones, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, es decir, a quienes integran el sujeto hipotético.⁵⁹⁶ Por tanto, las afirmaciones teleológicas, parten de este sujeto hipotético y su corrección debe llevarse a cabo, sobre la base de la argumentación racional.⁵⁹⁷

La articulación de este tipo de argumento se sustenta sobre los fines, que son caracterizados normativamente y deben comprenderse como estados de cosas o sucesos

⁵⁹³ Rudolf Von Ihering, *¿Es el Derecho una Ciencia?* (Granada: Comares Editorial, 2002), 66-68.

⁵⁹⁴ Alexy “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 232.

⁵⁹⁵ MacCormick, “Retórica y Estado de Derecho”, 232.

⁵⁹⁶ *Ibíd.*

⁵⁹⁷ *Ibíd.*

prescritos.⁵⁹⁸Ello supone la existencia de un estado de cosas y una específica interpretación necesaria,⁵⁹⁹para realizar dicho estado de cosas. Por consiguiente, tal interpretación, tiene una naturaleza instrumental. De este modo, el estado de cosas establecido normativamente, requiere para su realización, de la validez de esa específica interpretación.⁶⁰⁰

La estructura de tal argumento, está compuesta por una premisa normativa y otra empírica, por ello, el autor sostiene que los argumentos teleológicos, remiten su sustento sobre la base de argumentos empíricos, lo que indica la notoria relevancia de aquellos, para la formulación de uno de tipo teleológico.⁶⁰¹

Señala además, que la formulación de un argumento teleológico, generalmente se fundamenta por referencia a un grupo de normas. Sin embargo, no es posible conseguir su sustento a partir de deducción lógica y por ello, se requiere de nuevas premisas.⁶⁰²

En este contexto, debido a que a una o varias normas, pueden perseguir distintos fines estos logran realizarse, únicamente si se excluyen o limitan, escenario que hace necesaria la aplicación reglas de preferencia.⁶⁰³

El problema más difícil de la argumentación teleológica, según del autor, tiene lugar cuando no puede describirse mediante enunciados empíricos. Por consiguiente, sobre él o los fines que son estados de cosas, rigen ciertas normas.⁶⁰⁴ En relación con lo anterior, generalmente para la descripción de estados de cosas, son necesarios principios cuyo problema fundamental de aplicación, consiste en la fundamentación de una norma que no se sigue directamente de principios,⁶⁰⁵ por lo que para su concreción, se requieren nuevos enunciados normativos.

Conforme a la morfología del argumento teleológico expuesto, al igual que los demás cánones, aquella supone una construcción que se guía teóricamente, mediante la

⁵⁹⁸ *Ibíd.*

⁵⁹⁹ *Ibíd.*

⁶⁰⁰ *Ibíd.*

⁶⁰¹ *Ibíd.* 233.

⁶⁰² *Ibíd.*

⁶⁰³ *Ibíd.*

⁶⁰⁴ *Ibíd.* 234.

⁶⁰⁵ *Ibíd.*

razón jurídica (y práctica general), la cual sirve para elucidar el contenido objetivo, el material ontológico esencial del sistema jurídico vigente.

Sin embargo, tal construcción está expuesta en un primer plano, a los riesgos y errores de percepción y comunicación. Tales errores o riesgos de percepción, se producen como resultado de la incertidumbre, que surge de la aproximación cognitiva que el intérprete (en este caso específicamente el sujeto hipotético) debe desarrollar y que a la vez se retroalimenta, de la entropía sistémica del propio ordenamiento jurídico (sistema abierto). La explicación de lo anterior, se desentraña de la propia naturaleza del *telos* que integra las cláusulas abiertas y generales que deben relacionarse objetivamente, con otras que integran los sistemas jurídicos modernos.

Por otra parte, la fenoménica del mundo jurídico se caracteriza por cualidades como la ambigüedad, incertidumbre, mutabilidad; por tanto, pueden ser entendidos paralelamente, como resultados que caracterizan a los juegos del lenguaje. Esto se explica debido a la relevancia que tiene en este tipo de argumento, el uso de enunciados empíricos, que traen consigo, un universo propio de variables fenoménicas que dificultan o anulan por su estado de entropía, la obtención de certeza de la significación clara de los enunciados normativos, como consecuencia de los errores de percepción y comunicación debido a la multiplicidad de marcos objetuales temporales y conceptuales de los argumentos empíricos.

De otro lado, las características de relatividad de las reglas de uso del lenguaje, con las que teóricamente, se reconoce el verdadero *telos* del ordenamiento sobre el que se sustenta la interpretación, no están definidas, cuestión que finalmente ocasiona que la operación interpretativa produzca como resultado, significaciones y sentidos, inestables y mutables.

Simultáneamente, desde una perspectiva sistémica, tal indeterminación y mutación se produce como consecuencia de la multiplicidad de las interacciones, retroacciones y recursividad de los marcos objetuales y conceptuales que integran el *telos*, que debe extraerse *objetivamente* con el argumento teleológico-objetivo.

En este contexto viene bien la afirmación de Konrad Hesse, con la que reconoce que no existe un objetivo o *telos* realmente definido en las constituciones y por tanto, su

determinación resulta ser una voluntad supuesta o ficticia.⁶⁰⁶ Con esta idea, sostiene que la interpretación teleológica constituye una carta blanca, que gravita sobre una regla, que impone la formulación de sentido para un precepto. Señala además, que esta regla no es suficiente para satisfacer, al igual que otros recursos semánticos, el problema de la determinación de la voluntad objetiva o subjetiva del legislador en la Constitución.⁶⁰⁷

Todo este escenario reflexivo sobre la naturaleza, estructura e interrelaciones entre los elementos del argumento teleológico-objetivo, permite reconocer un estado de entropía predominante en su configuración. Aquella entropía se produce en primera instancia, como consecuencia de la multiplicidad de las interacciones, retroacciones y recursividad de los marcos objetuales y conceptuales que tornan indeterminado o mutado el *telos* “objetivo” que debe extraerse de los instrumentos normativos, con el argumento teleológico-objetivo.

Una segunda instancia entrópica, surge como efecto de distorsión, degradación y/o distorsión entrópica, producida como resultado de la degradación del contenido del *telos*, en sede discursiva bien sea monológica o dialógicamente.

El estado de insuficiencia justificativa del argumento teleológico-objetivo, y dicho sea de paso, de los demás cánones de la interpretación y de las formas de argumentos, genera un insuperable estado de crisis de la teoría alexyana. Esto debido al predominio de las interrelaciones y generatividad sistémica de los fenómenos, que no puede ser comprendida ni afrontada a partir de su articulación sistemática.

Todo lo anterior me permite concluir, que el argumento estudiado, resulta notablemente insuficiente desde el punto de vista justificatorio. Dicha condición a la vez manifiesta, la insuficiencia y crisis de la estructura de las reglas del discurso jurídico racional, para satisfacer la pretensión de corrección, situación que por *irradiación*, pone en crisis de modo inconmensurable a toda la teoría alexyana.

⁶⁰⁶ Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992), 37.

⁶⁰⁷ *Ibíd.* 38.

5. El papel de los cánones del discurso, el lenguaje como sistema abierto, y complejidad.

La comprensión del lenguaje como un sistema abierto y su generatividad y recursividad con el derecho, incide en toda la articulación de la teoría del discurso jurídico racional. Por lo anterior, en este apartado de la investigación, se analizarán los efectos de las relaciones entre el lenguaje y el derecho, con respecto al papel de los cánones en el discurso jurídico racional. Así, la teoría que se examina, establece seis puntos que aclaran el papel de los cánones de la interpretación. No obstante, aquí por cuestiones de valor teórico y economía metodológica, se tratarán únicamente los siguientes parámetros: 1) El campo de su aplicabilidad 2) El requisito de saturación, 3) la resolución del problema de la jerarquía en la teoría del discurso.⁶⁰⁸

5.1. El campo de su aplicabilidad

Conforme a lo expuesto por el autor, los cánones de la interpretación constituyen formas de argumentos, que sirven para sustentar una determinada interpretación de una norma presupuesta, a partir de una regla de uso de las palabras,⁶⁰⁹ que salvo el caso del argumento semántico, tienen un campo contextual de aplicación múltiple.⁶¹⁰ Los escenarios en los que se pueden emplear tales cánones frecuentemente, son conflictos normativos, restricción del campo de aplicación de normas y la fundamentación que no se sigue de la ley.⁶¹¹

Así, en el caso de un conflicto normativo, sobre la base de uno de los cánones se puede sostener, que el legislador atribuyó a una de las normas un valor preponderante, o en el caso de una interpretación restrictiva, sustentar una interpretación en base a argumento comparativo, que implica la fundamentación sobre el contexto de regulaciones de otros Estados.⁶¹² Además, pueden aplicarse para la fundamentación de

⁶⁰⁸ Alexy, "Teoría de la Argumentación Jurídica", 234.

⁶⁰⁹ *Ibíd.* 235.

⁶¹⁰ *Ibíd.*

⁶¹¹ *Ibíd.*

⁶¹² *Ibíd.*

una regla que no se extrae del derecho positivo, de acuerdo con un fin que debe perseguirse.⁶¹³

Con respecto a lo expuesto, el campo de aplicación de los cánones se vincula a diferentes contextos, con el fin de establecer una regla de uso del lenguaje jurídico. En este sentido, asertivamente, la profesora Claudia Storini, sostiene que restringir la interpretación, exclusivamente a los métodos o cánones de la interpretación, resulta en sí una gestión infructuosa,⁶¹⁴ esto, en tanto que tal cometido se reduce a la elección del método interpretativo, con objeto de defender una determinada tesis ontológica a la que se adscribe el intérprete, y no con el fin de conseguir mediante un proceso hermenéutico, una decisión adecuada para la solución del caso,⁶¹⁵ situación que a la vez lleva a la paradoja sobre qué es lo que se entiende por decisión adecuada.

Por otra parte, la interacción y efectos de la entropía y neguentropía que caracteriza al lenguaje como eco-sistema abierto, toma partida, y se produce un efecto de incertidumbre sobre los ejercicios de aproximación cognitiva a los fenómenos que se desarrolla con los cánones de la interpretación.

Esta incertidumbre desde el punto de vista del lenguaje, se traduce en inestabilidad en la relación entre el significante y su significado, o sea, sobre los elementos de los símbolos que lo integran, los cuales sirven para sustentar una regla de uso de las palabras en base a su aplicación.

De este modo, la determinación de la regla de uso destinada a conceder un específico significado a una determinada norma presupuesta, puede tener distintas identidades en su significado y por ello, su contenido resulta variable, escenario en el que se genera un universo de posibilidades. Este fenómeno se enlaza con las reglas de los juegos del lenguaje, que no definen el significado específico de la norma, en tanto que solo son guías de caminos, tal como lo ha descrito L. Wittgenstein.

En este sentido H. Hart, sostiene que los cánones de la interpretación pueden servir para reducir la incertidumbre, pero resultan insuficientes para anularla, en tanto

⁶¹³ *Ibíd.*

⁶¹⁴ Claudia Storini, "Razón y cultura: una crítica a la hermenéutica constitucional moderna desde la interpretación dialógica", *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 37 (junio de 2016): 40.

⁶¹⁵ *Ibíd.*

que constituyen reglas generales del lenguaje que a su vez requieren interpretación.⁶¹⁶ De esta forma se sustenta un espacio, una *zona de penumbra*, que remite a una espiralidad ad infinitum, en el campo de las relaciones de los elementos que integran los signos del lenguaje, y los procesos de interpretación, que finalmente desembocan en espacios de entropía por la incertidumbre comunicativa y de aproximación cognitiva al fenómeno.

Por otra parte, la incertidumbre que caracteriza el lenguaje es cíclica y connatural al campo en el que gravitan los sistemas y entornos que permanece en perpetua retroacción e intercambio. De ahí que los conflictos normativos, la restricción del campo de aplicación de normas y la fundamentación que no se sigue de la ley, se enfrentan a la inestabilidad de las reglas de uso, las cuales crean un estado paradójico, indistintamente de que se pretenda resolver, con el empleo de los cánones de la interpretación.

5.2. Requisito de saturación

El requisito de saturación establece que un argumento es completo, si se incorporaron a él, todas las premisas que forman tal argumento.⁶¹⁷ Existen distintos tipos de premisas que deben saturarse, y por tanto, diferentes formas de fundamentación. Robert Alexy sostiene que la fundamentación empírica es notoriamente relevante, debido a que mediante ella, se establece la especificación de un uso del lenguaje, como el contenido de la voluntad del legislador, estados de cosas anteriores o pertenecientes a otras sociedades, etcétera.⁶¹⁸

Por otra parte, existen formas de argumentos, que contienen premisas normativas que no se extraen de la ley. Este tipo de premisas caracterizan cánones de interpretación como el histórico, comparativo o teleológico, cuyo empleo implica la determinación o caracterización de estados de cosas.⁶¹⁹ Con respecto a la fundamentación de estos presupuestos normativos, se debe evitar el recurso directo a la argumentación práctica general. Desde luego, en el caso de una fundamentación correspondiente a una

⁶¹⁶ Hart, “El concepto del derecho”, 158.

⁶¹⁷ *Ibíd.*

⁶¹⁸ *Ibíd.*

⁶¹⁹ *Ibíd.*

valoración, pueden vincularse fines con otras normas y por ello, el empleo de argumentos prácticos generales, puede ser necesario.⁶²⁰

En la teoría del discurso jurídico racional, el requisito de saturación asegura el uso racional de los cánones, debido a que exige que siempre se aduzcan nuevas premisas normativas o empíricas, cuya verdad o corrección podrá objetarse y discutirse en cualquier momento.⁶²¹ Es así que el valor del requisito de saturación resulta fundamental para la teoría examinada y por tanto se incorporó mediante la regla (J.6).⁶²²

Además indica R. Alexy, que existen diferentes tipos de fundamentaciones y por ello, distintas formas de saturación, y que el mecanismo para establecer reglas de uso del lenguaje, tiene su fuente en la argumentación empírica. En los primeros apartados de la presente investigación, ya se problematizaron aspectos sobre la argumentación empírica y por ello, no se abordará nuevamente este tema.

Frente a este escenario descriptivo, se puede tomar otra dirección y señalar que una cuestión fundamental en esta teoría, la cual se halla plasmada en la idea de completud de los argumentos, que teóricamente se consigue, con el cumplimiento de este requisito.

Para abordar los problemas a los que enfrenta el requisito de saturación, recorro a un instrumental metateórico. Para ello metafóricamente se emplea, la proposición indecible o G, de Kurt Gödel,⁶²³ a partir de la que se desarrollan los teoremas de incompletud de los sistemas matemáticos, como sistemas formales. La proposición G, se caracteriza por la imposibilidad de deducir dentro del propio sistema, su afirmación o negación, generándose con ello, la mencionada sentencia de incompletud que gödeleana.⁶²⁴

En este contexto, si como se ha sostenido por Alexy, la teoría de la argumentación entre uno de sus resultados, incluye la creación de un sistema formal de reglas regido por principios como los de universalidad, igualdad, coherencia,

⁶²⁰ *Ibíd.*

⁶²¹ *Ibíd.*

⁶²² *Ibíd.*

⁶²³ Jesús Mosterín, *Kurt Gödel. Obras completas* (Madrid: Alianza, 2006), 49.

⁶²⁴ *Ibíd.*

consistencia, etc., no resulta inapropiado pensar, que existe relación y compatibilidad entre la teoría del discurso jurídico racional y un sistema formal de tipo gödeleano.

Dicha relación trae como consecuencia, la posibilidad de identificar al menos, una proposición indecible en el proceso argumentativo. Además, debe considerarse, que de forma similar a un sistema matemático formal, en la argumentación jurídica, sus reglas operan a partir de deducción lógica, a partir de reglas de inferencia.

En este sentido, la forma general de deducción, se basa en el modo *modus ponens* en la justificación interna; sobre la que actúa la justificación externa, con el fin de conseguir la fundamentación o lo que podría ser la *saturación material* de las premisas, de la primera forma de justificación.

De lo anterior se sigue entonces, que en el caso particular de los procesos de saturación, se pueden identificar una o varias proposiciones indecibles, y por tanto, existe un campo de incertidumbre indisoluble en los procesos que intentan conseguirla. Tal indecibilidad, surge indistintamente, de la forma de argumento al que se aplique y el método que se emplee con la intención de satisfacer las condiciones exigidas por el requisito de saturación.

Frente a lo señalado, dicho estado de incertidumbre, se encuentra vedado por la exigencia saturación de los argumentos prescrita en la regla (J.6) del discurso jurídico racional. No obstante, el fenómeno de la incompletud persiste con respecto a esta exigencia que pese a que se formalice y constituya una formula fundamental del discurso jurídico racional, que por cierto, no clarifica el instrumental metodológico, para conseguir su realización.

De esta forma, se puede concluir que dentro del paradigma de la argumentación jurídica racional, existen amplios campos en los que predomina la incertidumbre, debido a la presencia de premisas indecibles, escenario que afecta de modo directo al cumplimiento del requisito de saturación y al mismo tiempo, a todo tipo de argumentación. Tal efecto además, perturba el orden general y la operatividad de la teoría, y además da cuenta de su falta de solidez y con ello, impide la realización de su objeto fundamental: la pretensión de corrección.

5.3. La resolución del problema de la jerarquía en la teoría del discurso

En la teoría analizada, se sostiene que frente a la imposibilidad de resolver el enfrentamiento entre la teoría objetiva y subjetiva de la interpretación de la que depende la resolución de la jerarquía de los cánones de la interpretación, su mayor aporte sobre la cuestión, consiste en que con el empleo de sus reglas y formas, se instruye el uso correcto de las diferentes formas de argumentos. De esta forma, se desactiva el problema de tal confrontación⁶²⁵ y se consigue mayor aproximación, a una conclusión correcta o racional, a partir de una discusión racional real o imaginaria,⁶²⁶ que se relaciona a un sistema de derecho.

Así, en tanto que tal discusión se relaciona con el derecho vigente, se hace necesario el empleo de argumentos que prima facie, expresen un mayor peso sobre tal relación.⁶²⁷ Además, se añade que tal procedimiento, está regulado por la regla pragmática de la carga de la argumentación (J.7),⁶²⁸ la cual implícitamente, establece la precedencia de la interpretación subjetiva. Sin embargo, dicha precedencia, no restringe la posibilidad de recurrir a interpretación de tipo objetivo, siempre que su empleo se sustente en argumentos racionales, que justifiquen su aplicación.⁶²⁹

En este estado de cosas, se hace necesario recurrir a la argumentación práctica general, debido a que no pueden utilizarse argumentos jurídicos en la discusión, por cuanto el objeto del debate, precisamente versa sobre ellos.⁶³⁰ Por esta razón, el autor indica que es muy importante, la argumentación empírica, debido a que con ella, se resuelven los problemas de jerarquía.⁶³¹

Además de lo señalado, tal tipo argumentación se halla reforzada debido a que el principio de universalidad, exige que el uso y las relaciones entre las distintas formas de argumentos deberá concurrir, en función de la fundamentación racional conforme lo establece la regla (J.8).⁶³²

⁶²⁵ *Ibíd.*

⁶²⁶ *Ibíd.*

⁶²⁷ *Ibíd.*

⁶²⁸ *Ibíd.* 139.

⁶²⁹ *Ibíd.*

⁶³⁰ *Ibíd.*

⁶³¹ *Ibíd.*

⁶³² *Ibíd.*

Con relación a lo anterior, se hace necesario indicar que las reglas de ponderación que establece la regla (J.8), se fijan de acuerdo con determinados contextos y sectores del derecho. No obstante, debido a que tales contextos y sectores cambian, no existe viable que exista certeza definitiva.⁶³³

Así, (J.8) constituye una regla del discurso práctico general, sobre el uso de los cánones. Además de la regla (J.8), se puede especificar otra perteneciente al discurso práctico general, que prescribe la consideración de todos los argumentos posibles, la cual se expresa en la regla (J.9) del discurso jurídico racional.⁶³⁴

En este sentido se indica que los cánones de la interpretación, constituyen formas a las que la argumentación jurídica debe recurrir, para satisfacer la pretensión de corrección, en virtud de que a diferencia del discurso práctico, se refieren de modo especial a la vinculación con la ley.⁶³⁵

Con respecto a este punto de la teoría, se puede decir que la regla (J.7), da cuenta de que existe implícitamente, una preferencia metodológica por una teoría subjetiva y no necesariamente, una desactivación de la confrontación entre teorías de la interpretación.

Más allá de esta puntualización y de la enfatizada importancia de la argumentación empírica, que debe caracterizar la discusión racional, se puede identificar el problema fundamental, en la falta de determinación de las reglas de las ponderaciones, que prescribe la regla del discurso jurídico racional (J.8).

Esto resulta así, porque el profesor reconoce que existe inestabilidad, respecto a las reglas que sirven para establecer las ponderaciones, por cuanto los contextos de interpretación y sectores del derecho que sirven de referencia para tal efecto, son mutables. De esta manera resulta inviable conseguir la certeza pretendida por la teoría.

Esta situación transpone la idealidad del discurso jurídico racional, a la realidad fenoménica del discurso jurídico real, en la que tal incertidumbre toma forma en la pluridimensionalidad de los marcos de referencia, que sirven para la articulación de las ponderaciones y argumentaciones de cualquier tipo.

⁶³³ *Ibíd.*

⁶³⁴ *Ibíd.* 240.

⁶³⁵ *Ibíd.*

Por otra parte, la idea de que el uso de los cánones sirve para satisfacer la pretensión de corrección, se encuentra en entredicho por la incompletud del paradigma del discurso racional. Esto en función de que el retorno a la razón práctica general, es connatural a la teoría, por cuanto la misma se considera un caso especial de la primera y el caso especial depende de ella. Por consiguiente, posee las mismas deficiencias.

Tal retorno produce efectos generales, no solo respecto a su utilidad para elucidar el uso de una regla del lenguaje, la voluntad objetiva o subjetiva del legislador, la experiencia histórica o de otra sociedad en una decisión, etc. Además comporta un desequilibrio de la teoría del discurso jurídico racional, en función de los marcos de incertidumbre que lo caracterizan. Este desequilibrio se sustenta en la incertidumbre que se manifiesta en la ambigüedad o inexistencia de resultados, que finalmente permiten reconocer la fenoménica del discurso jurídico real.

Por otra parte, el problema sobre el retorno a la razón práctica general, radica en la variedad de racionalidades prácticas que se han podido distinguir. Sobre esta cuestión el autor señala que se ha reconocido veinte tipos,⁶³⁶ y aunque se puedan distinguir ciertas particularidades, todas se caracterizan por rasgos generales. De esto se sigue que aun cuando se clarifique, que la teoría del discurso jurídico racional se adscribe a la razón práctica procedimental universalista, posee las mismas deficiencias que los demás tipos y ello supone que entre sus condiciones distintivas, se reconoce la indeterminación.

La cualidad presente en todos los tipos de razón, indistintamente del tipo particular del que se trate, se enfrenta a los mismos problemas cognitivos, perceptivos y comunicativos ya que parten de una misma matriz cognitiva. De esta manera, los problemas mencionados, son inherentes a todo proceso comunicativo, el mismo que constituye la base del discurso práctico general y por consiguiente, del discurso jurídico racional.

En consecuencia, aquellos problemas, no pueden ser resueltos por medio de la racionalidad que la teoría del discurso jurídico racional sostiene. Esto, en virtud de que se trata de una perspectiva reductivo-sistemática de la razón, la cual resulta insuficiente para reconocer la fenoménica que siempre caracterizó al mundo complejo del derecho.

⁶³⁶ Alexy, "El concepto y la validez del derecho", 132.

5.4. Cánones de la interpretación, discurso jurídico racional y complejidad

Los cánones de la interpretación, son considerados fundamentales en la estructura sistemática del discurso jurídico racional. Esto porque teóricamente con su uso, es posible establecer reglas de uso de las palabras, para llevar a cabo interpretaciones en un contexto jurídico, sustentar tales interpretaciones, fundamentar normas no positivas y una multiplicidad de enunciados jurídicos.⁶³⁷

Tal estructura da cuenta de la naturaleza del sistema sobre el que se erige su entramado teórico del discurso jurídico racional, cuya articulación se adscribe a la de un holismo, basado en el paradigma cartesiano todo-partes. En este modelo, el todo está integrado por elementos simples, reductibles, aislados, que a su vez constituyen el todo.⁶³⁸

Paralelamente, se adscribe al modelo aristotélico, basado en el dualismo forma-sustancia.⁶³⁹ La lógica de sus operaciones, se basa en una reducción analítica,⁶⁴⁰ que estudia las relaciones de los elementos unilinealmente, dentro de los márgenes de la causa y el efecto.

Así, conforme a la teoría, el empleo de los cánones presupone, la elucidación del contenido ontológico-sustancial, que se consigue objetivamente, como resultado de la interpretación que servirá para la argumentación y finalmente, para la toma de una decisión.

Sin embargo, dentro de este marco unilineal, surge por sí mismo, un estado de complejidad. Esto en tanto que la aproximación a dicho material esencial, no puede conseguirse, como consecuencia de que únicamente es posible percibirlo, dentro de un marco fenoménico que se superpone a la realidad profunda.

Ahora bien, esto indica a su vez, que se superpone a la esencia ontológica del ordenamiento jurídico o de una constitución, que es aprehendida por intérprete (sujeto cognoscente) de modo distorsionado, degradado y/o erróneo, por efecto de la traducción

⁶³⁷ Alexy, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 226.

⁶³⁸ Morin, “El Método I”, 148.

⁶³⁹ *Ibíd.*

⁶⁴⁰ *Ibíd.* 149.

que tiene lugar en la relación cognitiva, indistintamente de cual sea el tipo de canon de interpretación al que se recurre, para justificar una determinada interpretación.

Correlativamente con la aproximación difusa a los fenómenos del mundo fenoménico, en este proceso interviene además la relación indisoluble, recursiva y generativa, entre el sujeto y el objeto. El influjo de esta relación, produce las traducciones perceptivas de las que surge el conocimiento y de lo que se percibe del mundo fenoménico.

En efecto, tal construcción del conocimiento, que aproximó al sujeto al universo exterior, se despliega hacia el universo mental del sujeto, quien lo alinea con su espíritu y con lo que quiere y cree conocer,⁶⁴¹ por tanto, se justifica que no es posible una interpretación objetiva ni subjetiva del intérprete, sino el resultado de lo generado por ambas dimensiones de aproximación cognitiva y de su estado de interrelacionalidad y generatividad con el espíritu y el mundo.

Desde la perspectiva de la Hermenéutica, de la que surge la interpretación jurídica y por extensión sus cánones, se sostiene que existe un vínculo indisoluble, entre el sujeto y objeto en el proceso cognitivo.⁶⁴²

Así, Arthur Kauffman sostiene que resulta inútil una corrección objetiva del derecho, porque no se puede insistir en la existencia de objetividad si se recurre a la interpretación, debido a que coexiste con la contingencia.⁶⁴³ En relación con esta tesis Giuseppe Zaccaria, siguiendo al propio A. Kaufmann, indica que en el mundo de lo jurídico de forma particular, lo racional y lo irracional se entrelaza.⁶⁴⁴

Todo lo tratado en los apartados dedicados a la reproblematicación sistémica de los cánones de la interpretación del discurso jurídico racional, nos conducen a sostener su insuficiencia justificatoria. Dicho deficiencia se produce por la existencia de problemas cognitivos, comunicativos, de traducción, que son parte de la dinámica de interrelación generatividad inherente a un sistema abierto como el Derecho.

⁶⁴¹ Morin, "El método III", 121.

⁶⁴² Arthur Kaufmann, *Hermenéutica y Derecho* (Granada: Editorial Comares, 2007), 93.

⁶⁴³ *Ibíd.* 96.

⁶⁴⁴ Giuseppe Zaccaria, *Razón jurídica e interpretación* (Madrid: Civitas Ediciones, 2004), 46.

De este modo, resulta contraintuitivo suponer que con su empleo, se consiguen resultados objetivos, pero además, verdaderos, claros definitivos o puramente racionales, como los sostiene el cognoscitivismo alexyano. Asimismo, cabe concluir que no es posible satisfacer la pretensión de corrección por medio de los cánones de la interpretación, lo que a la vez circunscribe íntegramente a la teoría a sus reglas y formas en un estado de profunda crisis e insuficiencia teórica.

6. La función de los enunciados de la dogmática jurídica, en la teoría del discurso jurídico de Alexy: una aproximación a partir de la complejidad y la inestabilidad del lenguaje

Es preciso señalar de forma preliminar, que las condiciones desarrolladas por el autor a fin de conseguir un concepto adecuado de la dogmática, han sido tratadas descriptivamente y de modo amplio en el capítulo anterior, con la pretensión de conseguir el mayor apego al enfoque del autor.⁶⁴⁵

Por tal motivo, este punto de la investigación se aborda directamente, la tipología y problemas de la clasificación de los enunciados de la dogmática, desarrollados en la teoría. Acto seguido, se analizarán los elementos teóricos que tratan cuestiones sobre el uso de este tipo de enunciados en las fundamentaciones, su teoría de la función de la dogmática, y las relaciones entre la dogmática y la argumentación práctica general.

6.1. Los enunciados de la dogmática jurídica

El esquema de clasificación de los enunciados de la dogmática desarrollada por el autor, se relaciona directamente con la función que cumplen en la teoría de la argumentación jurídica racional. Por lo anterior, se hace necesario problematizarlos brevemente de forma individual.

1) De acuerdo con lo expuesto en la teoría que se estudia, en los conceptos genuinos de la dogmática, la propiedad relevante que los caracteriza, se refiere a que

⁶⁴⁵ Sin embargo, cabe rememorar brevemente el concepto de dogmática establecido por Alexy, sobre el que sostiene que *“es una serie de enunciados que se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, están entre sí en una relación de coherencia mutua, se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, tienen contenido normativo”*. Ver: Alexy, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 246.

tales dependen de normas, que establecen su contenido y que sin ellas, no dicen nada.⁶⁴⁶ De este modo, si se propugna la falta de claridad de tales conceptos, el problema teóricamente se resuelve, en función de que su contenido, está prefijado claramente en la norma, debido a que el legislador construyó de modo racional, el instrumento normativo y los conceptos que lo integran.

En cuanto a este enfoque, la idea de legislador racional constituye una ficción, que se sustenta en otra ficción, como la del principio de coherencia del sistema jurídico. Más allá de esta ficción, es frecuente y obvia la falta de claridad en los conceptos que integran las normas, y por ello, existen lagunas normativas, contradicciones, vaguedad semántica, ambigüedad semántica y sintáctica, tal como lo ha señalado con acierto Nino.⁶⁴⁷

El escenario señalado por Nino, da cuenta de la incerteza de este tipo de enunciados desde el punto de vista analítico. Sin embargo, resulta más adecuado apreciarlo no solo desde esa perspectiva, sino a la vez, como un estado de incertidumbre que es connatural al derecho y a todos los enunciados que parten de él.

Tal condición se produce como resultado de la interrelación sistémica de sus elementos, a partir de la que entre otros fenómenos de distorsión, tiene lugar el de distorsión semántica, que altera y modifica la significación y percepción de los enunciados de la dogmática, y con ello el los designados como genuinos. Todo lo anterior sitúa a la teoría en un profundo estado de crisis general, que la torna insuficiente para satisfacer la pretensión de corrección.

2) Sobre las definiciones de otros conceptos que integran las normas jurídicas, cabe al menos pensar, que existen en este caso mayores campos de incertidumbre. Esto, en tanto que no se reconocen directamente como enunciados dogmáticos porque semánticamente, no es posible determinarlos como tales. Por consiguiente, la determinación de la naturaleza de otros enunciados de la dogmática, depende de que su génesis o al menos su discusión, se produzca en el marco de una ciencia jurídica que

⁶⁴⁶ *Ibíd.*

⁶⁴⁷ Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, (México: UNAM, 1989), 106.

opere institucionalmente, cuyo sustento teórico parte de lo que Alexy designa como criterio pragmático de significado.⁶⁴⁸

Se crea con esto, un efecto de incertidumbre, en cierta medida similar al que caracteriza el caso anterior, digamos que por extensión. No obstante, se distingue porque en el proceso de su determinación, existen campos mayormente indefinidos para calificar su naturaleza, debido a que no posee identidad dogmática ex ante, y resulta necesario construirla.

De este modo, lograr que se consideren tales tipos de enunciados, como pertenecientes a la dogmática, tiene un mayor grado de dificultad, en tanto que no existen patrones de referencia claramente establecidos que sirvan para que se considerados como tales.

En este contexto, puede señalarse que el efecto de distorsión semántica de los enunciados de la dogmática designados por Alexy como *otros conceptos que aparecen en las normas jurídicas*, puede originarse en función de la degradación y/o error del contenido del enunciado, al momento en que se construye discursivamente, debido a que no existen patrones de referencia.

La distorsión que se indica, tiene influjo en la especificación de los significados que deben elucidarse en este tipo de enunciados, escenario que deja en entredicho la operatividad del principio de coherencia, cuyo cumplimiento es exigido por la teoría del discurso jurídico racional. En este estado de cosas, no cabe sino reconocer la insuficiencia justificativa de este tipo de enunciados, situación de la que deviene la crisis de los constructos y reglas que articulan la teoría y la sitúan en un notorio estado de crisis.

3) Sobre los problemas de identificación dogmática de los enunciados que expresan una norma no extraída de la ley, tal como el autor lo indica, este escenario resulta más complejo frente a los otros casos. Si bien en este marco se recurre a mecanismos de distinto tipo, como el de demarcación pragmática recurrentemente

⁶⁴⁸ Alexy, “teoría de la Argumentación jurídica”, 248.

utilizado por el autor y se formulan criterios que son admitidos por los científicos del Derecho, como fundamentos para su demarcación.⁶⁴⁹

En este contexto, el autor ha hecho referencia a los siguientes criterios de demarcación: **1)** El negativo que establece, que el enunciado que pretende demarcarse como dogmático, no puede contradecir a normas vigentes, **2)** Un criterio positivo que señala que pueden aducirse, a favor de este enunciado, argumentos de otras normas o enunciados que ya ha sido reconocidos como dogmáticos, o, **3)** Otro criterio de tipo positivo adicional establece que el enunciado de referencia, se pueda formular en lenguaje técnico-jurídico. Sin embargo, la dificultad no resulta zanjada, porque aun con este instrumental, la aceptación de un enunciado como dogmático, dependerá en última instancia de los científicos del Derecho.

Por su parte, desde una óptica sistémica, si se pretende aplicar el primer criterio, es decir el negativo, la percepción sobre el contenido de una norma vigente, puede resultar distorsionado y/o errónea, debido a que estos efectos son inmanentes en la relación cognitiva. Esta situación afecta directamente a la cualificación del enunciado dentro del proceso de demarcación, en el que se establece si aquel resulta opuesto o no a la norma vigente.

En cuanto al primer criterio positivo, el contenido de enunciados que integran una norma reconocida como válida, también puede sufrir distorsión y/o error, generándose con ello alteración en la percepción que guía la demarcación del enunciado enjuiciado, lo cual reduce la capacidad de demarcación de este criterio.

Finalmente, en cuanto a la aplicación del segundo criterio positivo, cuya base radica en que el enunciado de referencia pueda formularse en lenguaje técnico-jurídico, también puede resultar afectado por la distorsión y/o error de percepción con respecto a su contenido, en virtud del que debe distinguirse su capacidad para formularse en lenguaje técnico-jurídico.

De este modo, estos errores de percepción desvanecen la capacidad operativa de los criterios de demarcación desarrollados por R. Alexy, para establecer la naturaleza dogmática de esta clase de enunciados.

⁶⁴⁹ Ver Alexy, “teoría de la Argumentación jurídica”, 249.

4) Las descripciones y caracterizaciones de estados de cosas, que dependen de una o varias normas respecto a su producción, vigencia, extinción o precedencia, frente a otros estados de cosas.⁶⁵⁰ La dificultad a la que se enfrentan este tipo de enunciados, se debe a que en muchos casos, la descripción o caracterización de tales estados de cosas constituyen generalmente una gestión problemática. Esto en tanto, que los conceptos que integran las normas de las que dependen, se caracterizan por su ambigüedad, o vaguedad semántica y sintáctica, creándose con esta situación, un estado de profusión e incertidumbre sobre ellos.

Por su parte, la intergeneratividad sistémica, genera un estado difuso del contenido de una o varias normas a partir de las que surgen, tienen vigencia, se extinguen o preceden, las descripciones o caracterizaciones de estados de cosas. De este modo la naturaleza difusa de referencia, produce resultados difusos de contenido, el mismo que articula las definiciones y caracterizaciones de estados de cosas. Esta condición manifiesta el estado entrópico que se superpone al principio de coherencia, al que deben ajustarse todos los enunciados normativos de acuerdo con la teoría del discurso jurídico racional, incluyendo el dogmático comentado en este numeral.

5) Las formulaciones de principio, se definen como enunciados normativos que se caracterizan por su alto grado de generalidad, cuya aplicación requiere del empleo de premisas normativas adicionales, y que por lo general, se restringen debido a que colisionan con otros principios.⁶⁵¹ Con respecto a esto Robert Alexy, sugiere además que pueden verse como estados de cosas, sobre los que tales tienen vigencia.

El problema que se desprende de la aplicación de principios, se halla en el recurso indispensable a premisas adicionales cuya formulación está expuesta a los efectos de la entropía, en la que los permanentes estados de incertidumbre, afectan a la percepción de los fenómenos y puede ocasionar error en la formación de las premisas adicionales, lo que finalmente altera a la coherencia de la aplicación de principios.

⁶⁵⁰ Alexy "Teoría de la Argumentación Jurídica", 249.

⁶⁵¹ De acuerdo con el planteamiento Robert Alexy, se definen como enunciados normativos, que se caracterizan por su alto grado de generalidad, cuya aplicación requiere del empleo de premisas normativas adicionales, y que por lo general, se restringen debido a que colisionan con otros principios. Ver Robert Alexy, "teoría de la Argumentación jurídica", *Ibíd.*

6.2. El uso de los enunciados dogmáticos

El estudio del uso de los enunciados dogmáticos, emprendido en la teoría del discurso jurídico racional se desarrolla, en base a una superposición de la dimensión descriptiva sobre una de tipo praxeológica.⁶⁵² Esto, en tanto que en el apartado que trata el tema, únicamente define y distingue la fundamentación dogmática pura de la impura.⁶⁵³

Acto seguido, el uso justificatorio, y no justificatorio⁶⁵⁴ de este tipo de argumentos; además hacer referencia a algunas precisiones generales sobre tales definiciones. En este contexto, dicho estudio, no aporta ninguna fórmula práctica o precisión metodológica, que enlace, la dimensión teórica con la práctica a fin de viabilizar en los procesos discursivos reales, el uso de este tipo de enunciados.

Dado que se elude el estudio del uso de los argumentos dogmáticos, en el marco de un ejercicio discursivo real, dentro del que con frecuencia, existe conexión con argumentos de tipo práctico general, es necesario reflexionar brevemente sobre tal relación.

Para tratar tal cuestión basta con aproximarse al uso de los argumentos dogmáticos impuros, cuyo empleo implica recurrir a argumentos de tipo práctico general, y por ello implica asimilación de las debilidades de las reglas del discurso práctico. Estas debilidades se manifiestan en la idea de que frecuentemente, no producen ningún resultado, o que en el caso de producirlo, dicho resultado no provee de seguridad definitiva.⁶⁵⁵

De lo anterior se sigue entonces, que debido al origen de los argumentos dogmáticos impuros, se generan espacios de inseguridad, que no pueden ser resueltos

⁶⁵² El término praxeología, hace referencia a la praxis, lo que implica la integración de la teoría y la práctica, es decir, del pensamiento y la acción. Ver: Jay D. White, *Tomar en serio el lenguaje. Los fundamentos narrativos de la investigación en administración pública* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2013), 52.

⁶⁵³ Se distinguen porque en el primer caso, el enunciado que debe fundamentarse, se sigue de enunciados empíricos o de normas jurídico-técnicas. En el segundo caso, el enunciado se compone además de argumentos de tipo práctico general. Ver: Alexy, "Teoría de la Argumentación Jurídica", 250.

⁶⁵⁴ R. Alexy indica que el uso no justificatorio, tiene lugar cuando tal no requiere ser fundamentado. El uso justificatorio supone el empleo en una fundamentación y paralelamente, para fundamentar otros argumentos. Con respecto a la segunda definición expuesta por el autor, se puede ver que contiene una tautología. *Ibíd.*

⁶⁵⁵ *Ibíd.* 201.

con el uso de tal tipo de argumentos. La consecuencia directa de dicha inseguridad, se refiere a que se afecta con su empleo, la racionalidad del resultado y consiguientemente la pretensión de corrección.

Al mismo tiempo, la inseguridad —o más ampliamente, la *incertidumbre sistémica*— inherente a los argumentos dogmáticos impuros, pone en crisis a la teoría, debido a que con su aplicación se produce como consecuencia, el retorno a la argumentación práctica general cuya cualidad definitoria según Alexy, implica la producción de resultados contingentes. Cabe resaltar que este tipo de resultados es propio de la entropía sistémica, terreno vedado dentro del marco de la estructura sistemática del discurso jurídico racional.

6.3. La fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos

Si se considera que los enunciados dogmáticos en algún momento se agotan y por tanto, su fundamentación y comprobación,⁶⁵⁶ se basa en el empleo de enunciados de tipo práctico general, de manera que resulta adecuado considerar el efecto de incertidumbre que se produce en como producto de tal relación.

Así, el efecto mencionado se genera, entre otros aspectos sobre la base de la inestabilidad del lenguaje, la cual compromete tales operaciones, aun teniendo en cuenta que por la naturaleza de los enunciados dogmáticos, resulta posible de comprobarlos sistemáticamente.

En consecuencia, la incertidumbre, se traslada a sede conceptual-normativa, con respecto la comprobación sistemática en sentido estricto,⁶⁵⁷ y al resultado del discurso práctico general, con respecto a la comprobación en sentido amplio.⁶⁵⁸

⁶⁵⁶ R. Alexy indica que el primer caso, se efectúa cuando un enunciado se deriva de otros enunciados. En el segundo caso, se enjuicia la aceptación de enunciados que derivan de otro, individual o conjuntamente con otros enunciados. Ver: Alexy “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 251.

⁶⁵⁷ Tal tipo de comprobación sistemática, supone el análisis de las relaciones lógicas entre el enunciado a comprobar, con los otros enunciados dogmáticos y las normas jurídicas vigentes. Ver: Alexy, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 252.

⁶⁵⁸ La comprobación sistemática en sentido amplio, tiene lugar cuando de acuerdo con las reglas de la razón práctica general, se verifica si con el empleo de los enunciados dogmáticos que son objeto de enjuiciamiento, es posible justificar un proceso de fundamentación, o justificar enunciados normativos singulares, con otros de este tipo, que deben fundamentarse, desde todos los otros enunciados dogmáticos y formulaciones de normas jurídicas. Ver: Alexy, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, *Ibid.*

Con relación a lo anterior, la incertidumbre en la comprobación en sentido estricto, se debe a que si no existe precisión conceptual, no es posible verificar la relación lógica entre enunciados de la dogmática enjuiciados, con otros del mismo tipo y las formulaciones de las normas jurídicas vigentes.

Es preciso entonces, considerar por una parte, que los enunciados dogmáticos se caracterizan por su indeterminación, relatividad o al menos polisemia y por otra, que los conceptos contenidos en las normas vigentes, con las que se debe verificar su relación lógica, se caracterizan en muchos casos, por las mismas propiedades de los enunciados dogmáticos. Lo anterior se traduce en la denominada *textura abierta hartiana*, que caracteriza al lenguaje del derecho, lo que impide clarificar de este modo, la relación lógica con unos y otros.

Con respecto a la comprobación en sentido amplio, la incertidumbre se genera en base a que el recurso a las reglas argumentación práctica general, no produce resultados, o aquellos son inseguros. De este modo, la verificación de la fundamentabilidad de otros juicios, mediante los enunciados dogmáticos en cuestión, por consiguiente, no producen resultados, o tales son inseguros. Este efecto se ocasiona de modo similar, con relación a la justificación de enunciados normativos singulares, que se sustentan sobre otros del mismo tipo, apoyados en todos los demás de tipo dogmático y las formulaciones de las reglas vigentes.

Las dos cuestiones que se puntualizaron, pretenden generar reflexión sobre las dificultades que se producen, al momento de emplear los enunciados dogmáticos, íntimamente relacionados a la razón práctica de tipo general. Esto en tanto que tal tipo de argumentación constituye el núcleo, no únicamente de esta clase de enunciados, sino de toda la teoría del discurso jurídico racional.

6.4. Las funciones de la dogmática

Dentro de la teoría que se estudia, se han distinguido seis funciones relevantes de la dogmática, las mismas que serán apreciadas individualmente. Tales funciones son:1)

de estabilización, 2) de progreso, 3) de descarga, 4) técnica, 5) de control, y 6) heurística.⁶⁵⁹

1) Como se apuntó; la función de estabilización supone la producción de determinadas soluciones prácticas, en función de los enunciados dogmáticos, cuya forma permanecerá vigente durante periodos considerables. De este modo, tal permanencia genera estabilidad en las decisiones y a la vez, cumplimiento y adhesión a los principios de universalidad y justicia.⁶⁶⁰

En este contexto, una aproximación a una función de estabilización, concretamente mediante la producción jurisprudencial, es patente en el proyecto teórico de Françoise Ost.⁶⁶¹ Esto en tanto que considera, que en sede jurisprudencial, tal producción es de naturaleza estable y homogénea. Esta característica surge a partir de la idea de que los jueces, se adhieren a una cierta forma de regla de juego implícita, que conduce de modo determinante la reconstrucción de los textos jurídicos, la cual se sustenta en la ficción del legislador racional.⁶⁶² De lo anterior se sigue, que si la producción es estable y homogénea, el resultado tiene las mismas condiciones y de esta forma, la jurisprudencia cumple con la función de estabilización.

Frente a ello cabe advertir, que si bien tal función de la dogmática, puede constituir un aporte, esta no necesariamente es la única posibilidad. Ello en tanto que, además de las limitaciones señaladas por Alexy, desde la óptica de la posibilidad discursiva,⁶⁶³ también hay lugar para observaciones de otro tipo.

Una de ellas se refiere a que la auto-regulación del sistema jurídico, no podrá responder a la exigencia de que aquel sea en el futuro totalmente estructurado, o al menos estructurable, de acuerdo con una planificación propiamente jurídica.⁶⁶⁴ De esta imposibilidad, deviene como resultado la imprecisión, porosidad, o arbitrariedad, en el

⁶⁵⁹ *Ibíd.* 255.

⁶⁶⁰ *Ibíd.*

⁶⁶¹ François Ost y Michel Van de Kerchove, *Elementos para una teoría crítica del derecho* (Bogotá: Editorial Unibiblos, 2001), 240

⁶⁶² *Ibíd.*

⁶⁶³ *Ibíd.* 202.

⁶⁶⁴ Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y Dogmática Jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983), 23.

empleo de los conceptos,⁶⁶⁵ que trae consigo, una falta de rigurosidad de la dogmática jurídica.⁶⁶⁶

La función de estabilización propugnada por Alexy, es compatible con la de Niklas Luhmann, último que sostiene que la estabilización constituye la función fundamental de la dogmática,⁶⁶⁷ pese a reconocer en cierta medida su falta rigurosidad por factores que no son controlables por aquella. Sobre lo anterior cabe preguntarse, en qué medida se puede llevar a cabo la estabilización del sistema jurídico por intermedio de la dogmática, si su estructura interna se caracteriza por la porosidad e imprecisión conceptual. Acaso tal rasgo característico, —*al menos*— no reduce el alcance de la redundancia,⁶⁶⁸ con la que según Luhmann, se consigue la estabilización del sistema jurídico.

Por otra parte, bajo la idea de sistema abierto, la estabilización del sistema por medio de la dogmática, se ve inhabilitada debido a la degradación y/o error comunicativo-sistémico de la información que se transfiere.

En el caso del discurso jurídico racional, la degradación del contenido de los enunciados de la dogmática, afecta al principio de no contradicción, en tanto que la información formulada en dentro de los esquemas de la ciencia jurídica formalizada, puede distorsionarse —*o de hecho*— se distorsiona comunicativamente, en el desarrollo de los juicios monológicos y dialógicos llevados en los procesos de argumentación inherentes al discurso.

En cuanto a la redundancia sistémica luhmanniana, por efecto de la de la transferencia degradada de los contenidos de los enunciados de la dogmática, a través de los que se pretende generar funcionalmente la clausura sistémica.

2) Teóricamente, la función de progreso supone que la dogmática por su naturaleza institucional, permite llevar a cabo en mayor medida, comprobaciones y

⁶⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁶⁷ Pilar Giménez Alcover, *El Derecho en la teoría de la sociedad de Luhmann* (Barcelona: Bosh Editores, 1993), 325.

⁶⁶⁸ De acuerdo con lo expuesto por la autora, el concepto de redundancia de Luhmann, se entiende como la reducción del efecto sorpresa de las operaciones externas al sistema. Así, sobre la redundancia en el plano del derecho, el autor responde con la de argumentaciones, que bajo una perspectiva funcional, no tienen una función tautológica, sino de unificar o dotar de relación a una pluralidad de decisiones o casos. *Ibíd.*326.

distinciones de los enunciados dogmáticos, de las que se obtienen en discusiones puntuales. Ello se debe a la ampliación de los marcos objetuales, temporales y personales, que tienen lugar sobre la base de la dogmática.⁶⁶⁹ En este sentido, se habla de que entre sus facultades se encuentra la de consagrar espacios de apertura y evolución del derecho.⁶⁷⁰

En relación con lo anterior, Karl Larenz con el fin de justificar la función de progreso que caracteriza a la dogmática, sostiene que través de ella, se pudo dotar de contenido la idea de “Estado de Derecho” que conocemos actualmente.⁶⁷¹

Entre otros aspectos, cabe considerar que la ampliación de marcos objetuales, temporales y personales que se amplifican por medio de la dogmática institucionalizada, no necesariamente implican evolución, sino complejización sistémica. Dicho estado de cosas, se produce por efecto de la multiplicidad de referencias normativas de sus enunciados, los cuales se perciben dentro de las múltiples dimensiones que integran cada uno de los marcos objetuales temporales y personales a los que apertura la dogmática.

Esta multidimensionalidad, guía el proceso cognitivo a un estado entrópico (desorden) más que neguentrópico (orden), debido a la relatividad de lo que se puede conocer (contenidos normativos percibidos de la dogmática) ya que ella por sí misma, puede ser entendida como sistema abierto, que integra el sistema abierto del Derecho, sin perder su identidad.

En estas condiciones, no es posible afirmar que con la dogmática, pueda cumplirse un curso unilineal dirigido a conseguir exclusivamente un estado de progreso, sino también y en mayor grado, un estado de complejización sistémica.

Por otra par parte, retomando observaciones de cuño convencional, el esquema de Alexy en muchos pasajes de su teoría, se sustenta en las ideas de Joseph Esser. Así,

⁶⁶⁹ Robert Alexy, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 257.

⁶⁷⁰ Alberto Calsamiglia, *Introducción a la Ciencia Jurídica* (Barcelona: Editorial Ariel, 1990), 145.

⁶⁷¹ Karl Larenz, “Metodología de la Ciencia del Derecho”, 234.

la tesis de la función de progreso de la dogmática sostenida en la teoría del discurso jurídico racional, constituye una reproducción de la función de progreso de J. Esser.⁶⁷²

Frente a este planteamiento que en cierta medida resulta aceptable, cabe considerar, que la ampliación de los marcos de reflexión del derecho, no únicamente traen consigo certeza, estabilidad y soluciones racionales. Es por ello que la teoría estudiada, inadvierte que escenarios como el de profusión conceptual, que en muchos casos, limita el alcance de la dogmática y el cumplimiento de los objetivos de la función de progreso.

Además es preciso considerar la tensión existente entre cuatro elementos de la interpretación jurídica.⁶⁷³ Por una parte el de autoridad y continuidad, que conducen a una perspectiva conservadora de la interpretación. Por otra, la idea de equidad y el desarrollo del derecho, que propugnan una perspectiva innovadora de la interpretación. Estos elementos, por integrar la interpretación, gobiernan las decisiones judiciales,⁶⁷⁴ pero además se crean tensiones que sitúan a la interpretación en una esfera de incertidumbre.

De este modo la incertidumbre señalada, conduce según Joseph Raz a las siguientes preguntas: ¿Es posible considerar al derecho una guía estable, si está sujeto a interpretación innovadora? y ¿Cómo puede establecerse la certeza de lo que el derecho es, si existe una pluralidad de razones válidas? Con acierto el autor mencionado, sostiene que esta tensión no puede ser zanjada, en tanto que dicho conflicto, surge de la pluralidad de funciones que cumplen el derecho y los tribunales, los cuales aún, dentro de un marco ideal, no pueden cumplir tales gestiones, de manera ideal.⁶⁷⁵

3) La función de descarga, supone la aplicación de enunciados dogmáticos de modo automático, en tanto que se han comprobado y aceptado de forma provisional. Tal

⁶⁷² Joseph Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial* (Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1961) 311.

⁶⁷³ Joseph Raz, "Por qué interpretar". En Rodolfo Vásquez, comp., *Interpretación jurídica y decisión judicial* (México: Fontanamara, 2006), 54.

⁶⁷⁴ *Ibíd.* 56.

⁶⁷⁵ *Ibíd.*

dinámica, presupone el cumplimiento de precondiciones como la de precisión, y entre otras, la generalización de su aceptación como enunciados dogmáticos.⁶⁷⁶

Más allá de lo señalado, resulta apropiado aproximarse a la cuestión de si la dogmática en la realidad, consigue cumplir con su pretensión de producir un orden jurídico, coherente, unívoco,⁶⁷⁷ cuya consecuencia subyacente entre otras, sería la de cumplir de modo eficaz la función de descarga.

La idea de que la dogmática, consigue algo así como la purificación técnica, la precisión o la coherencia del orden constitucional, se enfrenta a distintas observaciones. Una de ellas sugiere que dicha pretensión constituye una ficción, en tanto que el instrumental metodológico con el que se intenta reformular “milagrosamente” el sistema jurídico⁶⁷⁸ sin incorporar nuevas normas, resulta cuando menos, artificioso,⁶⁷⁹ en tanto que con su uso, se encubren recursos valorativos.⁶⁸⁰

Por otra parte, un marco en el que queda en entredicho la función mencionada, corresponde a su contraparte, es decir, a la de carga de la dogmática señalada por Luhmann. Tal función supone que con la elaboración conceptual del derecho, se amplía la posibilidad de hacer más difícil la decisión.⁶⁸¹ Sobre lo último, Robert Alexy sostiene que esto es solo un aspecto y que existen conceptos jurídicos relevantes, lo suficientemente precisos y reconocidos, que sirven para facilitar el curso de una decisión.

No obstante, desde hace más de cinco décadas, se ha advertido de un exceso de importancia que atribuye la jurisprudencia, a la formación y formulación de conceptos para la creación del derecho, lo cual hace mella, a cuestiones de tipo práctico.⁶⁸² En comunicación con el planteamiento anterior, un enfoque realista-sociológico, sugiere que la jurisprudencia racional, deberá ser comprendida en el marco de una disciplina socio-tecnológica.⁶⁸³

⁶⁷⁶ *Ibíd.*

⁶⁷⁷ Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional* (Argentina: Astrea, 2013), 101.

⁶⁷⁸ *Ibíd.*

⁶⁷⁹ *Ibíd.*

⁶⁸⁰ *Ibíd.*

⁶⁸¹ Luhmann, “Sistema jurídico y dogmática jurídica.”, 41.

⁶⁸² Philipp Heck, *El problema de la creación del derecho* (Barcelona: Ariel 1961), 57.

⁶⁸³ Hans Albert, *La ciencia del derecho como ciencia real* (México D.F.: Fontanamara, 2007), 96.

Esto implica que la creación normativa, debe constituir un medio para satisfacer ciertos fines del interés de la comunidad,⁶⁸⁴ basados en su dimensión sociológica y por ello de la realidad de las cuestiones que tienen lugar en la sociedad.

Por otra parte, R. Alexy se adhiere a la tesis que reconoce la capacidad de la dogmática para lograr la claridad y consistencia conceptual, en base al análisis y combinación de los conceptos, entre otras fórmulas, con la técnica denominada de “inducción jurídica”. No obstante, se objeta este planteamiento debido a que la supuesta claridad conceptual no es más que el resultado de una serie de prescripciones interpretativas⁶⁸⁵ y preferencias axiológicas, que dan vida a una ficción y ello, no implica la existencia de claridad conceptual.

Desde una perspectiva sistémico-abierta, las variables que sustentan la función de descarga, como son la uniformidad, sencillez o precisión conceptual planteadas por Alexy, resultan al menos reducidas. Esto en tanto que la ontología sistémico-abierta del Derecho, produce en la perspectiva del observador (científico del derecho), un espectro de percepción difusa en las dimensiones sistémicas que pueden percibirse. Este escenario, se traslada al contenido de las nociones y conceptos de la dogmática que sirven para la interpretación, argumentación y aplicación en las decisiones judiciales.

En este contexto, el contenido de origen dogmático, a su vez al ser transmitido y aprehendido por múltiples agentes y comunidades jurídicas, sufre un nuevo proceso de degradación y/o mutación difícilmente superable. Todo ello implica que la uniformidad, sencillez o precisión conceptual, no puede conseguirse tan llanamente como lo sugiere Alexy, de modo que este escenario entrópico, deja en entredicho la función de descarga de la dogmática sostenida por el autor.

Pero además, esta problemática afecta a toda la estructura teórica del discurso jurídico racional, ya que dentro de sus reglas, se encuentra el uso de los enunciados de la dogmática, que en el escenario expuesto, resultan como mínimo, insuficientes para satisfacer la pretensión de corrección, situación que pone en crisis a la teoría.

4) La función técnica de la dogmática, indica el autor, se relaciona con su función informativa. Así, desde esta perspectiva, una cualidad relevante de la

⁶⁸⁴ Sobre el concepto de tecnológico, ver: *Ibíd.*, 49,50.

⁶⁸⁵ Nino, “Fundamentos de derecho constitucional”, 101.

dogmática, corresponde a la capacidad de transmisión de conocimientos de la materia jurídica y por ende, de su aprendizaje y enseñanza.⁶⁸⁶ Esta orientación, ofrece una imagen de la dogmática, que al igual que las anteriores funciones, se reconoce aquí de modo parcial y variable.

En contraste con lo anterior, también cabe aproximarse a tal función, desde un punto de vista que advierte del desarrollo de la dogmática, sobre la base de un esencialismo platónico, el cual presupone la existencia de una realidad que trasciende a la experiencia y establece de modo preciso, el significado de las expresiones del lenguaje.⁶⁸⁷ Así, frecuentemente la función técnica de la dogmática, se adscribe de modo estricto a esta gestión, sin considerar el influjo del lenguaje y su inestabilidad.

Por otra parte, esta función pedagógica puede desnaturalizarse, en tanto que se interiorizan criterios por parte de los receptores de sus planteamientos de forma irreflexiva y mecánica, de modo que tal función, deviene en una gestión de monopolio e imposición teórica, según la identidad predominante en la ciencia jurídica y las construcciones de tipo dogmático que no necesariamente es correcta en muchos casos.

Frente a las observaciones anteriores, el mayor problema al que se enfrenta la función técnica, se refiere a la incertidumbre sistémica que se produce como resultado del riesgo de degradación del mensaje que se transfiere comunicativamente. De ahí que en el caso de la dogmática, el contenido de sus enunciados, puede resultar degradado o mutado, por efecto de su transferencia en el marco de la relación emisor/receptor (científico del derecho/operador jurídico).

Esta situación implica que al contenido de la información transferida, se le puede saturar o suprimir contingentemente, de una multiplicidad de condiciones y propiedades, cuyo influjo, no necesariamente suponen la capacidad de proveer alternativas técnicas para la solución de casos o de transferencia de conocimiento. Vista esta función en otro sentido, puede amplificar la problemática de las cuestiones que con ella, se pretenden elucidar y/o conocer, precisamente por la degradación de la información que la dogmática proporciona y que se transfiere de modo distorsionado comunicativamente.

⁶⁸⁶ Alexy, "Teoría de la Argumentación Jurídica", 259.

⁶⁸⁷ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (Barcelona: Ariel, 2001), 336.

5) La función de control considera notoriamente relevante en la teoría del discurso jurídico racional. Esto es así debido a que al recurrir a la dogmática, se producen decisiones en función de casos ya decididos o a criterios de orientación de tipo hipotético. De este modo, se cumplen los principios de universalidad y justicia formal.⁶⁸⁸ En relación con lo señalado, la función de control presupone la posibilidad de armonización de los conceptos.

De acuerdo con este curso de ideas, Gustavo Zagrebelsky sostiene que la dogmática debe entenderse como el líquido en cuyo lecho, los conceptos mantienen su individualidad y coexisten de modo oscilatorio y no destructivo.⁶⁸⁹ Tal planteamiento, halla sobre las base de esta metáfora, la superación de lo que el autor ha denominado, inestabilidad de las relaciones entre los conceptos.⁶⁹⁰

Dicho efecto tiene lugar, precisamente por la fluidez que debe caracterizar a la dogmática según el autor. Sin embargo, frente a la fórmula alexiana compartida por G. Zagrebelsky, también cabe considerar que la función de control, puede ser controvertida.

Es así que Riccardo Guastini, pone en entredicho tal función, puesto que actualmente, tanto en los tribunales constitucionales alemán e italiano,⁶⁹¹ y por lo general en los europeos (y a escala mundial), con frecuencia las decisiones se resuelven a la luz del caso concreto, con la aplicación de la ponderación de principios.

En dicha operación, prima un principio exclusivamente para tal caso, el cual sirve de base, para llevar a cabo el proceso interpretativo y argumentativo, en función del que se sustentará la decisión.⁶⁹² De este modo, pueden coexistir legítimamente y paralelamente, decisiones radicalmente contrapuestas. En este estado de cosas, cabe interrogarse sobre la fluidez la dogmática que preconiza G. Zagrebelsky, considerando que si coexisten decisiones con resultados diferentes al mismo tiempo, existe una amplia posibilidad, de que tales decisiones contengan conceptos contradictorios respecto a otras.

⁶⁸⁸ Robert Alexy, "Teoría de la Argumentación Jurídica", 260.

⁶⁸⁹ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid: Editorial Trotta, 1995), 17.

⁶⁹⁰ *Ibíd.*

⁶⁹¹ Paolo Comanducci, *Hacia una teoría analítica del Derecho* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010), 112.

⁶⁹² *Ibíd.*

No obstante, este escenario no es el único en el que tiene lugar la incertidumbre, en tanto que la comprobación en sentido amplio, implica el recurso a argumentaciones de tipo práctico general, cuya influencia no produce resultados seguros. En este sentido, si no existe certeza, no es posible intensificar el grado de eficacia del principio de universalidad y consecuentemente, cumplir con el principio de justicia formal.

6) La función heurística en el discurso jurídico racional, supone la consideración de diversos planteamientos y fórmulas de solución, que no podría preverse, sin la contribución de un sistema dogmático.⁶⁹³ Esta función además, supone un auxilio práctico de tipo normativo, pues con la interpretación que tiene lugar en sede de los estudios dogmáticos, se producen modificaciones en el derecho.⁶⁹⁴

Así, dentro de un marco heurístico, tiene lugar el recurso a la ciencia descriptiva social.⁶⁹⁵ En este sentido, se habla de un nexo externo, existe entre estas dos disciplinas, el cual se puede evidenciar, cuando se efectúa argumentación consecuencialista.⁶⁹⁶ En una línea aproximada a la anterior, se sostiene que para conseguir una salida a la crisis del pensamiento jurídico contemporáneo, debe concurrir una mayor cooperación entre la teoría del derecho y la teoría de la sociedad.⁶⁹⁷

Esta breve referencia a teorías sociológico-racionalistas, sugiere que una función heurística de la dogmática, debe de forma decisiva considerar los fenómenos de la sociedad y producir efectos sobre ella en la praxis.

Por su parte, la función heurística que se esboza en el discurso jurídico racional, si bien propugna tal función, dentro de un marco de control racional, no se establecen ni de modo general, los elementos que integran el instrumental teórico y metodológico que sustente tal posición.

Esta consideración implícitamente podría significar el auxilio del discurso práctico general, el cual ha sido recurrentemente calificado por el autor, como inseguro

⁶⁹³ *Ibíd.*

⁶⁹⁴ Guillermo Lariguet, *Dogmática jurídica y aplicación de normas* (Argentina: Alveroni Ediciones, 2006), 241.

⁶⁹⁵ Kaarlo Tuori, *Positivismos crítico y derecho moderno* (México D.F.: Fontanamara, 2005), 18.

⁶⁹⁶ *Ibíd.*

⁶⁹⁷ Werner Krawietz, *El concepto sociológico del derecho y otros ensayos* (México D.F.: Fontanamara, 2001), 89.

e inclusive improductivo y que de hecho, lo llevo a pensar en la tesis del caso especial para resolver tales vacíos.

Desde una perspectiva sistémico-abierta, las cuestiones cuya solución —*según Alexy*— parten de la función heurística de la dogmática, pueden proyectarse hacia una dirección distinta. En este sentido, si consideramos que una formulación de la dogmática, es un enunciado o un grupo de enunciados, que sirven para resolver una cuestión que argumentos de otra naturaleza no pueden hacerlo, aquel o aquellos enunciados, constituyen una forma de organización cognitiva.⁶⁹⁸

Dicha organización busca adecuarse a esa organización fenoménica,⁶⁹⁹ que en el presente caso, corresponde a aquellos modelos de solución, a múltiples puntos de vista, etc., que provee la dogmática, de acuerdo con lo indicado por Alexy.⁷⁰⁰

En este orden de ideas, debe considerarse que aquel enunciado o grupo de enunciados de la dogmática, no constituye un *reflejo* de la organización fenoménica, sino su *simulación*.⁷⁰¹ En virtud de lo anterior, la capacidad para dar soluciones heurísticamente, por medio del uso de los enunciados de la dogmática, es relativa y/o parcial. Esto se explica debido que se trata de una mera simulación, la cual por su naturaleza, no tiene la capacidad de reconocer exhaustivamente esa organización fenoménica a la que recurre (modelos de solución, múltiples puntos de vista de la dogmática).

En consecuencia, la función heurística, al igual que las demás funciones y usos de la dogmática, no se hallan en capacidad de proveer soluciones —*al menos*— en la medida que requiere la teoría del discurso jurídico racional. Pero además esta naturaleza “simulativa”, es inherente a cada una de las formas y reglas que integran la estructura sistemática del discurso jurídico racional. De este modo, se anula su capacidad para satisfacer la pretensión de corrección y paralelamente, sitúa a la teoría, en un estado de profunda e irresoluble crisis.

⁶⁹⁸ Morin, “El método III”, 238.

⁶⁹⁹ *Ibíd.*

⁷⁰⁰ Alexy, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 260.

⁷⁰¹ Edgar Morin, sostiene que una simulación, es una representación mental la cual implica una reconstitución, concreta/singular de algo y en tal medida, existe en su interior, una resonancia entre el conocimiento, el cognoscente y lo cognoscible. Ver más: Morin, “El método III”, 238.

6.5. Argumentación dogmática y argumentación práctica general

En la teoría examinada, la dogmática se concibe como un elemento instrumental, dado que sus resultados, son requeridos por la razón práctica, lo cual la cualifica como un presupuesto racional.⁷⁰² Tal condición se consigue —a decir del autor— en la medida en que los argumentos dogmáticos, se correlacionan con la argumentación práctica general, al momento en que se utilizan para sustentar una fundamentación. De esta forma, por una parte, tienen un valor esencial en el interior de la teoría del discurso jurídico racional y por otra, constituyen una exigencia fundamental del discurso práctico general.⁷⁰³

Como se pudo observar en líneas anteriores, la dogmática tiene una importancia esencial que surge, entre otras causas, de su relación con la argumentación de tipo práctico general. En este contexto, el análisis individual sobre cada uno de los aspectos de la dogmática, se suscribió a un presupuesto epistemológico que presupone que la dogmática, mediante el empleo de la argumentación práctica general, está en capacidad de disolver cualquier fenómeno afecte a la coherencia del sistema jurídico.

No obstante, en la misma teoría se ha destacado categóricamente y recurrentemente, las limitaciones de la argumentación de tipo práctico general, las cuales según Alexy, motivan la necesidad del discurso jurídico.⁷⁰⁴ En este sentido dichas debilidades, son connaturales al discurso jurídico racional, que depende de la argumentación práctica general, al igual que la dogmática.

Sobre la base de lo anterior, desde el enfoque de esta investigación, en cuanto a lo que en la teoría del discurso jurídico racional se califica como inseguridad, la cual que deviene del uso de los enunciados de tipo general, tiene la misma dimensión en los demás enunciados de cualquier tipo empleado en la dogmática y en general, en el discurso jurídico racional.

Esta idea parte del campo de incertidumbre que se desentraña por sí mismo en el interior del sistema coherente y racional que presupone el paradigma del discurso

⁷⁰² *Ibíd.* 261.

⁷⁰³ *Ibíd.*

⁷⁰⁴ Concretamente el autor señala que son: la falta de resultados que deviene de la aplicación de sus reglas, y la inseguridad en el caso de conseguir resultados. Ver. Alexy, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 273.

jurídico racional. Es así porque en su interior, se despliega un sistema abierto, el cual superpone espacios de entropía (desorden), a los de coherencia y orden (neguentropía), que al mismo tiempo, por identidad, incide de forma determinante en el entramado de cuestiones que corresponden a la dogmática jurídica.

La explicación de la existencia de dimensiones de incertidumbre tiene lugar debido a la posibilidad de degradación o deformación de la información que se produce en los procesos comunicativos.⁷⁰⁵ Tal fenómeno surge, debido a que la información que se transmite dialógicamente en los procesos de comunicación y por ello, en los procesos argumentativo-discursivos de tipo práctico, altamente proclives al error, degradación o distorsión, en función de las transferencias intersubjetivas que tienen lugar con su ejecución. En este sentido tales condiciones afectan tanto a los enunciados y argumentos de tipo práctico general, como a los otros tipos de argumentos posibles dentro de la teoría de discurso jurídico.

Cabe resaltar además, que mientras mayor es la transferencia intersubjetiva de información dentro del discurso, mayor resulta la posibilidad de degradación del contenido de la información⁷⁰⁶ que contienen los argumentos dentro del proceso dialógico-discursivo. De este modo, la alteración de la información afecta interna y directamente, al resultado del proceso discursivo.

Así las cosas, la alteración a la que se encuentra imbuido el proceso comunicativo-discursivo, en el que se degradan, confunden o se produce errores, sobre la fuerza *ilocucionaria* de los actos de habla propuesta J. L. Austin⁷⁰⁷ y con ello, en las *expresiones realizativas*.⁷⁰⁸

Al tiempo, sufren el mismo efecto, los *actos de habla regulativos* de J. Habermas, elementales para la acción regida por normas⁷⁰⁹ y los denominados *actos institucionales* de J. Searle.⁷¹⁰ Todos aquellos, presupuestos lingüísticos, que sirven de

⁷⁰⁵ Ver. Edgar Morin “El Método III”, 241.

⁷⁰⁶ *Ibíd.*

⁷⁰⁷ Jhon L. Austin, *Como hacer cosas con palabras* (Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1982), 160.

⁷⁰⁸ Austin ha definido a la expresiones realizativas (performativas) como aquellas que constituyen expresiones para hacer algo o al hacer algo. *Ibíd.* 100.

⁷⁰⁹ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social* (Madrid: Unigraf S.L., 1999), 418.

⁷¹⁰ John Searle, *Actos de habla. Ensayo de Filosofía del lenguaje* (Barcelona: Editorial Planeta de Agostini, 1994), 60.

base para sustentar la coherencia y performatividad sistemático-discursiva de la teoría del discurso jurídico alexyano.

Como efecto de este estado fenoménico de cosas, tiene lugar, paralelamente y en mayor medida, con la *performatividad* normativa propugnada por la teoría del discurso jurídico, lo que en esta investigación se ha denominado *disperformatividad*. Este fenómeno se produce, como consecuencia, del efecto de degradación de la información que se transfiere intersubjetivamente en el discurso jurídico racional, bajo el influjo de la entropía. De esta manera, cabe expresar que la degradación, posibilidad de error o distorsión comunicativa, es posible reconocer y “medir” bajo la siguiente “fórmula”:

“Cuanto mayor sea el desarrollo de los procesos de comunicación, tanto mayor será el grado de degradación, error y distorsión de su contenido comunicativo”.

En este curso de ideas, si se trasladan tales problemas de la comunicación al contexto de la dogmática, tal información corresponde, entre otros elementos de comunicación, a principios, conceptos, formulaciones de soluciones reales o hipotéticas, postulados, etc. Por consiguiente, este efecto se traslada al contenido de los enunciados de tipo dogmático, a su fundamentación y comprobación, y a sus funciones dentro del discurso jurídico.

Tal escenario permite concluir, que si se produce un estado de incertidumbre y por ello de entropía como el que se explicó, la pretensión de corrección postulada por la teoría estudiada, no puede satisfacerse. Esto significa que dentro de la fenoménica real del discurso jurídico, el cual subyace del propio entramado que integra discurso jurídico racional, genera su propia limitación y clausura, en tanto que ella misma, forma parte de la paradoja de la complejidad del mundo de lo jurídico.

7. El uso de los precedentes complejidad e inestabilidad del lenguaje

La aproximación teórica al uso del precedente en la teoría que se re-problematiza, centra su atención concretamente en dos puntos de análisis: 1) en la función de su seguimiento a partir de la teoría del discurso jurídico racional, y 2) en la relación entre los argumentos basados en los precedentes y aquellos considerados

posibles dentro de la teoría.⁷¹¹Tales puntos de análisis serán estudiados, a partir de los paradigmas de la complejidad y la inestabilidad del lenguaje.

7.1. La regla de la carga de la argumentación

En el contexto del discurso jurídico racional alexiano, el uso precedente jurisprudencial se sustenta en el principio de *universabilidad*, como exigencia del principio de *justicia formal*. R. Alexy reconoce que su aplicación resulta problemática, debido a que implica distinguir la relevancia de las diferencias entre uno y otro caso, por cuanto no existen supuestos exactos.⁷¹²Más allá de tales dificultades, la sujeción al precedente, ha sido calificada como una obligación de iure desde algunos enfoques.⁷¹³

Frente a este esquema, la teoría del discurso jurídico racional, se adscribe a una formulación más débil de esta obligación, debido a que sostiene que el cumplimiento de los precedentes es obligatorio prima facie, en tanto que frente a su obligatoriedad, opera el principio de inercia.⁷¹⁴

En este sentido, tal principio adjudica la carga de la argumentación a quien plantea su desvinculación.⁷¹⁵Dentro de este contexto, las condiciones que viabilizan la desvinculación del precedente, implican la existencia de hechos especiales, o a su vez, la inexistencia de determinados hechos.⁷¹⁶

De acuerdo con lo anterior, el uso de los precedentes basado en el principio de inercia y la carga de la argumentación, tiene entre otras funciones, además la de generar un campo de recursividad respecto a los enunciados dogmáticos.⁷¹⁷En este punto, se elude una recapitulación sobre la naturaleza de cada uno, su relación y la distinta intensidad de su fuerza *ilocucionaria*.

Por el contrario, resulta adecuado señalar que la coincidencia de sus contenidos y su recursividad, da lugar a que en el marco de las funciones del uso del precedente, se

⁷¹¹ Ibíd. 262.

⁷¹² Robert Alexy, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 262.

⁷¹³ Aleksander Peczenik, *Derecho y razón* (México D.F.: Fontamara, 2003), 63.

⁷¹⁴ Tal principio sencillamente indica, que una vez tomada una decisión, deberá modificarse por razones suficientes. Ver: Chaim Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la Argumentación Jurídica. La nueva retórica*. (España: Gredos, 1989), 178.

⁷¹⁵ Alexy “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 263.

⁷¹⁶ Ibíd.

⁷¹⁷ Ibíd.

reproduzcan aspectos que tuvieron lugar en las funciones de la dogmática.⁷¹⁸De lo indicado se sigue entonces, que el uso de los precedentes, se enfrenta al menos de modo aproximado, a la fenoménica que comporta las funciones de estabilización, progreso y descarga de los enunciados dogmáticos, cuestiones que ya se trataron anteriormente.

Por otra parte, desde una perspectiva de la teoría del discurso, el uso racional del precedente se halla en la razón práctica, por cuanto en cierta forma, compatibiliza los principios de *universabilidad e inercia*. Esto debido a que su empleo origina, el espacio de lo discursivamente posible, de acuerdo con Alexy.⁷¹⁹En este sentido, el autor indica que la introducción de la carga de la argumentación, tiene un vínculo esencial con el principio de inercia, el cual no compromete el principio de universabilidad. Esto es así, porque el papel que cumple, es el de reducir el campo de lo discursivamente posible, campo considerado racional dentro de la teoría.⁷²⁰

En este estado de la cuestión, se puede considerar que la aplicación del principio de inercia, pese a constituir un mecanismo pertinente para armonizar su empleo, con el principio de universabilidad, en el uso de los precedentes conforme al alcance de a teoría, no reduce desde ninguna perspectiva, los cursos de incertidumbre que se reproducen, en las funciones de estabilización, progreso y descarga.

Esto como consecuencia por una parte, de la coincidencia de sus contenidos con los de la dogmática y por otra, debido a la recursividad vigente entre uno y otro, situación que finalmente traslada la cuestión, a la relatividad e incertidumbre, que subyace de la entropía que se ha expuesto anteriormente, surgida en la dispersión de la complejidad que se apodera de la estructura sistemática del discurso jurídico racional.

7.2. Uso del precedente y argumentación jurídica

Como bien lo sostiene R. Alexy, la importancia que tiene el uso de los precedentes en el Derecho europeo-continental “es subrayada en todos lados”.⁷²¹Tanto es así, que la jurisprudencia, es considerada en diversos sistemas jurídicos de Latinoamérica y a nivel global, como una de las fuentes del Derecho.

⁷¹⁸ *Ibíd.* 264.

⁷¹⁹ *Ibíd.* 265.

⁷²⁰ *Ibíd.*

⁷²¹ *Ibíd.* 262.

Reconocido el notable valor que tiene el estudio de uso del precedente a nivel global, se puede sostener, que dentro del contexto de la teoría reproblemática, el núcleo de los problemas del uso de los precedentes, se refiere a la determinación de las diferencias relevantes entre uno y otro caso, debido a que no existen dos iguales.⁷²² De esta forma, tal problemática se encuentra ligada directamente a la relación entre el precedente y la argumentación jurídica, dentro del marco de las dos técnicas de su uso: *overruling*, *distinguishing* y a su fundamentación.

Es así que la técnica del *distinguishing*, de acuerdo con lo planteado por Alexy, sirve para establecer en el marco del precedente, la interpretación estricta de una norma, por medio de la cual se reconocen elementos incompatibles estructuralmente y por tanto, el supuesto que se utiliza para abandonar el precedente, no es susceptible de aplicación.⁷²³ De esta manera, el precedente continúa aplicándose.

En el caso del *overruling*, tomo la definición del autor, quien indica simplemente que consiste en el rechazo del precedente,⁷²⁴ definición que en palabras de un autor notable como Karl Engisch, implica “colocarse por encima de una sentencia anterior”.⁷²⁵ En el contexto de la teoría alexyana, el autor sostiene de modo genérico, que ambas técnicas deben fundamentarse en función de razones jurídicas, sin embargo, no establece claramente un método para cumplir con esta finalidad.

En relación con lo expuesto, el uso del precedente constituye un procedimiento argumentativo, que proviene de exigencias de tipo práctico general, y por tanto, tiene una fuerte vinculación, con el uso de argumentos de esa naturaleza, los mismos que para cumplir su función, requieren argumentos adicionales.⁷²⁶

Tal enfoque, sugiere que entre los beneficios de seguir el precedente judicial, se encuentra la aplicación uniforme de las leyes, o la posibilidad de ejercicios de prognosis que puede tener lugar a partir de ellos.⁷²⁷ Estos aspectos integran el fundamento pragmático de aplicación del precedente.

⁷²² *Ibíd.* 262.

⁷²³ *Ibíd.* 266.

⁷²⁴ *Ibíd.*

⁷²⁵ Karl Engisch, *Introducción al pensamiento jurídico* (Madrid: Ediciones Guardarrama, 1967), 224.

⁷²⁶ *Ibíd.*

⁷²⁷ Leonor Moral Soriano, *El precedente judicial* (Madrid: Marcial Pons, 2002), 128.

Otro componente teórico para justificar la aplicación de los precedentes, se halla en el principio de igualdad, el cual permite conseguir la aplicación de justicia formal. De este modo, ambos presupuestos racionalizan el fundamento de la aplicación de los precedentes.⁷²⁸

Sin embargo, aun cuando existan tales fundamentos, debe considerarse que el uso de las técnicas del precedente, se encuentra incurso en numerosos problemas de aplicación. En primera instancia, una gestión problemática según lo explica Frederick Schauer, corresponde a la identificación inicial del precedente relevante, y luego, la determinación sobre qué es lo que el precedente va fundamentar.⁷²⁹

Entre otros aspectos que afectan su uso, se puede citar la inexistencia de criterios que debe utilizar el juez, en la valoración para determinar si un caso es análogo o distinto a otro en la regla del precedente vinculante.⁷³⁰ Además de esta dificultad, cabe mencionar por una parte, la posibilidad de vaguedad del precedente, y por otra, la multiplicidad de precedentes cuyo contenido pueden incluir antinomias entre sí.⁷³¹

7.3. El uso del precedente y la complejidad

El núcleo del uso de los precedentes dentro de la teoría del discurso jurídico racional, consiste en la elucidación de las diferencias relevantes entre distintos casos.⁷³² Esta fórmula del uso de la analogía o más claramente, de la *disanalogía*, también se encuentra contenida en los esquemas de argumentación relativos al uso del precedente desarrollado en el contexto del derecho inglés, según lo expuesto por Rupert Cross y J.W. Harris.⁷³³

Frente al modelo tradicional de problematización del uso de los precedentes, desde una perspectiva de tipo sistémico-abierta, se hace notoriamente perceptibles en la

⁷²⁸ *Ibíd.* 129.

⁷²⁹ Frederick Schauer, *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 60.

⁷³⁰ Riccardo Guastini, *Intepretar y Argumentar* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014), 259.

⁷³¹ Alvaro Nuñez Vaquero, “Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del estare decisis”, en “Paginas/47-53”, Chile, julio de 2016, Edición electrónica: https://www.academia.edu/16562593/Sin_predetentes._Una_mirada_esc%C3%A9ptica_a_la_regla_del_stare_decisis_pre-prin_Forthcoming_Doxa_29_2016.

⁷³² Robert Alexy, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 172.

⁷³³ Rupert Cross y J.W. Harris, *El precedente en el Derecho Inglés* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 48.

fenoménica compleja del precedente, la existencia de escenarios saturados de indeterminación, de los que finalmente surge la incertidumbre. Partimos para la justificación de ello, de una de las múltiples causas de la existencia de la incertidumbre inherente a la relación cognitiva.⁷³⁴ Como se había reconocido en apartados anteriores, el conocimiento del mundo tiene lugar a partir de las traducciones⁷³⁵ mediadas por el aparato cognitivo humano, que se encarga de procesar las señales, signos y símbolos, el cual finalmente da forma a las ideas, discursos y teorías.⁷³⁶

En este contexto, la única realidad es la representación de la realidad,⁷³⁷ y por tanto, tal representación trae consigo el riesgo de error o deformación, que caracteriza a los procesos comunicativos, del que surge la incertidumbre que se mencionó.⁷³⁸

De esta forma, la aplicación del precedente, constituye una traducción de los signos y señales de naturaleza jurídica, que se perciben a través del sistema cognitivo, el cual deforma aquello que supuestamente constituye la realidad para el operador jurídico y que aparentemente, permite elucidar las diferencias normativamente relevantes de cada decisión judicial con respecto a otra.

De esto se sigue, que el uso del precedente (al igual que todo tipo de comunicación que incluye a los discursos prácticos, y por ello al discurso jurídico), constituye una traducción de tipo jurídico-discursiva y por consiguiente, su dinámica define por que su identidad se halla sujeta al riesgo de error y deformación de la información jurídica.

Además de tal condición, dentro del marco del uso del precedente es posible reconocer un elevado grado de distorsión y errores de percepción, que se multiplican indefinidamente. Esta relación fenoménica se produce debido a que las referencias de las traducciones que sustentan los precedentes jurisprudenciales, constituyen una interminable cadena de traducciones sucesivas. Aquellas a su vez, contienen interminables errores y distorsiones sobre las señales, signos y símbolos que integran las

⁷³⁴ Morin, “El método III”, 241.

⁷³⁵ *Ibíd.* 226.

⁷³⁶ *Ibíd.*

⁷³⁷ *Ibíd.* 227.

⁷³⁸ *Ibíd.* 241.

sentencias, aun cuando tales traducciones, se refieren exclusivamente al contenido de la ratio o rationes decidendi de los fallos, que son un sistema abierto en sí mismas.

De esta manera, la determinación de las diferencias entre un caso y otro, necesaria para la aplicación de las técnicas del uso del precedente, registra su dinamismo basada en estadios de complejidad. Esto porque los medios de conocimiento, la realidad cognoscible y los niveles de realidad fenoménica, son relativos, difusos y perviven en los dominios fenoménicos de la jurisprudencia.

Esos estadios de complejidad, manifiestan la incertidumbre que se reconoce en la inexistencia de criterios de calificación de la *analogía* o *disanalogía* respecto a reglas del precedente (aquí se agrega una innumerable diversidad). Por otra parte, se entrevé en la existencia de vaguedad, de antinomias entre el contenido de los precedentes y otros aspectos que surgen debido a las traducciones que integran su uso.

Esta problemática diluye la pretensión de la teoría, de conseguir resultados como la aplicación uniforme de la ley, o la posibilidad de ejercicios de prognosis en función de la coherencia de la estructura sistemática de un ordenamiento jurídico.

De esto se sigue que la incertidumbre que se distingue en el uso del precedente, en la praxis judicial, y en las diversas esferas del mundo de lo jurídico, anulan la posibilidad de satisfacer la pretensión de corrección pretendida por la teoría, como efecto de la traducción de los procesos y relaciones cognitivas de tipo jurídico-discursivas que aquellas implican.

Todo lo anterior, permite concluir por una parte, la insuficiencia teórica del discurso jurídico racional para dar cuenta de la multiplicidad de cuestiones relativas a la fenoménica particular del uso de los precedentes. En este sentido, el problema señalado no constituye un asunto trivial, en tanto que su uso está incorporado formalmente en las reglas (J.13) y (J.14), del sistema normativo del discurso jurídico racional.⁷³⁹

Por otra parte, resulta evidente que el marco general de la teoría, se ve afectado por un persistente estado de crisis, el cual dicho en tono moderado, al menos relativiza su alcance. Esto se explica debido a la ineficacia de su articulación, por cuanto se trata de un marco de aproximación epistemológica, que reduce la naturaleza sistémico-

⁷³⁹ Robert Alexy “Teoría de la Argumentación Jurídica.”, 265, 287.

abierta del derecho a un modelo sistemático, en el que la interrelación y acción de sus fenómenos, se explica y resuelve unilinealmente, eludiendo la dinámica del mundo complejo de lo jurídico.

8. El uso de formas de argumentos jurídicos especiales

En el marco de la teoría del discurso jurídico racional, y por ello, en el sistema de reglas considerado el principal resultado de la teoría según lo sostiene Alexy, los argumentos jurídicos especiales que se abordan son: a contrario,⁷⁴⁰ analogía⁷⁴¹, y ad absurdum.⁷⁴² Su análisis, se relaciona con la función que cumplen en el discurso jurídico, en tanto que constituyen formas de inferencia lógicamente válidas. Entre los aspectos favorables de su utilización, el autor menciona que aquellos posibilitan la identificación de su forma lógica, y su contenido no lógico.⁷⁴³

Sin embargo, para conseguir la condición de formas de inferencia lógicamente válidas, es preciso por lo general, realizar operaciones como la preparación de las premisas, introducción de premisas especiales, o explicitar aquellas implícitas en las argumentaciones.⁷⁴⁴ En otras palabras, satisfacer el requisito de saturación. Por ello dentro de este marco, es posible percibir cuestiones que reducen el alcance del uso de estos argumentos notablemente.

En cuanto al argumento a contrario alexyano, el aspecto fundamental de su uso implica, que se podrá seguir la consecuencia jurídica contenida en una determinada disposición, exclusivamente con respecto los supuestos que expresamente aquella contiene. Por consiguiente, en cuanto a supuestos que no contiene expresamente tal disposición, se excluye la adjudicación de su consecuencia jurídica. En este contexto, dicho argumento se sustenta en los dogmas de racionalidad del legislador y la plenitud del sistema jurídico.⁷⁴⁵

⁷⁴⁰ *Ibíd.* 266, 267.

⁷⁴¹ *Ibíd.* 268.

⁷⁴² *Ibíd.* 270.

⁷⁴³ *Ibíd.* 267.

⁷⁴⁴ *Ibíd.*

⁷⁴⁵ Francisco Javier Ezquiaga, “Argumentos interpretativos y postulados del legislador racional”. En Rodolfo Vásquez, comp., *Interpretación jurídica y decisión judicial* (México D.F.: Fontanamara, 2006), 172.

Bajo esta misma perspectiva, sin necesariamente referir el *kid* de este argumento a la consecuencia jurídica contenida en una determinada disposición, Chaim Perelman, señala que el argumento a contrario, trata de la inaplicación de algo que se afirma sobre una especie determinada, con respecto a otra del mismo género.⁷⁴⁶

Por su parte, de un modo más próximo a la formulación de Alexy, sobre este argumento, Luis Prieto Sanchís, señala que su aplicación implica establecer, que dada una específica cualificación normativa a uno o varios sujetos específicos, aquella debe excluirse, con respecto a cualquier otro u otros sujetos.⁷⁴⁷

Con respecto a la modélica de la interpretación literal, ligada directamente a esta forma de argumento tratada en el marco de la formulación de Alexy, debe señalarse que investigaciones desarrolladas en el marco de la Iusfilosofía Analítica sobre el literalismo, esto es, sobre el estudio de los diferentes conceptos existentes sobre lo que se entiende por interpretación literal y significado literal, se ha determinado que existe una prodigiosa y heterogénea variedad de ideas y contenidos respecto a su sentido.⁷⁴⁸

Además de esto, debe considerarse que frecuentemente, se requieren premisas adicionales para la saturación de estos argumentos, razón por la que se admiten para esta gestión, todos los argumentos posibles en el discurso jurídico. Así, se corrobora por una parte, los límites de diversa naturaleza que caracterizan a la interpretación literal, y por otra, que en el interior de la teoría del discurso, también, se vislumbra la fenoménica propia de un paradigma complejo, debido a que se producen amplios campos de incertidumbre.

En cuanto a la analogía, el asunto de fondo alude a la fundamentación de las premisas de las que se sigue su conclusión.⁷⁴⁹ Debe considerarse entonces, que la premisa de la que parte el argumento, generalmente no se sigue de la ley. No obstante, para

⁷⁴⁶ Chaim Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado de Argumentación jurídica. La nueva Retórica* (Madrid: Editorial Gredos, 1989), 374.

⁷⁴⁷ Prieto Sanchís, Luis y otros. *Lecciones de teoría del Derecho* (Madrid: McGraw Hill/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, 1997), 366.

⁷⁴⁸ Tecla Mazzaresse, “Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente”, *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 23, (octubre de 2000): 615.

⁷⁴⁹ Alexy, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, 269.

zanjar tal dificultad, se establece en el discurso jurídico la regla (1.b),⁷⁵⁰ considerada, un caso especial del principio de universalidad y del de igualdad.

De este modo, la aplicación del principio de igualdad, afecta a la fundamentación de la segunda premisa, porque implica valoración y por ello una fundamentación. Es así que la analogía, por basarse en la universalidad, se enlaza directamente con el discurso práctico general.⁷⁵¹

Sobre esta forma de argumento jurídico, el cual es categorizado como no normativo y bajo la terminología de raciocinio por analogía, Georges Kalinowski, sugiere que el mismo constituye una combinación de una inducción y una deducción. Al mismo tiempo, señala que su núcleo supone que el nuevo caso y los casos concretos efectivamente examinados, podrían pertenecer a una misma especie, debido a que se parecen bajo ciertos aspectos, por cuanto poseen naturalmente un cierto número de caracteres esenciales en común.⁷⁵²

Bajo este hilo conductor, MacCormick sostiene que en el marco del argumento analógico, si se identifica una disposición significativamente análoga a otra, la primera, podrá interpretarse de modo adecuado, aun cuando ello suponga ampliar la extensión de su significación, o abandonar su significación ordinaria. Esto, con el fin de garantizar la similitud de la disposición con la que se asocia por analogía.⁷⁵³ Sin embargo, no existen en el planteamiento de tal autor, los elementos que indican cuales son las condiciones para calificar una cosa como significativamente análoga a otra.

Al margen de las objeciones sobre el planteamiento anterior, el topoi de estos enfoques, se circunscribe a la vinculación que tienen con ejes valorativos. De este modo se amplifica el espacio a la incertidumbre existente, que tiene lugar por la traducción campo fenoménico con la relación cognitiva en el mundo complejo de lo jurídico.

Con respecto al argumento de reducción al absurdo, igualmente se deben fundamentar las premisas que dan lugar a la conclusión. El *quid* de este argumento,

⁷⁵⁰ Esta regla establece: “Los supuestos de hecho que son semejantes desde un punto de vista jurídico, deben tener las mismas consecuencias jurídicas”. Ver Alexy, “teoría de la Argumentación Jurídica”, 269.

⁷⁵¹ *Ibíd.* 270.

⁷⁵² Georges Kalinowski, *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973), 155.

⁷⁵³ Neil MacCormick, “Argumentación e interpretación en el Derecho”, *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. No. 33, (abril de 2010): 72.

sostiene que una determinada interpretación de una disposición, es incompatible con el empleo de una específica regla de uso de las palabras. Esto es así, porque sus resultados, son inaceptables o si se quiere, absurdos y por tanto están prohibidos.⁷⁵⁴

De este modo, para fundamentar las premisas de este argumento, se debe demostrar en primer lugar, que esa determinada consecuencia está prohibida y seguidamente, que de esa específica interpretación que se ha planteado, se sigue la consecuencia prohibida.⁷⁵⁵ Para cumplir con lo primero, se recurre a argumentos prácticos de tipo general, y para lo segundo, a argumentos de tipo empírico. Adicionalmente cabe señalar que, existen formas débiles de este argumento, cuya consecuencia no está prohibida, pero se califica como la peor opción según el criterio de los interlocutores.⁷⁵⁶

En esta misma perspectiva, la aproximación llevada a cabo por François Ost y Michel Van de Kerchove sobre este argumento, sostiene que debe demostrarse que la tesis del adversario, conlleva consecuencias absurdas frente a una opinión previamente admitida, motivo por el que la misma debe rechazarse.⁷⁵⁷

Desde un enfoque de tipo analítico, en cuanto a la estructura formal de este argumento, formulada por Alexy, existen ciertos reparos, de acuerdo con la idea de que si se pretende obtener un enunciado deóntico, a partir de enunciados deónticos y facticos, se generan paradojas. Por tanto, para evitar tal resultado, es preciso partir de enunciados descriptivos y no de tipo deóntico.⁷⁵⁸

Sin embargo, más allá de tal discusión, es necesario considerar la numerosa diversidad de formas del argumento de reducción al absurdo que se han reconocido, en virtud de la existencia de diversas variables.⁷⁵⁹ Tal multiplicidad, no supone necesariamente certeza y coherencia. Esto debido a que cada forma tiene distintas propiedades formales y materiales, escenario que puede generar desorden e

⁷⁵⁴ Alexy, “Teoría de la Argumentación jurídica”, 270.

⁷⁵⁵ *Ibíd.*

⁷⁵⁶ *Ibíd.*

⁷⁵⁷ François Ost y Michel Van de Kerchove, “Elementos para una teoría crítica del derecho”, 277.

⁷⁵⁸ Joaquín Rodríguez-Toubes Muñoz, “La reducción al absurdo como argumento jurídico” *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (mayo de 2012): 93.

⁷⁵⁹ Entre las variables más relevantes se puede mencionar: por inconsistencia, falsedad, incoherencia o inconveniencia. *Ibíd.* 95.

incoherencia y otros efectos que no se vinculan con las reglas y formas del discurso jurídico racional que deben cumplirse, para satisfacer la pretensión de corrección.

En cuanto al esquema de argumentos especiales que se desarrolló en la teoría, como lo sostiene R. Alexy, constituyen formas especiales del discurso práctico general, bien por tratarse de inferencias lógicamente válidas, por satisfacer el principio de *universabilidad*, o en virtud de que apuntan a las consecuencias.

En este orden de ideas, es necesario considerar que para cumplir la exigencia de saturación, frecuentemente, se debe recurrir a argumentos adicionales posibles dentro el discurso jurídico.

De este modo, además de vislumbrarse la incertidumbre en un primer momento de interpretación, argumentación y aplicación de enunciados normativos, el proceso argumentativo que debe cumplirse para satisfacer la exigencia de saturación, agudiza la inestabilidad del lenguaje. Tal escenario se produce debido a que se generan campos de ambigüedad, equivocidad, polisemia y por otra, aparece incertidumbre del mundo fenoménico de lo real, que superpone al mundo complejo de lo jurídico, al discurso jurídico racional.

8.1. Formas especiales de argumentos y complejidad

En función de la estructura sistemática del discurso jurídico racional, el tratamiento de las relaciones entre los elementos, se circunscribe a la lógica de la causa y efecto. En este sentido, la teoría presupone que una vez que se cumplen las condiciones prescritas en su estructura, se consigue un resultado correcto.

Dentro de este dinamismo, la noción de racionalidad en el discurso jurídico, se erige como el metapunto de vista, como el canon supralógico que constituye al sistema y al objeto,⁷⁶⁰ ontológica y epistemológicamente. De este modo, tal criterio objetiva el conocimiento.

Dicho estatuto ontológico y epistemológico, desarrolla en su estructura, a la pretensión de corrección, precisamente para acceder a él, por medio del cumplimiento

⁷⁶⁰ Morin, “El Método IV”, 307.

de sus reglas y formas, ya que según este enfoque la coherencia y la racionalidad, tales patrones, constituyen la esencia del derecho.

En este sentido su estructuración se compone de dos formas de justificación. La primera forma es la de justificación interna, que opera desde la deducción lógica mediante el silogismo jurídico. Por su parte, la segunda forma corresponde a la justificación externa.

Dicha forma, se subdivide en los diferentes elementos que se ha estudiado individualmente, cuya combinación o conjunción teóricamente, permiten conseguir el resultado correcto pretendido. Según esto, tal estructura sistemática consigue suprimir el error, la incertidumbre, es decir, todo aquello del mundo jurídico, que corresponde a lo irracional.

En este sentido, las formas especiales de argumentos sirven teóricamente, para cumplir tal estatuto, desde que son inferencias lógicamente válidas, satisfacen el principio de universalidad o se ocupan de las consecuencias. En este marco, su aplicación supone la realización de la racionalidad, dentro del objeto del que cada forma se ocupa.

No obstante, la estructura del discurso jurídico racional, constituye un paradigma reductivo, simplificante, en tanto que extrae su objeto, de su ambiente complejo, lo atomiza y únicamente reconoce ciertas propiedades y leyes útiles y coherentes con su metapunto de vista, lo demás se suprime y excluye.⁷⁶¹ De esta forma tal la estructura sistemática, no se adscribe a un marco de verdadera racionalidad, sino una estructura de racionalización.⁷⁶²

Se puede entender una racionalización como una forma de organización de las ideas, que pretende encerrar la realidad dentro de un sistema coherente.⁷⁶³ Así, lo que no es coherente dentro de los esquemas del sistema, se suprime o se considera un error o ilusión.⁷⁶⁴

⁷⁶¹ Esta aproximación tiene su base en la referencia a Bachelard sobre la idea de lo simple. Ver. E. Morin "Introducción al pensamiento complejo", 35.

⁷⁶² *Ibíd.* 102.

⁷⁶³ *Ibíd.*

⁷⁶⁴ *Ibíd.*

De este modo, las formas especiales de argumentos, constituyen dispositivos de subracionalización y simplificación de un específico campo fenoménico, que opera para el funcionamiento de la estructura de racionalización general, que constituye la estructura del discurso jurídico racional.

Conclusiones

El paradigma del discurso jurídico racional, en tanto metateoría de la interpretación y aplicación racional del derecho, supone ser una teoría procedimental de corrección de enunciados normativos o de verdad práctica. Para sustentar y satisfacer tal objetivo, Alexy formuló un entramado *sistemático* de reglas, que teóricamente instituyen las condiciones de racionalidad discursiva y modulan el contenido de los enunciados normativos. Siguiendo dichas reglas se consigue resultado teóricamente correcto o racional, y por tanto, se satisface la pretensión de corrección.

Tal estructura está constituida por veinte y dos reglas (actualmente sostiene que son veintiocho, además de seis formas de argumentos, no obstante, su núcleo teórico permanece en las mismas condiciones). Dicho sistema, tiene dos tipos generales de reglas que regulan por una parte, la estructura de los argumentos, y por otra, el procedimiento del discurso. Aquellas a la vez, se clasifican en cinco subtipos los cuales cumplen, diferentes funciones para producir el resultado racional.

La investigación, se desarrolló sobre la base de un giro epistemológico, que busca aproximarse al conocimiento de los fenómenos jurídicos desde un enfoque sistémico abierto. En este sentido, la misma, se abstrae de las formulas del cognoscitivismo jurídico, al considerar, que el paradigma del discurso jurídico racional, no es más que un reducto de la realidad del mundo fenoménico de lo jurídico, y particularmente del discurso jurídico real.

Para su desarrollo se recurre en primera instancia, al paradigma analítico de los juegos del lenguaje de Wittgenstein. De esta forma, se logra reconocer la inestabilidad, profusión e indeterminación del lenguaje en general; pero de forma específica, del lenguaje del derecho y el discurso jurídico. Por su parte, cabe precisar que este paradigma relativo a la filosofía del lenguaje, sirve de interfaz, de canal de transición, para aproximarse y reconocer en la investigación, el lugar fundamental que ocupa el pensamiento complejo y el paradigma de la complejidad Moriniano.

Así, desde nociones como sistema abierto (auto-eco-organizador o autopoietico), realidad fenoménica, entropía, incertidumbre, recursividad, entre otras, desarrolladas en

el paradigma de la complejidad, se estudian los problemas abordados por la teoría del discurso jurídico racional.

La re-problematización de los temas abordados en la teoría del discurso jurídico racional tiene la finalidad de dar cuenta de la insuficiencia que caracteriza al discurso racional desde el punto de vista paradigmático. De esta forma, se elucidan los déficits teóricos que afectan de forma decisiva a su alcance y por tanto, a su objetivo esencial, el de la satisfacción de la pretensión de corrección. Es así, que de la investigación desarrollada se desprenden las siguientes conclusiones:

1) El paradigma del discurso jurídico racional, debido a su estructura y articulación, presupone una visión clásica y reductiva de sistema. De esta manera, se caracteriza por adoptar una visión sistemática, la cual implica el empleo de métodos de conocimiento de los fenómenos como el determinismo, el método analítico, el reduccionismo y el expansionismo.

El determinismo supone la explicación y conocimiento de los fenómenos dentro de la lógica unilineal de la causa y el efecto. El método analítico, conlleva desarticular en partes lo que se quiere conocer, de esta forma, se reconoce el comportamiento individual de aquellas partes, y en función de tal conocimiento, se conoce el todo que integran.

Por su parte, el reduccionismo involucra comprimir las partes a lo irreductible, condición, de la que se desprende el conocimiento del resto de elementos y del todo. El reduccionismo se conecta con el expansionismo, que indica que lo que se conoce, surge desde el todo hacia las partes, y no en sentido inverso.

En el discurso jurídico racional, se reconoce el influjo de la impronta determinista, al presuponer que con la aplicación de sus reglas, se produce unilinealmente y de forma inequívoca, un resultado correcto y definitivo. Sus reglas son la causa, cuyo resultado correcto o racional, constituye, el efecto de su aplicación. Esta apreciación desconoce las relaciones fenoménicas de los elementos debido a su interrelación. Por otra parte, desconoce las relaciones de incertidumbre, que fijan los límites del conocimiento jurídico.

El método analítico se reconoce en la clasificación de las reglas y formas del discurso jurídico racional, cuya función y desarrollo individual, produce en conjunción con las demás, el resultado racional o correcto, que se desprende de su lógica sistemática. La aplicación de este método, desconoce la contingencia, incertidumbre o indeterminación, que puede surgir comunicativamente entre los interlocutores. Este escenario tiene lugar, aun cuando medie el consenso, para cumplir las reglas que rigen el contenido de los argumentos y las reglas del procedimiento discursivo.

El método reduccionista se vislumbra en la comprensión del entramado sistemático, a nociones rectoras como racionalidad, verdad, coherencia, etc., las cuales constituyen el núcleo del paradigma. De aquellas se *irradia* el sentido y contenido íntegro del modelo. No obstante, desde este enfoque metodológico, se desconoce la dinámica discursiva de la realidad, dentro de la que la entropía prevalece sobre la racionalidad reducida, verdad, coherencia, u otros principios. Esto debido a que el lenguaje y el derecho, como sistemas abiertos, tienden a la agudización de sus estados de complejidad indefinidamente.

A su vez el método expansionista se manifiesta en la idea de que la racionalidad, constituye la noción o el metapunto de vista, que regula y predefine por identidad, todo el entramado sistemático de reglas. De esta forma, su cumplimiento teóricamente, produce resultados formal y materialmente correctos o racionales.

Sin embargo tal núcleo, constituye un sistema de racionalización, que reduce la realidad a un sistema coherente, el cual constituye un reducto de la verdadera racionalidad. Esto se debe a que una verdadera racionalidad, no pretende abarcar la totalidad de lo real, en un sistema absolutamente coherente, sino dialogar con lo que se resiste a ella. Por este motivo, dialoga con la irracionalidad y la arracionalidad, que se encuentran presentes en el mundo fenoménico de lo real.

2) Con la aplicación de las reglas del discurso jurídico, no es viable, la consecución las condiciones de racionalidad discursiva propugnada por la teoría. Dicho estado de cosas se produce, debido a que en el desarrollo discursivo, subyacen errores de degradación de los mensajes que se transmiten entre los individuos intersubjetivamente, produciendo con ello, discontinuidad practico-racional, propugnada por la teoría.

Dichos errores tienen lugar en el discurso jurídico, al igual que en todo proceso comunicativo, como consecuencia del ruido, que se deriva del riesgo de incertidumbre y el error, que persiste en los procesos comunicativo-jurídicos reales. Tal *ruido* que inherente a la relación cognitiva, afecta a la aplicación de sus reglas, así como a los procesos argumentativos de orden monológico y dialógico, que tienen lugar, con la aplicación de las fórmulas del discurso jurídico racional.

3) No es posible cumplir con el requisito de saturación formulado por Alexy. Ello, debido a que de acuerdo con la estructura formal de la teoría del discurso jurídico racional, es posible reconocer, una o varias proposiciones indecibles en su interior.

De esta forma, dichas proposiciones, afectan de modo decisivo, a los procesos de saturación que deben cumplirse, para completar cualquier forma de argumento. Es así que de acuerdo con las formulas alexyanas, la exigencia de saturación, constituye una condición necesaria y suficiente, para que cualquier tipo de argumento, pueda tener valor y utilidad. De lo contrario devendrían en inservibles o insuficientes.

En este estado de cosas, tiene sentido decir, que si es inviable conseguir la saturación de los argumentos, a partir de la existencia de al menos una premisa indecible en el entramado sistemático del discurso jurídico racional, de ello se sigue, que resulta inviable conseguir, un resultado correcto o racional. Al mismo tiempo, resulta inviable satisfacer la pretensión de corrección pretendida por la teoría.

En este contexto, toma forma un campo irresoluble de incertidumbre, que da cuenta de las fracturas ontológicas, epistemológicas y deontológicas, que proyectan al paradigma del discurso jurídico racional. Paralelamente, advierte por sí mismo, de un mundo complejo de lo jurídico y de su realidad fenoménica inaprehensible, si se concibe reductivamente a la noción de racionalidad.

4) La pretensión de corrección es inviable, debido a los errores de comunicación, que subyacen en el procedimiento discursivo jurídico racional. Como se ha demostrado, la construcción de todo conocimiento, es resultado traducciones perceptivas del mundo fenoménico, que se aprehenden de los signos y símbolos, en el proceso cognitivo.

Si entendemos que dicha aprehensión de información, constituye exclusivamente una traducción, es connatural a ella, los saturados espacios de

incertidumbre, inherentes a la relación cognitiva. Esta saturación se produce, como consecuencia de los errores o deformaciones, que caracterizan a toda de traducción. Naturalmente, tanto en el plano monológico, como en el dialógico, los signos y símbolos percibidos, como resultado del proceso de aproximación cognitiva, con los que se representan las reglas, formas y principios que integran al paradigma discurso jurídico racional, se distorsionan, deforman y resultan inaprehensibles.

Se puede concluir que si todo el instrumental regulativo de la teoría, preconfigurado para satisfacer la pretensión de corrección alexiana, se cualifica por su deformación, error, distorsión o simplemente deformación, trae consigo una consecuencia específica. Aquella se traduce, en la imposibilidad de modular racionalmente, los enunciados normativos sometidos a sus reglas y conseguir, mediante tal esquema sistemático, un resultado correcto o racional. De ello se sigue que es inviable, la satisfacción de la pretensión de corrección, sobre la base de la teoría del discurso jurídico racional.

Frente a estas conclusiones, es pertinente señalar, que esta consecuencia compleja, se irradia a todos los paradigmas clásicos, modernos y contemporáneos de raigambre cognoscitivista y sus opuestos. Es por ello, que considero indispensable aproximarse al mundo y su realidad fenoménica, sobre la base del paradigma de la complejidad. Mi planteamiento se sustenta en la idea de que tal paradigma, disuelve ésta y todas las dicotomías, que han impedido la aproximación adecuada de la Filosofía y la ciencia tanto General, como del Derecho, a su realidad y a sus fenómenos. Es necesaria la revolución paradigmática. Ello, probablemente conduzca a la sabiduría, y no a la simple y ciega erudición, que agobia al mundo y a los seres humanos en estos días.

Bibliografía

Publicaciones

Aarnio, Aulis. *Lo racional como lo razonable. Un tratado sobre la justificación Jurídica*. España: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Albert, Hans. *La ciencia del derecho como ciencia real*. México D.F.: Fontanamara, 2007.

Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

-----*Teoría del discurso y Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

----- *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.

Aseff, Lucía María. “Los métodos interpretativos”. Pablo Raúl Bonorino Ramírez, ed. *El derecho en acción ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*. Lima: Ara Editores, 2010.

Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho*. México: UNAM, 2005.

----- *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

Austin, Jhon L. *Como hacer cosas con palabras*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1982.

Bix, Brian. *Teoría del derecho. Ambición y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

Calsamiglia, Alberto. *Introducción a la Ciencia Jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel, 1990.

Chiassoni, Pierluigi. *Técnicas de Interpretación Jurídica, breviario para juristas*. Barcelona: Marcial Pons, 2011.

Comanducci, Paolo. *Hacia una teoría analítica del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

Cross, Rupert y Harris, J.W. *El precedente en el Derecho Inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

García Figueroa, Alfonso. *Interpretación y argumentación jurídica*. San Salvador: Escuela de capacitación judicial de El Salvador, 2002.

Grijalva, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.

Dworking, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa, 1992.

Esser, Joseff. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial*. Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1961.

Engisch, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico*. Madrid: Ediciones Guardarrama, 1967.

Ezquiaga, Francisco Javier. “Argumentos interpretativos y postulados del legislador racional”. En Rodolfo Vásquez, comp., *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México D.F.: Fontanamara, 2006.

Ferrajoli, Luigi. *Principia Iuris II. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2013.

Feteris, Eveline T. *Fundamentos de la Argumentación Jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Giménez Alcover, Pilar. *El Derecho en la teoría de la sociedad de Luhmann*. Barcelona: Bosh Editores, 1993.

Guastini, Riccardo. *Intepretar y Argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

----- *Interpretación, Estado y Constitución*. Lima: Ara, 2010.

-----*Teoría e Ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008.

Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Unigraf S.L., 1999.

- Häberle, Peter. “Métodos y Principios de Interpretación Constitucional, Un catálogo de problemas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 13, (enero de 2010): 386.
- Hart, Herbert. *El concepto del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- Heck, Philipp. *El problema de la creación del derecho*. Barcelona: Ariel 1961.
- Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Ihering, Rudolf Von. *¿Es el Derecho una Ciencia?* Granada: Comares Editorial, 2002.
- Kalinowski, Georges. *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973.
- Kant, Immanuel. *Fundamentación metafísica de las costumbres*. Barcelona: Espasa Calpe, 1994.
- Kaufmann, Arthur. *Hermenéutica y Derecho*. Granada: Editorial Comares, 2007.
- Khun, Thomas S. *La estructura de las Revoluciones Científicas*. Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Krawietz, Werner. *El concepto sociológico del derecho y otros ensayos*. México D.F.: Fontanamara, 2001.
- Klug, Ulrich. *Lógica jurídica*. Bogotá: Temis S.A., 1998.
- Larenz, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.
- Lariguet, Guillermo. *Dogmática jurídica y aplicación de normas*. Argentina: Alveroni Ediciones, 2006.
- Luhmann, Niklas. *Sistema jurídico y Dogmática Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MacCormick, Neil. *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016.

----- “Argumentación e interpretación en el Derecho”, Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. No. 33, (abril de 2010): 72.

Mazzarese, Tecla. “Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente”, Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 23, (octubre de 2000): 615.

Moral Soriano, Leonor. *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

Morin, Edgar. *Introducción al pensamiento Complejo*. Barcelona: Gedisa, 2005.

----- *El Método I. La naturaleza de la naturaleza* (Madrid: Ediciones Cátedra, 2001).

----- *El Método III. El conocimiento del conocimiento*. Madrid: Catedra, 1999.

----- *El Método IV. Las ideas, su hábitat, su vida, sus costumbres, su organización*. Madrid: Ed. Catedra, 1992.

Mosterín, Jesús. *Kurt Gödel. Obras completas*. Madrid: Alianza, 2006.

Navas A., Marco. “Constituciones y procesos constituyentes. Algunos acercamientos para entender una relación compleja”. En, Beatriz Rajland y Mauro Benente coord., *El derecho y el Estado Procesos políticos y constituyentes en nuestra América* (Buenos Aires: CLACSO, 2016), 20.

Neumann, Ulfried. En Andrés Santacoloma Santacoloma, “Reglas semánticas y teoría del límite del significado: En busca de objetividad en el derecho”. Edición Electrónica <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/Alicante>).pdf, 8.

Nino, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*. México: UNAM, 1989.

----- *Fundamentos de derecho constitucional*. Argentina: Astrea, 2013.

Núñez Vaquero, Alvaro. “Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis”, en “Paginas/47-53”, Chile, julio de 2016, Edición electrónica: https://www.academia.edu/16562593/Sin_predetentes._Una_mirada_esc%C3%A9ptica_a_la_regla_del_stare_decisis_pre-prin_Forthcoming_Doxa_29_2016.

- Olano García, Hernán Alejandro. *Hermenéutica Constitucional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2009.
- Ost, François y Van de Kerchove, Michel. *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Bogotá: Editorial Unibiblos, 2001.
- Peczenik, Aleksander. *Derecho y razón*. México D.F.: Fontamara, 2003.
- Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L. *Tratado de la Argumentación Jurídica. La nueva retórica*. España: Gredos, 1989.
- Petev, Valentín. *Metodología y Ciencia Jurídica en el umbral del siglo XXI*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Sanchís Prieto, Luis y otros. *Lecciones de teoría del Derecho*. Madrid: McGraw Hill/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, 1997.
- Raz, Joseph “Por qué interpretar”. En Rodolfo Vásquez, comp. *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México: Fontanamara, 2006.
- Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín. “La reducción al absurdo como argumento jurídico” *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (mayo de 2012): 93.
- Ross, Alf. *Teoría de las fuentes del derecho* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Savigny, Friedrich Karl Von. *Metodología Jurídica*. Buenos Aires: De Palma, 1994.
- Schauer, Frederick. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Searle, John. *Actos de habla. Ensayo de Filosofía del lenguaje*. Barcelona: Editorial Planeta de Agostini, 1994.
- Sieckemann, Jan-R. *El modelo de los principios del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Storini, Claudia. “Razón y cultura: una crítica a la hermenéutica constitucional moderna desde la interpretación dialógica”, IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, No. 37 (junio de 2016): 40.

Tarello, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Lima: Palestra Editores, 2013.

Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002.

Tuori, Kaarlo. *Positivismos crítico y derecho moderno*. México D.F.: Fontanamara, 2005.

White, Jay D. *Tomar en serio el lenguaje*. México: Fondo de Cultura Económica, 2013.

Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: Ediciones Altaya, 1999.

Wróblewski, Jerzy. *Constitución y teoría de la interpretación constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.

Zaccaria, Giuseppe. *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.

Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

Instrumentos normativos

Constitución de la República del Ecuador.

Código Orgánico Integral Penal.

Anexos

Tabla de reglas y formas elaboradas

En la teoría se advierte que esta tabla no debe considerarse como un resumen de las ideas desarrolladas en la investigación, sino uno de sus resultados.⁷⁶⁵

I. Reglas y formas del discurso práctico general

1. Las reglas fundamentales

- (1.1) Ningún hablante puede contradecirse.
- (1.2) Todo hablante solo puede afirmar aquello que él mismo cree.
- (1.3) Todo hablante que aplique el predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar también a aplicar F a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes.
(1.3') Todo hablante solo puede utilizar aquellos juicios de valor y deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.
- (1.4) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.⁷⁶⁶

2. Reglas de la razón

- (2.1) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.⁷⁶⁷
- (2.2) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.
 - a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.
 - b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.
 - c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.⁷⁶⁸

3. Las reglas de la carga de la argumentación

- (3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que una persona B está obligado a fundamentarlo.⁷⁶⁹
- (3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.
- (3.3) Quien ha aducido un argumento solo está obligado a dar más argumentos en caso de contrargumentos.

⁷⁶⁵ *Ibíd.* 283.

⁷⁶⁶ *Ibíd.*

⁷⁶⁷ *Ibíd.*

⁷⁶⁸ *Ibíd.*

⁷⁶⁹ *Ibíd.*

- (3.4) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esta afirmación o manifestación.⁷⁷⁰

4. Las formas de la argumentación

$$\begin{array}{l} (4.) \quad G \\ \quad R \\ \hline \quad N. \quad ^{771} \end{array}$$

$$\begin{array}{ll} (4.1) \quad T & (4.2) \quad F \\ \quad R & \quad R \\ \hline \quad N & \quad N \end{array}$$

$$\begin{array}{ll} (4.3) \quad F/R & (4.4) \quad T' \\ \quad R' & \quad R' \\ \hline \quad R & \quad R \end{array}$$

(4.5) **R/i P R/k o bien R'/i P'/k**

(4.6) (R/i P R/k) o bien (R'/i P'/k) C.⁷⁷²

5. Las reglas de la fundamentación

- (5.1) Quien afirma una proposición normativa presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.⁷⁷³
- (5.2) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.
- (5.3) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.
- (5.4) Las reglas morales e sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica. Una regla moral no pasa semejante prueba:

⁷⁷⁰ *Ibíd.* 284.

⁷⁷¹ *Ibíd.*

⁷⁷² *Ibíd.*

⁷⁷³ *Ibíd.*

- a) Si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o ⁷⁷⁴
- b) Si originariamente no se puede justificar racionalmente y no se puede aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

- (5.5) Las reglas morales que sirve de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si sea establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.
- (5.6) Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados. ⁷⁷⁵

6. Las reglas de transición

- (6.1) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico). ⁷⁷⁶
- (6.2) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.
- (6.3) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso. ⁷⁷⁷

II. Reglas y formas del discurso Jurídico

1. Reglas y formas de la justificación interna

1.1. Formas

1.1.1 Forma más simple

(J.1.1) · (1) (x) (Tx→ORx)

· (2) Ta

(3) ORa (1), (2).

1.1.2 Forma más general

(J.1.2) · (1) (x) (Tx→ORx)

· (2) (x) (M1x→Tx)

(3) (x) (M2x→M1/x)

⁷⁷⁴ *Ibíd.* 285.

⁷⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷⁷ *Ibíd.*

- (4) (x) (Sx→Mn/x)
- (5) Sa
- (6) ORa (1)-(5).⁷⁷⁸

1.2 Reglas

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.⁷⁷⁹

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

(J.2.3) Siempre que exista duda sobre si a es un T o un Mi/, hay que aducir una regla que decida la cuestión.

(J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

(J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.⁷⁸⁰

2. Reglas y formas de la justificación interna

2.1 Reglas y formas de la argumentación empírica. Rige. (6.1). no se elaboraron reglas y formas especiales.⁷⁸¹

2.2 Reglas y formas de la interpretación

2.2.1 Formas de interpretación semántica

(J.3.1) R' debe aceptarse como interpretación de R sobre la base de W/i.⁷⁸²

(J.3.2) R' no puede aceptarse como interpretación de R sobre la base de W/k.

(J.3.3) Es posible aceptar R' como interpretación de R, y es posible no aceptar R' como interpretación de R, pues no rigen ni W/i ni W/k.⁷⁸³

2.2.2 Formas de interpretación genética

(J.4.1) · (1) R' (=IR/W) es querido por el legislador.

(2) R'

⁷⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁷⁹ *Ibíd.*

⁷⁸⁰ *Ibíd.* 286.

⁷⁸¹ *Ibíd.*

⁷⁸² *Ibíd.*

⁷⁸³ *Ibíd.*

(J.4.2) · (1) Con R el legislador pretende alcanzar Z.

· (2) $\neg R' (=IR/W) \rightarrow \neg Z$

(3) R'784

2.2.3 Forma fundamental de la interpretación teleológica

(J.5) · (1) OZ

· (2) $\neg R' (=IR/W) \rightarrow \neg Z$

(3) R'785

2.2.4 No se elaboraron formas de la interpretación histórica, comparada y sistemática.

2.2.5 Reglas

(J.6) Debe resultar saturada toda forma de argumento que haya de contar entre los cánones de la interpretación.⁷⁸⁶

(J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse otros motivos que concedan prioridad a los otros argumentos.

(J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según las reglas de la interpretación.

(J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.⁷⁸⁷

2.3 Reglas de la argumentación dogmática

(J.10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.⁷⁸⁸

(J.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.

(J.12) Si son posibles argumentos dogmáticos deben ser usados.⁷⁸⁹

2.4 Reglas más generales del uso de los precedentes.

⁷⁸⁴ *Ibíd.*

⁷⁸⁵ *Ibíd.*

⁷⁸⁶ *Ibíd.*

⁷⁸⁷ *Ibíd.* 287.

⁷⁸⁸ *Ibíd.*

⁷⁸⁹ *Ibíd.*

(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse.

(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

2.5 Formas especiales de argumentos jurídicos.

(J.15) · (1) (x) (OGx → Fx)

(2) (x) (¬ Fx → ¬ OGx)

(J.16) · (1) (x) (Fx ∨ F sim. → OGx)

· (2) (x) (Hx → F sim. x)

(3) (x) (Hx → OGx) (1), (2)

(J.17) (1) O¬ Z

· (2) R' → Z

(3) ¬ R790

2.5.2 Reglas

(J.18) Las formas de argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.⁷⁹¹

⁷⁹⁰ *Ibíd.*

⁷⁹¹ *Ibíd.*