



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

## Referencia bibliográfica

---

Rondinel, R. (1998). *Análisis epistemológico del razonamiento jurídico desde el punto de vista de la teoría de la argumentación de Robert Alexy*. [Tesis para optar el grado de Magíster en Filosofía]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Letras y Ciencias Humanas. Unidad de Posgrado.

---

# REPOSITORIO DIGITAL DE TESIS DE LA BIBLIOTECA DE LETRAS DE LA UNMSM

**Autor**

Rocío Rondinel Sosa

**Título**

Análisis epistemológico del razonamiento jurídico desde el punto de vista de la teoría de la argumentación de Robert Alexy

**País de  
publicación**

Perú

**Fecha de  
publicación**

1998

**Tipo de  
publicación**

Tesis de maestría

**Idioma**

Español

**Resumen**

Este trabajo explora la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, un enfoque relevante en el derecho alemán que busca fundamentar la racionalidad de las decisiones judiciales mediante argumentos justificados y racionales. La teoría de Alexy, expuesta inicialmente en su tesis doctoral y traducida al español, presenta un modelo para la justificación jurídica y sugiere que las decisiones de los jueces deben basarse en argumentos racionales. El estudio también aborda preguntas esenciales sobre la racionalidad en el derecho e incluye su naturaleza normativa, la posibilidad de razonamientos inductivos y deductivos y la coherencia interna del sistema jurídico, todo bajo el marco teórico de Alexy.

**Palabras clave**

Teoría; Derecho; Razonamiento.

**Campo del conocimiento del OCDE**

Historia y filosofía de la ciencia y la tecnología

**Tipo de trabajo de investigación**

Tesis

**Nombre del grado**

Maestría

**Grado académico**

Maestría en Filosofía

**Institución que otorga el grado**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS  
ESCUELA DE POSTGRADO  
UNIDAD DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE LETRAS Y CIENCIAS  
HUMANAS

TESIS

Para Optar el Grado Académico de Magíster en Filosofía con Mención en  
Epistemología

"ANALISIS EPISTEMOLOGICO DEL RAZONAMIENTO  
JURIDICO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA TEORIA DE  
LA ARGUMENTACION DE ROBERT ALEXY"

ROCIO RONDINEL SOSA

Lima-Perú  
1998

A Anita por los espacios y tiempos  
no compartidos.

# INDICE

INTRODUCCION

I. PRESUPUESTOS

II. ANTECEDENTES

1. LA RETORICA

2. TEORIAS ETICO ANALITICAS

3. TEORIA CONSENSUAL

III. LA ARGUMENTACION JURIDICA

1. LA TOPICA DE THEODOR VIEHWEG

2. LA NUEVA RETORICA DE CHAIM PERELMAN

IV. TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA DE ROBERT ALEXY

1. FUNDAMENTACION DE LAS PROPOSICIONES NORMATIVAS

2. EL DISCURSO PRACTICO GENERAL

3. EL DISCURSO JURIDICO

4. LIMITES Y NECESIDAD DE UNA TEORIA DEL DISCURSO  
JURIDICO RACIONAL

V. ¿LA TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA FUNDAMENTA LA  
RACIONALIDAD DEL DERECHO?

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

## INTRODUCCION

En el presente trabajo se expone un modelo de racionalidad enmarcado en la teoría de la argumentación jurídica. Este tema es hoy, objeto de estudio y reflexión de juristas y filósofos del derecho y se ha elegido a uno de ellos, cuya teoría de la argumentación ha sido ampliamente discutida en Alemania. Se trata de **Robert Alexy**, profesor de Derecho de la Universidad de Kiel. La obra principal del autor que contiene el perfil de la teoría de la argumentación jurídica, constituyó originariamente su tesis doctoral y está escrita en alemán bajo el título "**Die Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des Rationales Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung**", editada en Francfort del Meno en 1978 y reimpressa en 1983. Existe versión castellana de este trabajo con el título "**Teoría de la argumentación jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica**", publicado por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid el año 1989 con la traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Además de esta fuente principal se han consultado, otros dos trabajos del mismo autor, "**Derechos Fundamentales**" y "**Derecho y Razón Práctica**".

Los diferentes trabajos sobre argumentación jurídica, no se encuentran suficientemente divulgados

en nuestro ambiente jurídico. Se conocen de manera limitada las teorías de Theodor Viehweg, Chaim Perelman y Robert Alexy, y sólo a través de referencias recientes de juristas de habla hispana como Manuel Atienza, Olsen Ghilardi y otros. Es por ello que concita nuestra atención, la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, que según algunos autores constituye una de las más representativas en la actualidad.

En el Derecho al igual que en las demás ramas del conocimiento, existe un marcado interés de construir "modelos de racionalidad" con miras a encontrar nuevas perspectivas de justificación acerca de la científicidad del Derecho. Y una de estas pretensiones, es planteada por la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy que considera como una necesidad que las decisiones de los jueces deben justificarse en argumentos racionales para ser legítimos.

En el contexto jurídico, la fundamentación de las decisiones constituye un dilema en permanente reflexión de parte de los juristas y filósofos del Derecho. La necesidad de motivar y sustentar racionalmente las decisiones o fallos judiciales se ha tratado de investigar a través de la teoría de la interpretación con Savigny y la escuela histórica a mediados del siglo XIX, señalando los criterios o cánones de una interpretación correcta de las leyes y decisiones jurídicas.

No obstante esta propuesta, el procedimiento de interpretación sigue siendo considerado impreciso e insuficiente para dar legitimación a la leyes y justificación a las decisiones judiciales.

Por otro lado, se ha buscado la fundamentación de los fallos judiciales en las valoraciones y principios jurídicos. Pero esta concepción es también susceptible de objeciones, en el sentido de que no establece la diferencia de naturaleza entre el derecho y la moral. Lo cual, ha llevado a algunas teorías como la de Kelsen, a excluir el mundo valorativo del contenido jurídico.

De este problema "**la racionalidad en el derecho**" se ocupa la teoría de la argumentación jurídica, que postula la tesis de la racionalidad del Derecho a partir del discurso práctico. El autor, Robert Alexy, sostiene que la argumentación jurídica es una metodología jurídica que se fundamenta en el discurso práctico general de donde se desprende el discurso jurídico como un caso especial. En este contexto se plantea como objetivo, que la argumentación jurídica constituye una guía, un modelo de orientación para la justificación de las reglas jurídicas y la corrección de las decisiones judiciales. Esta pretensión del autor va ser desarrollada a partir de las propuestas que se han venido planteando a nivel de las discusiones éticas en el contexto de la Filosofía del Lenguaje y en las teorías de argumentación jurídica actuales.

Por consiguiente, el problema que se plantea en esta tesis es la racionalidad jurídica, la cual va ser objeto de reflexión a partir del modelo de la "argumentación jurídica de Robert Alexy".

Este problema, que consideramos el tema central de la epistemología jurídica, responde a los siguientes interrogantes:

¿ La racionalidad jurídica asumiendo que existe, qué características esenciales la definen?

¿En qué formas de razonamientos se manifiesta la racionalidad del Derecho?

¿ La racionalidad jurídica es sólo un razonamiento deductivo o existen formas más amplias y flexibles de razonabilidad?

¿ La racionalidad jurídica responde a una fundamentación que sólo nos remite al Derecho Vigente o es posible encontrar una justificación más fuerte que exceda el campo normativo-jurídico?

¿La conexión lógica de conceptos, la unidad interna del ordenamiento jurídico puede considerarse suficiente para encontrar la racionalidad en las leyes, decisiones judiciales, categorías e instituciones jurídicas?

Las Hipótesis que sustentamos respecto a estos interrogantes son los siguientes:

"La racionalidad jurídica o razonabilidad es fundamentalmente de carácter normativo con predominio de razonamientos deductivos".

"El sistema jurídico no es totalmente cerrado. Por consiguiente, se admiten otras formas de argumentaciones que complementan la racionalidad del Derecho".

"La coherencia es un requisito esencial de la racionalidad jurídica que no se contrapone a ninguna forma de argumentación que se pueda dar en el discurso jurídico".

En fin. a los problemas e hipótesis planteados se ha tratado de buscar respuesta en la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy.

La tesis ha sido dividida en cuatro partes tomando en consideración la perspectiva del autor. A modo de generalidades, se expone como presupuesto teórico, los conceptos de racionalidad y argumentación con los cuales trataremos de entender la teoría del autor. Luego, en el siguiente capítulo, se realiza una exposición de las discusiones ético analíticas. Así como, una referencia especial a la teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas, la Tópica de Theodor Viehweg y la Teoría de la Argumentación de Chaim Perelman, concepciones que se consideran como antecedentes de la teoría de la argumentación jurídica.

En el siguiente capítulo, se desarrolla la teoría de la argumentación jurídica que plantea el autor. Esta sección comprende el tratamiento del discurso práctico racional general y la exposición propiamente de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy.

En el último capítulo se exponen criterios personales con referencia a la teoría materia de esta tesis. Finalmente en las conclusiones, se señalan los puntos fundamentales que consideramos importantes respecto a esta teoría.

En estas líneas, queremos también expresar nuestro reconocimiento a los profesores Raimundo Prado y Marino Llanos por su generoso y desinteresado apoyo académico en la realización de este trabajo.

## CAPITULO I

### I.PRESUPUESTOS

#### ¿ Qué es la Argumentación?

La palabra sustantivada "argumentación" proviene del latín "argumentation" que según el Diccionario Ilustrado de la Lengua Española hace referencia a la acción de argumentar, fundamentar mediante argumentos.

Argumento en el latín "argumentum" significa razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición o bien para convencer a otro de aquéllo que se afirma o niega <sup>1</sup>.

El argumento como razones que fundamentan la verdad o plausibilidad de la conclusión<sup>2</sup> se encuentran en casi todas las áreas del conocimiento, así como también forman parte del razonamiento que se da en la vida cotidiana. Los argumentos pueden referirse a leyes, principios lógicos y matemáticos, proposiciones sobre hechos, juicios morales, principios éticos, normas y principios jurídicos. Así también, son argumentos los juicios o proposiciones

---

<sup>1</sup>Enciclopedia Sopena. Editorial Sopena S.A., Barcelona.T.I, pág. 241.

<sup>2</sup>Sanz Elguera, Julio. Argumentos morales y argumentos éticos. Biblioteca Filosófica. Fondo Editorial del Banco de Reserva del Perú. Facultad de Letras y Ciencias Humanas.UNMSM., pág. 21.

sobre decisiones, deseos, intenciones, fines, objetos, etc.

Los argumentos a nivel teórico pueden ser deductivos o concluyentes e inductivos o no concluyentes. Los primeros, corresponden al campo de la lógica y las matemáticas, en este terreno la verdad es planteada como una conclusión necesaria. La otra forma de razonamientos inductivos o plausibles establecen conclusiones que pueden ser plausiblemente verdaderos determinados o fundamentados por la prueba.

La racionalidad<sup>3</sup> puede también ser práctica<sup>4</sup>, y desde este punto de vista, los argumentos o razones se plantean como reglas o criterios orientados de manera exclusiva a la persuasión o convencimiento de alguien o del otro.

Esta forma de razonamiento se practica a nivel personal como en las relaciones interindividuales, lo cual nos permite un mínimo de coherencia sin el cual sería imposible el entendimiento y la interrelación<sup>5</sup>.

Desde este punto de vista, la argumentación como instrumento de persuasión, es capaz de canalizar el comportamiento en una dirección

---

<sup>3</sup> En este punto, asumimos la racionalidad como una ordenación básicamente metodológica de nuestra acción. Siendo característica de la racionalidad la ordenación y sistematización. Desde esta punto de vista, el derecho se presenta como un racionalidad práctico-moral. En Raimundo Prado. "Acerca de la racionalidad científica". Revista ALMA MATER. Nro. 1. Lima. UNMSM. 1992. Pág. 1 y sgts.

<sup>4</sup> La razón práctica gobierna nuestro obrar, forman parte de este contexto la voluntad, el debe ser, la libertad, los principios. En: S. Rabade de Romeo, A. López Molina, Encarnación Pesquero. Kant. Conocimiento y Racionalidad. El uso practico de la razón. Ed. Cincel, Kapeluse, Madrid.1987, pág.30.

<sup>5</sup> Ghilardi Olsen denomina a esto "racionalidad instintiva, gracias al cual podemos entendernos e interrelacionarnos. En: El Razonamiento Judicial. Academia de la Magistratura. Lima-Perú. 1997.Pág. 66.

determinada, no por la coacción, sino por los medios justificatorios empleados por quien motiva la persuasión <sup>6</sup>.

Este enfoque que considera la argumentación como persuasión, responde a la concepción clásica expuesta en la retórica o arte de hablar en público y cuyo origen se remonta a los griegos <sup>7</sup>.

Sin embargo, la perspectiva que hoy se viene planteando<sup>8</sup> es considerar la argumentación como ejercicio del razonamiento práctico orientado a la búsqueda de la verdad. Así, la argumentación se perfila como un razonamiento que además de persuadir es capaz de fundamentar, probar, explicar, predecir, justificar y evaluar el conocimiento <sup>9</sup>.

Hacia este enfoque apuntan las reflexiones de Theodor Viehweg, Chaim Perelman y Robert Alexy, quienes plantean que la argumentación puede llevarnos más allá del convencimiento y de la persuasión, a un adecuado planteamiento del problema jurídico, a mejores alternativas de una solución equitativa y justa de las decisiones judiciales y en consecuencia a una consideración racional del Derecho como ciencia.

---

<sup>6</sup> Pierre Olerón. *L'argumentation*. Paris, P.U.F.1983. Cit. por Olsen A., Ghilardi. *El Razonamiento Judicial*. Academia de la Magistratura. Lima, 1997, págs. 62, 63.

<sup>7</sup> La retórica como arte de hablar en público tiene vida e historia común con el surgimiento de la Democracia en Atenas del siglo VI A.C. En: Alfonso Ortega. *Retórica. El arte de hablar en público. Historia, métodos y técnicas oratorias*. Madrid, 1989, pág. 17.

<sup>8</sup> Sanz, J., ob.cit.pág. 26.

<sup>9</sup> Según el maestro Sanz Elguera, la argumentación no sólo persuade o convence de la verdad de las tesis o conclusiones.Ob. cit., pág.27.

## CAPITULO II

### ANTECEDENTES DE LA TEORIA DE ARGUMENTACION JURIDICA

Han ejercido influencia preponderante en la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy el filósofo Aristóteles, los autores de las teorías ético analíticas (Stevenson, Hare, Toulmin, Wittgenstein, Austin, entre otros.), Jürgen Habermas (teoría consensual) y a nivel del Derecho, Theodor Viehweg y Chaim Perelman en cuyos planteamientos se fundamenta la teoría del discurso práctico general y el discurso jurídico.

#### 1. LA RETORICA

Los antecedentes históricos de la argumentación nos remiten al Libro III de Aristóteles titulado Retórica, como arte del discurso persuasivo orientado a persuadir, convencer.

La Retórica en la genuina formulación aristotélica, era considerada como el "eje principal que articulaba a la lógica demostrativa y la filosofía"<sup>10</sup>. Sin embargo, con el avance del conocimiento científico se dio pleno reconocimiento al razonamiento demostrativo basado en la lógica formal y la retórica quedó

---

<sup>10</sup> Perelman, Chaim., *L'empire rhétorique*. Paris, Vrin.1977, pág.11,12, y 13. Cit. por Ghilardi, ob.cit. pág.62.

relegada como todas las demás formas de pensar no lógicas, pasando a constituir un mero arte de la elocución o expresión .

Hoy, se sostiene que hay un renacimiento de la retórica, un volver a sus orígenes. Esta "rehabilitación de la retórica"<sup>11</sup> se manifiesta en el Derecho principalmente en los trabajos de Chaim Perelman, representante de la Escuela de Bruselas y Robert Alexy miembro de la Escuela Alemana de quienes nos ocuparemos más adelante.

Originariamente, Aristóteles planteó con mucha claridad la distinción de dos tipos de razonamientos. Una forma de razonar apodíctico que fundamentándose en la demostración concluye en premisas verdaderas o falsas.

En tanto que, el razonamiento epagógico comprende el campo de lo probable siendo incorporado en la argumentación dialéctica.

La Tópica Aristotélica contiene la doctrina del razonamiento sobre lo probable y está estudiado en los Tópicos (o Tópica) como " topoi ", lugar o lugares donde se generan las inferencias dialécticas y retóricas. Así la Tópica es "... el método que enseña a descubrir los puntos de vista apropiados, los lugares comunes eficaces para discurrir un tema cuya solución no rebasa el campo de lo probable..."<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Anduet, Armando. "Rehabilitación de la Retórica. Fases del Proceso Retórico. Tópica". En Razonamiento y Argumentación. Ed. Alveroni. Córdoba, 1993, pág. 73.

<sup>12</sup> Aristóteles. Tratados de Lógica (El Organón). Estudio Introductorio. Preámbulos a los tratados y notas al texto por Francisco Larroyo. Ed. Porrúa S.A., México, 1972, pág. 217 y sgts.

El razonamiento dialéctico según Aristóteles, no es sólo un ejercicio para la inteligibilidad en la discusión, sino que también es un medio para la adquisición del conocimiento que nos permite analizar y acceder al conocimiento de lo probable, de lo verosímil<sup>13</sup>. Encontramos pues en Aristóteles, los planteamientos básicos de la teoría de la argumentación como paradigma del discurso dialéctico  
 razonado dirigido a la adquisición de un conocimiento probable, verosímil, plausible<sup>14</sup>.

## 2. TEORIAS ETICO ANALITICAS

Las teorías éticas contemporáneas como el naturalismo, el intuicionismo, la posición no cognoscitiva y el neokantismo, especialmente la orientación de los filósofos analíticos<sup>15</sup> han influido de "cierta y determinada manera en la filosofía del derecho"<sup>16</sup> dando origen a consecuencias importantes en la jurisprudencia.

---

<sup>13</sup> Aristóteles, ob.cit. Libro I, Cap.2, §1,§2,§3. §4,§5,      pág.224.

<sup>14</sup> Un conocimiento con estas connotaciones es un saber no concluyente, donde no es posible la certeza absoluta.

<sup>15</sup> Filosofía que tiene que ver con el análisis lingüístico del lenguaje ordinario. Este modo de filosofía gira en torno de la teoría del significado y la fundamentación de las reglas del lenguaje. Está representado por la figura del segundo Ludwig Wittgenstein, seguido por las Escuelas de Oxford y Cambridge. En Blasco LL. Josep. Lenguaje, filosofía y conocimiento. Ed. Ariel, Barcelona, 1973, pág. 10.

<sup>16</sup> Naknikian, George. El Derecho y las Teorías Eticas Contemporáneas. Filosofía y Derecho. Centro Editor de América Latina S.A., 1969, pág.1.

Especialmente en los últimos tiempos, donde concepciones como la Teoría Pura del Derecho han ejercido una influencia predominante en la Filosofía del Derecho.

En la elaboración de la teoría de argumentación jurídica, aparece la influencia de las diferentes teorías éticas con sus diversos planteamientos acerca de la justificación de los discursos morales. En este trabajo, sólo nos referiremos a los autores mencionados por Robert Alexy como antecedentes de su teoría: Stevenson, Hare, Toulmin, Wittgenstein, Austin y otros. Y, de manera especial haremos alusión a la teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas.

Las teorías éticas como el naturalismo y el intuicionismo no están consideradas entre los antecedentes de la teoría de la argumentación<sup>17</sup>. El emotivismo como posición contrapuesta a las dos mencionadas, es representada por Stevenson<sup>18</sup> quien desarrolla una teoría de la argumentación moral y su concepción es particularmente importante para la teoría del discurso práctico racional. Stevenson plantea que los juicios morales no están referidos a hechos. Por el contrario, estos juicios tienen una función emotiva de influenciar en alguien. En cuanto a la justificación de los juicios de valor (argumentación moral) no existe una relación lógica (deductiva o inductiva), sino sólo una relación psíquica de carácter persuasivo orientado a influir. En lo que respecta a la argumentación moral Stevenson, distingue dos formas de justificación. Una

---

<sup>17</sup> Naknikian, ob. cit. pág. 11.

<sup>18</sup> Stevenson Ch. L. *Ethics and Language*, New Haven, Londres, 1944. Cit. por Alexy Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989, pág. 51 y sgts.

argumentación de carácter racional que se sustenta en hechos y otra no racional o persuasiva sustentada en definiciones persuasivas, expresiones emotivas.

Las ideas de Wittgenstein<sup>19</sup> y Austin<sup>20</sup> representantes de la filosofía analítica son particularmente importantes para la teoría del discurso práctico racional. En estos autores, el lenguaje sirve para la representación del mundo y los discursos morales como los discursos jurídicos son juegos de lenguaje<sup>21</sup> de un tipo propio. Tanto el habla y el actuar están estrechamente unidos. El lenguaje práctico de uso general así como los discursos morales y jurídicos constituyen sistemas lingüísticos guiados por reglas.

La filosofía de Oxford, se inserta en la corriente analítica del lenguaje ordinario y tiene consecuencias importantes en la jurisprudencia y la ética. Entre los filósofos de ascendencia oxoniana se consideran a S. Toulmin, R.M. Hare, J.L. Austin, H.L. A. Hart, entre otros. De ellos, Hart<sup>22</sup> es el único especialista en

---

<sup>19</sup> Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus lógico philosophicus*. Frnkfurt, A.M., 1969. Y, especialmente la obra "Philosophische Untersuchungender". Cit. por Blasco, LL. Josep, pág. 32 y sgts.

<sup>20</sup> Austin J.L. *How to do things with words*, London, Oxford, New York, 1962. Blasco LL., Josep, ob. cit.pág. 32.

<sup>21</sup> Se entiende por juegos de lenguaje los sistemas lingüísticos que permiten analizar la comunicación humana, la significación de las expresiones, sus usos diferentes en los distintos contextos.

<sup>22</sup>Hart, L.A. Herbert, autor de *Causation in the law* (1960) y *The concept of law* (1961). Como integrante de la corriente de la jurisprudencia inglesa de tendencia predominantemente analítica, sostiene que el papel central de la jurisprudencia es esclarecer el significado preciso de los términos fundamentales que aparecen en el discurso jurídico, poner en descubierto sus relaciones, y exhibir las semejanzas y distinciones que ellos reflejan.

Derecho.

Hare R.M.<sup>23</sup>, es considerado como uno de filósofos que más ha influenciado en la filosofía analítica del lenguaje. Esta concepción representada por los filósofos de Oxford, no admite que las expresiones éticas o valorativas pueden ser traducidas en proposiciones naturalistas del "ser". La tesis principal de Hare es el prescriptivismo, la cual sostiene que los juicios morales implican imperativos. Esta posición conduce al planteamiento de que no puede haber una deducción lógica de juicios morales a partir de proposiciones descriptivas. Según Hare la ética, debe ocuparse tanto del análisis lógico de las expresiones morales como de la investigación de la argumentación moral. Señala que, la significación de los conceptos éticos deben ser aclarados en el uso corriente del lenguaje<sup>24</sup>. En relación a la justificación de las proposiciones éticas los analistas de Oxford incluyendo Hare, niegan que pueda tener sentido una justificación basada en la razón. Los compromisos morales, las "buenas razones" últimas son nada más que decisiones, no actos de conocimiento. Decisiones que se sujetan u obedecen a mandamientos o reglas que son correlativos lingüísticos que prescriben cómo se debe actuar. Se dice que esta es la razón por la que los analistas de Oxford son partidarios de la posición no cognoscitiva. Sobre la justificación de los juicios morales sostiene la existencia

---

En Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis. Ed. Depalma, Bs.As., 1962, Traducción y nota preliminar de Genaro Carrió, pág. X y sgts.

<sup>23</sup> Hare R.M., *The Language of Morals*. London/Oxford/New York, 1952. P.III.

<sup>24</sup> Naknikian, ob. cit. págs. 45 y sgts.

de dos principios fundamentales denominados de universalidad y de prescriptibilidad, que le dan el carácter de racionalidad al discurso moral y lo equiparan a la racionalidad de las ciencias empíricas. En cuanto al discurso moral, éste es una actividad guiada por reglas y su fin es lograr el "equilibrio racional de intereses".

E. Toulmin<sup>25</sup> es otro autor que realiza un aporte importante al discurso práctico. Afirma Toulmin que los argumentos éticos tienen reglas de inferencia específicas para pasar de proposiciones sobre hechos a proposiciones normativas y que pueden ser determinables a partir del lenguaje.

De la teoría de Toulmin, así como de las otras concepciones mencionadas se extraen criterios y puntos de vista, que serán los soportes con los cuáles el autor estudiado construirá la teoría del discurso práctico racional. Tesis que sostienen, que el lenguaje de la moral tiene una especificidad propia y que no se reduce al planteamiento empirista o intuicionista. O que el discurso moral es una actividad guiada por reglas de "tipo propio" cuya función es el "equilibrio racional de intereses". Siendo, función del discurso práctico racional la elaboración de reglas que determinarán la actividad moral. Es a partir del discurso moral, donde se plantea la distinción entre reglas de juegos de lenguaje fácticos y reglas de justificación o fundamentación. Así como, la diferencia entre reglas de argumentación y las distintas formas de argumento. Es particularmente importante mencionar, la concepción ética que sostiene la justificación última del

---

<sup>25</sup> Toulmin, E. An examination of the place of reason in

ethics. Cambridge, 1950.

discurso moral a partir de proposiciones normativas de carácter universalizables. Por consiguiente en el razonamiento moral, quien aduce una razón **G** en favor de una proposición normativa **N**, presupone una regla que dice que **G** es una razón en favor de **N**<sup>26</sup>. De la noción de universalidad se deducen otros principios como el de generalizabilidad o generalidad. Finalmente, la concepción ético analítica sustenta la tesis que la argumentación práctica referida al discurso moral obedece a reglas que le dan carácter de racionalidad similar a la argumentación en las ciencias naturales.

### 3. LA TEORIA CONSENSUAL

En este acápite, trataremos algunos ítems importantes de la teoría consensual de Jürgen Habermas<sup>27</sup> el filósofo que más ha influenciado en Robert Alexy y cuyos planteamientos consideramos fundamentales para la comprensión de la teoría de la argumentación jurídica.

---

<sup>26</sup> El principio de universalidad es equivalente al célebre imperativo categórico de Kant que dice "obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal". Kurt Lissner. El concepto del Derecho en Kant. Centro de estudios Filosóficos. Universidad Nacional Autónoma de México, 1959, pág. 101 y sgts.

<sup>27</sup> Habermas, Jürgen. Teoría de la Acción Comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Ed. Taurus S.A., Madrid, 1987.

## ¿ cuál es la tesis de Habermas respecto a la teoría de la argumentación ?

Habermas parte sosteniendo que la racionalidad se encuentra inmanente a la acción comunicativa y cuando en ésta se produce un desacuerdo una instancia de apelación para proseguir con la práctica de la comunicación es a través de una teoría de la argumentación y la tesis del consenso <sup>28</sup>. En el acto del habla <sup>29</sup>, la argumentación interviene tematizando las pretensiones de validez que se han vuelto dudosas, fundamentándolas o desechándolas por medios argumentativos.

En el sentido planteado por Habermas, la argumentación tiene las características de una estrategia, un recurso metodológico que motiva al convencimiento y la aceptación de ciertas acciones respecto de ciertas normas o la validez de las normas respecto de ciertos principios <sup>30</sup>.

En el Derecho, un argumento convincente puede determinar la aceptación de una demanda o una decisión en el litigio.

---

<sup>28</sup> Sobre el consenso dice Habermas "...un consenso argumentativamente producido puede ser considerado como criterio de verdad sólo si existe la posibilidad estructural de interrogar, modificar y sustentar el respectivo lenguaje de fundamentación en que son interpretadas las experiencias..". En Robert, Alexy. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989. Pág. 122.

<sup>29</sup> Se entiende por acto de habla o actos de comunicación, la "interacción entre sujetos lingüísticos". Habermas, J., Teoría de la acción comunicativa. T.I. Pág. 355 y sgts.

<sup>30</sup> Giusti, Miguel. La Etica Discursiva de Jürgen Habermas. Revista ARETE. Vol. II. Nro.2. 1990. Pág. 175.

La racionalidad habermasiana no se limita a conductas que sólo se constaten en la acción comunicativa. Es también racional cualquier tipo de conducta que no sólo haga referencia a hechos, sino también a normas y vivencias, que van vinculadas a una pretensión de validez susceptible de críticas. Desde este punto de vista, Habermas distingue entre una acción basada en hechos de otra que hace referencia a normas. Dice "... los actos de habla constatativos encarnan un saber que se exponen explícitamente y hacen posible las conversaciones, son susceptibles de crítica bajo el aspecto de verdad. Cuando las controversias sobre la verdad de los enunciados se tornan pertinaces puede recurrir al discurso teórico como forma de proseguir con otros medios, la acción orientada al entendimiento. Este saber puede ser acumulado en forma de teorías. Las acciones reguladas por normas encarnan un saber práctico-moral. Pueden ser cuestionadas bajo el aspecto de rectitud, cuando tal pretensión de rectitud se torna problemática, puede, al igual que la pretensión de verdad, convertirse en tema y ser examinado discursivamente. Cuando se producen perturbaciones en el uso regulativo del lenguaje puede recurrirse al discurso práctico como forma de proseguir, con otros medios, la acción consensual. En las argumentaciones práctico-morales los participantes pueden examinar, tanto la rectitud de una determinada acción en relación con una norma, como también en un segundo paso, la rectitud de esa norma misma. Este saber se transmite en forma de representaciones morales y jurídicas..."<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup>Habermas, J. Teoría de la acción comunicativa. Pág. 427.

Según ello, existe un mundo objetivo de hechos al cual corresponde una verdad de enunciados que se desenvuelven a nivel del discurso teórico. Paralelamente, hay un tipo de acción regulada por un universo normativo al que corresponde una validez expresada en la rectitud normativa y que se desenvuelve a nivel del discurso práctico.

La argumentación a nivel del discurso práctico está guiada por una lógica que coordina acciones por otros medios que no tienen carácter coercitivo y se expresan por medio del consenso.

Al respecto, Robert Alexy considera que no basta una teoría que se fundamente en el consenso. En el caso de las proposiciones normativas, se requiere algo más. Y ese algo, son reglas <sup>32</sup>.

### **¿cuál es el concepto de verdad en la teoría consensual?**

En todas las teorías éticas el topos de los problemas, se ha situado en torno a la definición del status semiótico de los términos éticos como "bueno", "correcto", "deber", "obligación", y si los enunciados éticos pueden ser definidos como juicios susceptibles de ser verdaderos o falsos .

Al respecto, Habermas sostiene que la pretensión de validez de los actos de habla (constatativos, regulativos y emotivos) se manifiestan en el lenguaje de la comunicación, pero también existe una validez superior que va más allá de las

---

<sup>32</sup> Alexy Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Pág.116.

manifestaciones comunicativas sueltas y se dirige a objetivaciones culturales <sup>33</sup>.

El lenguaje de la comunicación, concretamente los "actos de habla" permiten que las expresiones regulativas o normativas como mandatos y valoraciones pueden ser fundamentadas de manera esencialmente idénticas a las proposiciones empíricas. Correspondiendo a la verdad de las proposiciones empíricas, la **corrección** de las expresiones normativas<sup>34</sup>.

La tesis básica de la teoría de la verdad de Habermas, se sustenta en el "acuerdo potencial de todos los demás" o "acuerdo racionalmente motivado" o "consenso universal".

En este punto, Habermas admite la coincidencia de la idea de "consenso universal" con la noción de "convencimiento al auditorio universal" que sostiene Chaim Perelman <sup>35</sup>, como veremos en este trabajo.

La idea del "consenso potencial", como fundamento de la verdad de las proposiciones, ha dado lugar a serias observaciones. Alexy por ejemplo, opina que este criterio de verdad a través del consenso difícilmente puede ser cumplido. La muerte, la coacción, el error y otros factores, etc., impedirán que se llegue al consenso universal.

La concepción de verdad del autor citado, tiene connotaciones específicas, tal es así que no depende del contenido sino de la obligatoriedad y justificación

---

<sup>33</sup> El concepto de verdad de Habermas se fundamenta en los actos de habla constatativos, siendo trasladada del nivel de la semántica al nivel de la pragmática.

<sup>34</sup> Alexy, R. Teoría de la argumentación jurídica, pag. 111.

<sup>35</sup> Habermas, J., Teoría de la acción comunicativa, pág. 51.

de los enunciados normativos. En ese sentido, la validez de las proposiciones normativas es equivalente a la verdad de los enunciados no normativos. La verdad, asume también un carácter finalista, en tanto que para fundamentar las proposiciones normativas se basa en reglas y principios (regla de fundamentación, principio de univesabilidad, generezabilidad, <sup>36</sup>). Consideraciones relevantes algunas de las cuales serán asumidas como aspectos constitutivos de la teoría de la argumentación jurídica.

### ¿ qué es el discurso en la teoría consensual?

El discurso es otro concepto que va formar parte de la teoría de la argumentación jurídica. Originariamente, la idea de discurso se remonta a Aristóteles <sup>37</sup>.

En la teoría consensual, nos parece importante hacer mención a la distinción entre Acción y Discurso, ya que constituyen conceptos fundamentales en el discurso práctico general. El mismo Alexy, considera como un paso decisivo de la teoría habermasiana, el haber encuadrado la teoría de los actos dentro de una teoría general de la comunicación.

---

<sup>36</sup> Según este principio, una norma es susceptible de generalización si puede aceptarse por todos sus consecuencias directas o indirectas para la satisfacción de las necesidades de cualquier individuo. Alexy, R. Ob. cit.pág. 138.

<sup>37</sup> El Estagirita considera que la dialéctica puede ser útil para el ejercicio de la conversación y para la adquisición filosófica de la ciencia. Aristóteles. Ob. cit., Lib. I, Cap. 2, § 1 al. § 25, pág. 224.

Las "acciones" constituyen juegos de lenguaje, comunicación, en donde se intercambian informaciones sobre experiencias de objetos en relación con el mundo. En tanto que, en los discursos se trata acerca de verdad de las proposiciones y su respectiva justificación. Los discursos, están descargados de acciones y libres de experiencias. En ellos, sólo se producen argumentos, los cuales deben reconocer o rechazar las pretensiones de validez problemáticas.

### **¿cuál es el fundamento de validez de las proposiciones normativas?**

Las proposiciones en general, no sólo los enunciados "básicos" o "genuinos", incluso los regulativos pueden validarse en el discurso<sup>38</sup>. Al respecto, Habermas señala cuatro criterios para determinar las pretensiones de validez de las proposiciones normativas: (1) que las proposiciones tengan una expresión inteligible, (2) se de la verdad en su contenido proposicional, (3) la corrección o adecuación de su contenido performativo, (4) la veracidad del sujeto hablante.

Estos criterios de validez se aplican cuando se hacen referencia a : **4.1.** Aserciones (actos de habla constatativos), **4.2.** Actos de habla regulativos (órdenes, promesas), **4.3.** Actos de habla intencionales, emotivos.

A efecto de la validación de los enunciados **4.1, 4.2, 4.3**, se emplean las "reglas de fundamentación" que constituyen las "condiciones mínimas" para que en la acción comunicativa pueda darse una forma de entendimiento. Reglas que también se mencionará cuando se haga referencia al discurso jurídico.

---

<sup>38</sup> Los actos de habla cuando expresan juicios de valor y de deber, pueden considerarse actos de habla regulativos.

### ¿ cómo se entiende la lógica del discurso habermasiano?

En principio, la lógica habermasiana se sustenta en el discurso práctico. En el centro de esta lógica, se encuentra el concepto de argumento que consiste en los diversos medios de fundamentación que nos motiva a reconocer la pretensión de validez de una afirmación o de una orden o en su caso de una valoración.

En consecuencia, el argumento tiene una función importante en cuanto nos permite la fundamentación de una proposición normativa como también puede ser constatativa referida a hechos.

### ¿cúal es el procedimiento que sigue la argumentación para la fundamentación?

La teoría consensual, sostiene que la estructura lógica de la argumentación es similar en las proposiciones normativas y no normativas en el siguiente ejemplo:

$D \rightarrow C$

↑

W

↑

B

En donde una orden C ("A debe devolver a B cien soles") se justifica con el hecho D ("el hecho de que B le prestó a A cien soles"), y la regla W (los préstamos deben ser devueltos dentro de los plazos indicados). En esete caso, sostiene Habermas, que el proceso de justificación de las reglas (validación de las proposiciones normativas) no es deductivo ( en la relación de B a W, por ejemplo), ni inductivo y se justifica recurriendo a principios como el de universalidad (de aceptación, consenso) que se manifiestan como equivalentes a la inducción que se da en los discursos teóricos.

Tanto el principio de universalidad ( y de su derivado el principio de generazabilidad), así como las demás reglas de fundamentación, son las encargadas de justificar la validez de las proposiciones normativas y determinar la rectitud o la justicia de las acciones humanas.

Habermas también propone la tesis de la "situación ideal de diálogo", donde el consenso supremo se alcanzará gracias a una norma trascendental denominada "pragmático universal".

El principio al que alude Habermas como justificación última, nos remite al imperativo categórico trascendental de Kant<sup>39</sup> y, en el Derecho nos recuerda a Kelsen cuando éste alude como fundamentación normativa última, a la "norma

---

<sup>39</sup> Según Kant, el imperativo categórico es un juicio sintético a priori que no se deriva de la experiencia y está ligado a la ley de la razón y se expresa en la forma de "obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal". En Kurt Lisser, El concepto del Derecho en Kant. Centro de Estudios Filosóficos.UNAM. Cuaderno 4. México. 1959. pág. 12 y siguientes.

fundamental o hipotética"<sup>40</sup> .

En tal sentido, Habermas considera que su teoría ética es, al igual que la de Kant, una ética deontológica, cognitiva, formalista y universalista<sup>41</sup> .

### CAPITULO III

#### TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA

En esta tercera parte, se tratará de describir las teorías de Theodor Viehweg y Chaim Perelman a quienes se les considera como ya se ha dicho, los precursores de las actuales teorías de la argumentación jurídica <sup>42</sup> .

---

<sup>40</sup> La Teoría Pura del Derecho opera con esta norma fundamental considerándola como fundamento hipotético. Hans Kelsen. Teoría Pura del Derecho. Ed. Losada, S.A., Buenos Aires, 1941, pág. 99.

<sup>41</sup> Giusti, M., art.cit.pág.2.

<sup>42</sup> Atienza, Manuel. Introducción a la Argumentación Jurídica. Algunos capítulos de este libro han sido publicados como materiales de lectura para la capacitación de jueces, por la Academia de la Magistratura. Lima, 1997. Cap. VII, pág. 336.

## 1. LA TOPICA

Tópica y Jurisprudencia<sup>43</sup> es un trabajo "monográfico"<sup>44</sup> de Theodor Viehweg para la obtención de su "venia docendi" en la Universidad de Munich el año 1953. Esta obra en opinión de los críticos, constituye una de las aportaciones más importantes de los últimos tiempos a la teoría de la ciencia jurídica, marcando un hito importante en el desarrollo de la jurisprudencia como ciencia<sup>45</sup>.

La tesis fundamental de Viehweg es considerar a la tónica como una técnica del pensamiento que se orienta hacia problemas<sup>46</sup> y para cuya sustentación se remite a la tesis aristotélica expuesta en la Topika.

En lo que respecta a la Ciencia del Derecho, Viehweg postula la tesis que el objeto de la ciencia del Derecho es la "discusión de problemas"<sup>47</sup> y la desarrolla haciendo un recorrido histórico de la Tónica en Aristóteles y Cicerón. Examinando el Ius Civile, el Mos Italicus en sus elementos tónicos y sus infiltraciones de la tónica en la doctrina civilista.

---

<sup>43</sup> Theodor Viehweg, Tónica y Jurisprudencia. Ed. Taurus, Madrid, 1964. Prólogo de Eduardo García Enterría. Traducción de Luis Díez-Picazo de León.

<sup>44</sup> Calificación que el autor da a su trabajo. Ob.cit.pág.21.

<sup>45</sup> Ver Viehweg, T."Prólogo de Eduardo García Enterría"., ob. cit. pág. 1 y sgts.

<sup>46</sup> Viehweg, T., ob.cit. pág. 50.

<sup>47</sup> La tónica de Viehweg, según García de Enterría, es la "techné del pensamiento de problemas", de un pensamiento que opera por ajustes concretos para resolver problemas singulares partiendo de directrices o de guías que no son principios lógicos ..., sino simples loci communes de valor relativo y circunscrito revelados por la experiencia. Ver, Tónica y Jurisprudencia, pág. 14.

Viehweg es considerado como uno de los precursores de las teorías de la argumentación jurídica y uno de los primeros investigadores de la tópica en relación con la jurisprudencia.

### **¿ qué es un problema?**

Al respecto, afirma el autor que un problema es "...toda cuestión que aparente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar y a la que hay que buscar una única respuesta como solución". Desde este punto de vista, el problema está siempre presente en situaciones donde hay más de una respuesta o ninguna.

Considera Viehweg que nuestra vida diaria está saturada de problemas y que afrontamos mediante la búsqueda de premisas adecuadas que nos orientan y que nos sirven como "puntos de vista directivos"<sup>48</sup>. A esta forma de proceder la denomina "tópica de primer orden". En tanto que, cuando el problema se vincula a un catálogo de puntos de vista o tópicos ya preparados para resolver problemas, nos encontramos frente a una "tópica de segundo orden".

En este punto, Viehweg hace mención histórica a los catálogos tópicos que se han propuesto a lo largo de los siglos. Nosotros, no haremos referencia a este aspecto tratado por el autor, sino a aspectos metodológicos vinculados a la teoría de la argumentación.

---

<sup>48</sup> Esta opinión de Viehweg se retomará en Perelman y especialmente en la teoría de Robert Alexy.

La tónica como teoría del pensamiento no es autónoma, en la medida en que depende del problema y su sentido, así como sus enunciados están en función del problema. Al respecto, Viehweg afirma que los tópicos "tienen que ser entendidos de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hitos conductores del pensamiento" <sup>49</sup>.

En lo que respecta, a los catálogos de tópicos y el problema, la relación no es "ininterrumpible". El modo de pensar problemático, según Viehweg, es esquivo a la vinculación. Sin embargo, la presencia de los tópicos proponiendo preguntas y respuestas adecuadamente e indicando que es lo que parece digno de una reflexión apropiada posibilita el acuerdo recíproco.

La dialéctica desempeña también una función importante en la teoría de la tónica, es la instancia donde las premisas fundamentales se legitiman por la aceptación del interlocutor. Siendo ésta (la dialéctica) el procedimiento de fundamentación de las premisas, las cuales se califican a la vista del respectivo problema como "relevantes" o "irrelevantes", "admitibles" o "inadmitibles", "aceptables" o "inaceptables", "defendibles" o "indefendibles", etc.

Constituye pues la discusión, la única instancia de legitimación y de ejercicio de control de los tópicos. De lo cual se deduce, "lo que en la disputa ha quedado probado en virtud de la aceptación es admisible como premisa" <sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Viehweg, T., ob.cit.pag. 56.

<sup>50</sup> Viehweg, T. ob.cit. pág. 61.

En este nivel considera Viehweg, que la lógica es innecesaria ya que con la **demostración** desaparece la tónica y con ella la invención. La Tónica no trata de sistematizar enunciados, las proposiciones con que opera sólo en una medida muy insuficiente pueden demostrarse lógicamente. Por consiguiente, el interés de la tónica radica sólo en configurar la discutibilidad de las premisas del modo más claro y fácil posible<sup>51</sup>.

Por lo que, la sistematización así como la demostración no tiene trascendencia en la tónica. Ya que, en la demostración las proposiciones y las conclusiones que se pueden extraer del problema, llegan en un momento a emanciparse del problema y pueden desnaturalizar la situación inicial (del problema). Por lo que, la tónica es una "búsqueda de premisas y con ello, al *ars inviniendi*" diferente a la lógica demostrativa o *ars indicando*"<sup>52</sup>.

Desde esta perspectiva, la tónica es una meditación prelógica, pues como tarea, la *inventio* es primaria y la *conclusio* secundaria. La tónica señala cómo se encuentran las premisas, la lógica las recibe y trabaja con ellas.

En cuanto al catálogo de tópicos, éstos son flexibles y elásticos, pudiendo agrandarse o empequeñecerse, ser admitidos o no admitidos en un determinado momento.

Admite Viehweg que, el procedimiento de buscar premisas que apuesten catálogos de tópicos para las cuestiones que pueden plantearse, es poco apreciado

---

<sup>51</sup>Viehweg, Theodor, ob.cit.pág. 64.

<sup>52</sup> Viehweg, T. ob.cit. pág. 58. y sgts.

por la ciencia moderna. Sin embargo, considera que la tónica y sus catálogos tienen una importancia trascendental en la búsqueda del entendimiento humano, ya que permiten un procedimiento de conocer muy característico.

Consideramos que el aporte de Theodor Vhieweg al aspecto metodológico del Derecho es de gran trascendencia, ya que la naturaleza jurídica es en esencia un conflicto de intereses que reclaman solución.

La tónica en ese sentido es una guía que posibilita alternativas de respuesta a los problemas jurídicos. La teoría de la argumentación jurídica ha hecho suyo ideas fundamentales de la tónica y criticado su negativa a considerar la participación de la lógica moderna, por ejemplo.

## 2. LA NUEVA RETORICA

Chaim Perelman profesor de la Universidad de Bruselas es reconocido en el campo jurídico como el fundador de la Retórica Moderna. Es autor de **La Nouvelle Rhétorique. Traité de L'Argumentation**<sup>53</sup>, obra fundamental escrita conjuntamente con madame L. Olbrechts-Tyteca en 1958. Existe una traducción al español que lleva el título "Lógica Jurídica y la Nueva Retórica" publicado por Editorial Civitas en 1979. Y, algunas otras publicaciones que corresponden a disertaciones de Perelman en Congresos<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup>Ch. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca. *La Nouvelle Rhétorique. Traité de L'Argumentation*. Presses Univeritaires de France, Paris, 1958.

<sup>54</sup> Chaim Perelman. " El razonamiento Jurídico". Actas del Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Bruselas, 1971. Otra trabajo al cual se ha tenido

La obra de Perelman ha sido motivo de estudio por juristas que hoy vienen incursionando en el campo de las teorías de la agumentación jurídica, a quienes nos referiremos para señalar los aspectos resaltantes de la teoría de CHAIM PERELMAN.

### **La Teoría de la Argumentación.**

Perelman considera su teoría como una reanudación de la tradición de la antigua retórica de Aristóteles, Cicerón y Quintiliano. Según este criterio, la retórica genuina de origen aristotélico estaba distribuida en tres campos. La teoría de la argumentación, considerada como el eje principal que unía la lógica a la filosofía. La teoría de la elocución y una teoría de la composición del discurso. Sin embargo, lo que ha sucedido con el tiempo es que la Retórica perdió toda conexión con la filosofía limitándose a cumplir un papel de expresividad oral<sup>55</sup>.

La teoría perelmaniana se plantea reconstruir la antigua retórica en su función principal, la de crear un campo de razonamiento de carácter práctico, es decir, una teoría de la argumentación. Para lo cual, sostiene la idea que en el dominio de lo que es

**"preferible", "aceptable o razonable"** los razonamientos no son ni deducciones formalmente correctas, ni inducciones que van de lo particular a lo general, sino

---

acceso es " Les antinomies en Droit. Essai de Synthèse. Bruxelles. Ed. Du Griffon, 1964.

<sup>55</sup> Ghilardi, Olsen. Ob. cit. pag. 621 y sgts.

argumentaciones de toda especie, que tienden a ganar la adhesión. Esta lógica llamada también "material o informal" se basa en argumentaciones de carácter dialéctico que tiene por objeto aceptar o rechazar una tesis en debate <sup>56</sup>.

La argumentación al que alude Perelman, tiene un silogismo peculiar que la diferencia del silogismo dialéctico de Aristóteles <sup>57</sup>. En el silogismo dialéctico hay dos enunciados que se expresan como "plausibles o "probables"<sup>58</sup> tanto en Perelman como en Aristóteles. Pero la conclusión en este último, es una derivación deductiva de las premisas<sup>59</sup>. En Perelman, el razonamiento que también es considerado dialéctico se fundamenta en la "adhesión" explícita de los interlocutores en cada paso, la que va determinar que el razonamiento se desarrolle y avance <sup>60</sup>.

Por consiguiente, en la argumentación la forma de razonar es de naturaleza diferente a la demostración. En esta última la conclusión es una deducción de axiomas de acuerdo con reglas de inferencias.

Las teorías de argumentación jurídica actuales han criticado esta posición perelmaniana respecto a la lógica, considerándola que presenta una carencia de

---

<sup>56</sup> "Les logiciens se doivent de compléter la théorie de la démonstration ainsi obtenue para une théorie de l'argumentation...". Perelman, *Traité de L'argumentatio*, Ob.cit., pág. 213.

<sup>57</sup> Aristóteles en su *Tratado de Lógica (El Organon)*, L.VIII, *Tópica*, Cap.I, pág. 223, distingue el silogismo demostrativo del silogismo dialéctico. En tanto que, la demostración es un silogismo formado de proposiciones primitivas y verdaderas; el silogismo dialéctico es el razonamiento que saca su conclusión de proposiciones simplemente probables.

<sup>58</sup> Aristóteles llama "probable" lo que aparece como tal, ya en la mayoría, ya a los sabios; y entre los sabios, ya a los más ilustres y más dignos de crédito. Ob. cit. pág.223.

<sup>59</sup> Alexy R., Ob. cit. pág. 159.

<sup>60</sup> Alexy, R. *Teoría de la Argumentación*, pág. 154 y sgts.

fundamentación en este aspecto, ignorando la existencia de la lógica moderna <sup>61</sup>

## EL AUDITORIO UNIVERSAL

El auditorio constituye la clave fundamental de la teoría de la argumentación de Perelman. Tal es así que, la justificación, validación o corrección de un argumento está determinada por la aceptación del auditorio al que se persuade <sup>62</sup>.

El auditorio constituye la instancia ante el cual se deberá plantear los argumentos y finalmente se tratará de alcanzar la aceptación mediante la práctica del convencimiento.

En cuanto a los límites del auditorio, Perelman distingue el auditorio particular al que se busca "persuadir" y en ese sentido lograr sólo su "eficacia", de un auditorio universal al cual se busca "convencer" y lograr su validez.

La idea de auditorio universal puede "involucrar al conjunto de todos los hombres en cuanto seres que argumentan" o "la composición de las ideas de individuos particulares y de diversas culturas" o "un acuerdo de todos los seres racionales".

En esos diversos sentidos, la idea de auditorio puede asumir una connotación psicológica, sociológica como sostiene Alexy.

Pero en Perelman el auditorio universal es más que eso, constituye una

---

<sup>61</sup> En ese sentido opinan Robert Alexy como Manuel Atienza. Este último es más crítico, en cuanto involucra en esa opinión a la teoría de la argumentación jurídica de Alexy y MarComick como veremos más adelante.

<sup>62</sup> En Perelman, persuasión es equivalente a convencimiento.

aspiración ideal de los filósofos que del legislador o el juez, cuyo interés inmediato por cierto, es orientar sus decisiones únicamente de acuerdo con los deseos (interés de los litigantes) y convicciones de la comunidad que los ha instituido o bien elegido como autoridad.

Aún en este último caso, consideramos que la idea de los valores fundamentales de la sociedad moderna (libertad, igualdad, seguridad jurídica, ciudadanía, etc.), deben estar implícitos en la ley o en una decisión judicial o administrativa, aunque de manera directa o inmediata respondan a intereses particulares <sup>63</sup>.

Desde este punto de vista, Alexy sostiene que la idea de auditorio es una "condición necesaria" pero no suficiente para alcanzar la racionalidad.

Por último, el auditorio universal nos recuerda a la noción de "situación ideal" de la teoría de Habermas.

## **ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACION**

En cuanto a la estructura del argumento, Perelman distingue dos tipos de enunciados: premisas y técnicas.

Considera premisas aquellos objetos que pueden ser reales (hechos, verdades y presunciones); y como

---

<sup>63</sup>. Al respecto Rawls plantea un criterio de justicia como equidad en donde personas libres y puramente racionales, no sólo se preocuparán por su propio interés, sino también de fortalecer el sistema total de libertades. En Santiago Nino, Carlos. Introducción al Análisis del Derecho. Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1983. 408 y sgts.

premisas preferibles (valores, jerarquías y lugares). Sólo las premisas referidas a lo real tienen pretensión de validez frente al auditorio universal. En tanto que los valores, jerarquías y lugares sólo pueden encontrar el acuerdo en auditorios particulares.

Como técnicas argumentativas el pensamiento perelmaniano plantea dos formas de argumentos. La asociación como "reconducción" de una unidad de elementos; y la disociación como descomposición de una unidad de elementos separados.

La interacción de argumentos, es otro aspecto de la teoría perelmaniana que va ser retomada por Alexy, al tratar los "argumentos adicionales" y la "regla de saturación". Al respecto, Perelman afirma que, cuando los argumentos son distintos e independientes entre sí y llevan al mismo resultado puede hablarse de un "refuerzo por adición". En tanto que los argumentos se fundamentan mediante nuevos argumentos se habla de un "refuerzo por regresión".

El argumento particularmente importante y asumido por la teoría alexiniana es el principio de inercia, según el cual una idea que haya sido aceptada una vez, no puede rechazarse sin un motivo suficiente. Este principio, determina a quien corresponde la carga de la argumentación. Si la apelación es a una praxis

existente, el interlocutor no está obligado a ninguna justificación. Sólo el argumento contrario a lo admitido, exige justificación. Este principio, permite limitar el campo de exigencia de la justificación, no siendo necesario justificarlo

todo, sino sólo aquéllo en lo que con razones se duda <sup>64</sup>.

La aplicación del principio de inercia, garantiza la seguridad jurídica y es considerado uno de los principios fundamentales del estado moderno. De esta forma, tanto las normas como las decisiones jurídicas no deben modificarse sin una justificación suficiente. El principio de la inercia, desde esta perspectiva, constituye el fundamento de la estabilidad de nuestra vida intelectual y social.

## EL RAZONAMIENTO JURIDICO

El razonamiento jurídico, constituye para Perelman, un caso particular muy elaborado de razonamiento práctico y cuya característica fundamental es la de persuadir aquéllos a quienes se dirige.

En la aplicación de la ley, el juez usa diversas formas de argumentos (jurídicos, morales, sociales, etc.). Cualquiera de estas argumentaciones se considerarán como "buenas razones jurídicas", siendo suficiente que el juez las considere en su razonamiento<sup>65</sup>.

La teoría de la nueva retórica de Perelman, ha tomado como modelo de razonamiento jurídico típico, el razonamiento judicial efectuado por los jueces en la aplicación del Derecho. El razonamiento judicial no tiene carácter deductivo. El fallo no se presenta como un conjunto de premisas de las cuales

---

<sup>64</sup>Alexy, R., ob. cit. pág. 171 y sgts.

<sup>65</sup>Perelman, Ch. "El razonamiento jurídico". Tomado de las Actas del Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Bruselas, 1971, pág.43.

se deduce una conclusión. Por el contrario, el fallo (o la conclusión) constituye una decisión justificada.

Como se ha mencionado el silogismo aristotélico se diferencia del silogismo perelmaniano en que la conclusión o resultado deriva de manera obligatoria e impersonal de las premisas ( juega aquí el criterio de necesidad señalada por Aristóteles). En el caso de las decisiones judiciales, en donde el razonamiento es también de carácter silogístico, la conclusión es el resultado no sólo de las premisas formuladas (razones lógicas). Sino también, intervienen diversos argumentos como la responsabilidad y la integridad del juzgador hasta argumentos contextuales, etc.

Otra expresión de razonamiento jurídico es el practicado por el jurista. Este estudioso del derecho elabora teorías jurídicas a los cuales suministra una interpretación motivada de un texto o propone una nueva legislación, y medirá el éxito de su empresa en la aprobación que recibe de la jurisprudencia, o bien del legislador y de la comunidad jurídica.

Así, la ciencia jurídica se limita a cumplir la función de preparar y justificar las decisiones emitidas por los jueces u obtener la aceptación del legislador ( o del auditorio legislativo).

Al respecto, consideramos que el trabajo de un estudioso del Derecho representa también una labor de sistematización y construcción teórica que va más allá de la función práctica de interpretación y proposición de nuevas normas. En ese sentido, las opiniones de los juristas no se restringen a la aceptación del auditorio judicial o legislativo, sino que en todo caso se someten a la aprobación

de los científicos del Derecho.

La casi dependencia de la Ciencia del Derecho respecto a la actividad judicial, jurisprudencial y legislativa, constituye una de las objeciones que la crítica ha formulado en contra de la teoría de Perelman y también a la de Robert Alexy como se mencionará más adelante.

Finalmente, frente a los problemas de ambigüedad en el texto legal, antinomias, lagunas, Perelman propone que el juez debe aplicar el recurso de la argumentación como la única capaz de suministrar buenas razones para motivar su decisión en forma correcta.

La argumentación constituye la forma más común de trabajar en el mundo jurídico. Desde este punto de vista, la argumentación puede considerarse como un instrumento metodológico importante para repensar los diferentes topoi jurídicos, tomando en consideración no sólo el carácter esencialmente normativo del Derecho, sino también incorporando contenidos de naturaleza moral, cultural, política, etc.

Al respecto, Perelman opina que " el recurso de los tópicos jurídicos no se contraponen en ningún modo a la idea de un sistema de derecho, sino a la aplicación rígida e inflexible de las reglas. Por el contrario permite el desarrollo de argumentos y de controversias, de modo que se pueda tomar una decisión reflexiva y satisfactoria después de haber evocado todos los puntos de vista.."66.

---

<sup>66</sup>Perelman, Ch. "Relación de algunos tópicos jurídicos y críticas a su empleo". En : *Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Ed. Civitas, Madrid,. 1979, pág.94.

Los tópicos jurídicos que juegan una función importante en la fase de descubrimiento de los argumentos, no se contraponen a la dogmática y tampoco a la práctica. Los tópicos permiten elaborar una metodología que se inspira en la práctica, y guía el razonamiento jurídico en lugar de contraponer el derecho a la razón y a la justicia, esforzándose por el contrario, en conciliarlos.

Perelman es el teórico que después de Theodor Viehweg ha rescatado el tema de los "tópicos jurídicos", dándole un valor cognoscitivo fundamental como instrumento metodológico para el descubrimiento de problemas jurídicos y de argumentaciones.

## CAPITULO IV

### TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA DE ROBERT ALEXY

La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, es el núcleo central de este trabajo. La exposición de las teorías precedentes, consideramos que ha sido necesaria para la comprensión de la tesis del autor, ya que ellas, constituyen los presupuestos teóricos en que se ha basado para la fundamentación de su teoría.

Las ideas básicas de la teoría de la argumentación jurídica contiene los siguientes puntos: fundamentación de las proposiciones normativas, el discurso práctico general, el discurso jurídico, la argumentación jurídica, tipos de argumentación y justificación de la argumentación.

#### 1. FUNDAMENTACION DE LAS PROPOSICIONES NORMATIVAS

La búsqueda de la fundamentación de los enunciados de valor y de deber, han constituido el punto de partida de las reflexiones de la ética analítica y a su vez, han sido las motivaciones para los estudios de las diferentes teorías de la argumentación jurídica.

La teoría de Robert Alexy, en este punto asume la posición que las proposiciones normativas<sup>67</sup> que se refieren a juicios de "valor" y "deber" son prescripciones y por tanto, no se reducen a expresiones empíricas o a alguna entidad no empírica. En cuanto a su justificación, las proposiciones normativas no buscan la verdad o falsedad, ellas aspiran a una "pretensión de corrección". Desde este punto de vista, una proposición normativa que expresa "lo correcto", "lo justo", "lo bueno, "lo debido," no designa propiedades o relaciones no empíricas como lo admitía el intuicionismo. Tampoco las normas y los juicios de valor hacen referencia a expresiones empíricas, tal como sostiene la posición del naturalismo. Y, menos aún, estas proposiciones tienen que ver con expresiones o descripciones de sentimientos o de actitudes, ya que éstas no pueden mostrarse como correctas o incorrectas.

## 2. TEORIA DEL DISCURSO PRACTICO RACIONAL

La tesis básica de la teoría de argumentación jurídica de Robert Alexy es la búsqueda de la racionalidad a partir de una teoría del discurso que tratará de

---

<sup>67</sup>Von Wright, G. Henrik. Norma y Acción. Una Investigación Lógica. Ed. Tecnos. Madrid, 1970. Hace un estudio del discurso normativo, dividiéndolo en tres grandes grupos: reglas, prescripciones y directivas. Las reglas contienen un conjunto de patrones fijos, formas fijas para determinar si el discurso es correcto (ejm. las reglas del juego de ajedrez). Las reglas pese a ser normativas, no describen ni prescriben, sino que determinan algo. Las prescripciones son normas que se dan o se dirigen a los agentes en relación a su conducta. (ejm. las leyes del estado). Las directrices o normas técnicas presuponen fines de la acción humana y relaciones necesarias de los actos con estos fines. Las normas morales no están encuadradas en esta clasificación. Son normas sui generis, autónomas conocidas como "deontológicas. Págs. 26 y sgts.

diseñar señalando los aspectos que comprenden las reglas y formas de argumentación, su justificación y los límites y alcances del discurso práctico.

### ¿Cómo aparece el discurso?

Cuando se ingresa al campo en que se cuestiona la validez, justificación de las proposiciones normativas (si son correctas o incorrectas), nos encontramos en el terreno del discurso.

Los discursos que tratan de proposiciones normativas se denominan "discursos prácticos". Estos constituyen una cadena de actos, en donde se produce de manera permanente la necesidad de la discusión en relación a la justificación de las proposiciones normativas. La discusión no es abierta; por el contrario, quienes discuten se ajustan a ciertos "criterios o reglas" con el objeto de pretender la corrección o justificabilidad de las proposiciones y diferenciar las razones o argumentos válidos de los inválidos.

Si no se observan estas reglas, el discurso podría ser infinito, tal que a una regla **N1** podría suceder otra razón **G1** y una regla **R1**.

Ejemplo:

(N): " A ha infringido la norma de pagar impuestos"

(G): " A no ha pagado impuestos"

(R): " Hay una norma que obliga pagar impuestos"

Esta fundamentación en cadena ininterrumpida, podría evitarse según Alexy, mediante una serie de "exigencias" en el acto de la fundamentación que "no garantizan ciertamente la certeza definitiva de todo resultado, pero sin embargo caracterizan este resultado como racional"<sup>68</sup>. Según el autor estas reglas, no se refieren sólo a las proposiciones normativas, sino también al comportamiento del hablante.

### **Características del discurso práctico.**

El discurso, representa un conjunto de acciones interconectadas que se orientan a comprobar la verdad o falsedad o corrección o incorrección de las proposiciones.

El discurso tienen carácter "práctico", dado que se manifiesta en los actos de habla en los que existen participantes. Afirma Alexy que podría darse el caso de un discurso interno, cuando una persona se confronta con posibles contraargumentos de oponentes imaginarios.

Un caso especial de discurso práctico, es el discurso jurídico que se distingue por su especificidad, que tiene lugar bajo condiciones limitativas impuestas por la ley, la dogmática y el precedente.

En una teoría del discurso general pueden identificarse hasta tres tipos de discursos: empírico, analítico y/o normativo. Un discurso empírico describe y explica la correlación entre determinados grupos de hablantes y el empleo de

---

<sup>68</sup> Alexy, R., *ib. cit.* pág. 177.

embargo, permiten caracterizar este resultado como racional"<sup>71</sup>. De esta manera, el discurso permite que el resultado o la conclusión sea plausible o probable, siendo una forma de razonamiento diferente a las formas de razonar teóricos<sup>72</sup>.

## RACIONALIDAD DEL DISCURSO

Como se ha mencionado, el autor sostiene que la racionalidad del discurso está determinada por reglas las cuales se pueden obtener a través de cuatro vías o formas:

**PRIMERA REGLA:** Considerar las reglas del discurso como reglas técnicas que prescriben los medios para alcanzar determinados fines. Según ello, el discurso puede tener una fundamentación técnica, si cumple o no con los medios fijados para alcanzar ciertos fines.

Von Wright considera que entre las diferentes categorías de normas que se ocupan de lo que debe, o puede, o tiene que no hacerse (ligadas a la acción) se encuentran un tipo de directrices o normas técnicas que guardan relación con los medios a emplear para alcanzar un determinado fin<sup>73</sup>.

Según Alexy, la fundamentación de los discursos normativos mediante reglas técnicas genera dos objeciones. Una, si el fin es para justificar la regla,

---

<sup>71</sup> Alexy Robert. Ob. cit. pág. 177.

<sup>72</sup> Aristóteles. Ob. cit. pág. 217.

<sup>73</sup> Von wright, G. H. Norma y Acción. Pág. 29.

entonces ¿ con qué regla ha de justificarse el fin?. Otra, si ¿ el fin puede fundamentar el cumplimiento de todas las reglas del discurso, incluyendo normas incompatibles entre sí? o ¿sólo el fin esta presente cuando se señalan el cumplimiento de reglas técnicas?

Al respecto Alexy, sostiene que la fundamentación del discurso mediante reglas técnicas, sólo es válido cuando se fijan fines delimitados.

Consideramos como un ejemplo típico de reglas de esta naturaleza, el caso de la justicia formal<sup>74</sup>. Según esto, el discurso procesal se considera jurídicamente válido, si se limita al cumplimiento u observación de las reglas procesales o procedimentales. Otro ejemplo, es la ley cuya validez es reconocida formalmente, sí cumple con las reglas procedimentales (legislativas) en su emisión .

**SEGUNDA REGLA:** Hace referencia a la fundamentación de los discursos a través de reglas de carácter empírico, los cuales no abarcan a la generalidad de los hechos. Unicamente se da, cuando estas reglas son "seguidas realmente en medida suficiente" o que los "resultados producidos por estas reglas tienen correspondencia con los argumentos o convicciones normativas".

Por consiguiente, el carácter empírico de las reglas no se plantea en relación a "hechos" en cuanto objetos de la realidad, sino que hacen referencia a la "eficacia de las reglas" y a la "existencia de convicciones normativas".

---

<sup>74</sup> En los juicios, la teoría del debido proceso garantiza este tipo de justicia formal.

En el Derecho los hechos<sup>75</sup> tienen relevancia jurídica en la medida que formen parte del contenido de una norma jurídica. De manera que, los hechos sólo tienen connotación en la medida en que se ajusten a una regla jurídica.

Por otro lado la argumentación que se sustenta en las reglas empíricas no es definitiva y depende de otras formas de fundamentación. Aún así, estas reglas tienen bastante importancia, en la medida en que pueden contribuir y de hecho lo hacen, dando razones valederas al discurso y su fundamentación<sup>76</sup>.

**TERCERA REGLA:** Este tipo de fundamentación propone un sistema de reglas definidas mediante un juego de lenguaje denominadas "reglas definatorias".

Así, se puede tratar la fundamentación de un discurso, a partir un sistema de reglas "hipotéticas" cuya existencia se admiten de hecho, sin mayores razones que su presentación o planteamiento.

La objeción a estas reglas definatorias es su carácter impositivo, ya que podrían conducir a una arbitrariedad. Pero también, existen ciertas ventajas en estas reglas, la de construir criterios nuevos de fundamentación.

En el Derecho, la figura del contrato nos aproxima a las reglas hipotéticas, en donde las partes intervinientes fijan libremente sus reglas de juego en función de sus propios intereses, a fin de llegar a un acuerdo con la única

---

<sup>75</sup>Jurídicamente un hecho es un acaecimiento y, acontecimiento concreto que se da en el espacio y en el tiempo y que pueden ser constitutivo, impeditivo, modificadorio, transformativo, extintivo de conductas. Enciclopedia Jurídica Omeba, pág. 657.

<sup>76</sup> El dato empírico contribuye a la tipificación de una conducta como delito; sin embargo, asumir una decisión judicial, requiere de otros argumentos más, que lleven al juez a la convicción plena de la responsabilidad del infractor.

limitación de no infringir la ley.

Aquí el juego del lenguaje contractual determina la aceptabilidad del acto<sup>77</sup>.

CUARTA REGLA: La fundamentación del discurso a través de reglas que permitan la comunicación lingüística <sup>78</sup>. Con estas reglas de justificación, se posibilita la "producción de argumentos" y la "elaboración de reglas "a partir de determinados actos del habla. La fundamentación del discurso a través de estas reglas se denomina "pragmático-universal".

La fundamentación de estas reglas basadas en la comunicación lingüística da origen a complicados problemas de carácter filosófico y científico motivados por el carácter ambigüo del lenguaje común. Sin embargo, para Alexy las reglas de la comunicación son "absolutamente fundamentables" y que algunas de ellas están presupuestas de manera general y necesaria en la "comunicación lingüística" y en ese sentido, son constitutivas de formas de comportamiento específicamente humanos <sup>79</sup>.

Los cuatro modos de fundamentación que propone la teoría de la argumentación, no pretenden que los discursos prácticos sean totalmente

---

<sup>77</sup> El Código Civil Peruano de 1984, en el artículo 1411, admite la validez del acuerdo que las partes se imponen mediante la comunicación y fijando sus intereses. El artículo citado dice: "Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad".

<sup>78</sup> La importancia de la comunicación es tal, que permite el estudio de la sociedad, la cultura, y la conducta en términos de interacción simbólica, como un conjunto de informaciones codificables. En Warat, Luis Alberto. *El Derecho y su Lenguaje*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Bs.As., 1976, pág. 21.

<sup>79</sup> Alexy, R. Ob. cit. pág. 183 y sgts.

fundamentales y por tanto racionales. Por el contrario, estas reglas al ser objeto de frecuentes críticas, permiten que en el discurso se pueda dar una "limitada racionalidad".

Superar los defectos de las cuatro reglas que constituyen las reglas del "**discurso teórico-discursivo**" según el autor, permitirá construir un código de razón práctica, conformado por reglas y formas de la argumentación práctica racional .

Al respecto, la teoría alexiniana no pretende haber formulado todas las reglas del discurso; por el contrario, deja abierta la posibilidad y la existencia de otras reglas de fundamentación. de tal forma que, quienes participan en el discurso pueden recurrir a cualquiera de estas cuatro reglas de fundamentación u otras reglas justificatorias.

Por consiguiente el discurso práctico no es arbitrario, ya que está sujeto a ciertas pautas o reglas que posibilitan el entendimiento y la comunicación de tal manera que podamos mantener un discurso con un límite de racionalidad.

En lo que respecta al Derecho, la importancia del discurso es significativa. ya que las reglas jurídicas recaen en primera instancia en el lenguaje natural que determina la comunicación humana <sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Luis Alberto Warat, ob.cit. pág. 32 y sgts.

## REGLAS DE FUNDAMENTACION

Las reglas del discurso que se ha tratado en el punto anterior, constituyen reglas de carácter elemental que se encuentran en cualquier comunicación lingüística en que se trate de hablar con corrección<sup>81</sup>.

En la teoría del discurso se alude también a otras reglas de fundamentación que se mencionará a continuación.

### **(1.1.) Ningún hablante puede contradecirse**

Es una regla que nos remite a la lógica y tiene relación con el razonamiento y la coherencia de argumentos que necesariamente debe darse en el discurso para lograr un mínimo entendimiento.

Sobre este punto, si la lógica debe o no aplicarse a las proposiciones normativas en general y en forma específica en el Derecho, ha dado origen a posiciones contrarias que sostienen que las normas no son susceptibles de verdad. Por el contrario, la tendencia opuesta, admite que el Derecho no puede ignorar las leyes que rigen el pensamiento coherente y por tanto las leyes de la lógica.

Así, parece haberse superado el conocido dilema de Jørgensen que según Alexy y otros filósofos consideran como un dilema evitable, sí en las proposiciones normativas se reemplazan los valores de verdad

---

<sup>81</sup> Para Robert Alexy los términos corrección y fundamentación son equivalentes.

o falsedad por valores como "válido" o "inválido" o "lícito" o "ilícito". Según ello, en la estructura de las proposiciones normativas aparecen expresiones como "y" "si...entonces", "todos", "algunos", etc., que explican la existencia de relaciones lógicas.

Esta posibilidad de aplicación de la lógica en el Derecho, ha sido ensayada por juristas como Von Wright<sup>82</sup>, Ulrich Klug<sup>83</sup> Francisco Miro Quesada<sup>84</sup>. Y en lo que respecta a la lógica deóntica, autores como Alf Ross<sup>85</sup>, Georges Kalinowski<sup>86</sup>, Rupert Schreiber<sup>87</sup> y otros.

**(1.2.) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.**

Es una regla vinculada a la sinceridad en la discusión y es constitutiva a toda comunicación lingüística. Esta regla tiene más bien una connotación moral que se refiere a la coherencia del individuo consigo mismo.

---

<sup>82</sup> Von Wright, G. Henrik. Norma y Acción. Una investigación lógica. Ed. Tecnos. Madrid.1970.

<sup>83</sup> Klug, Ulrich. Problemas de Filosofía del Derecho. Ed. Sur. Bs.As.Argentina, 1966.

<sup>84</sup> Miro Quesada, Francisco. Problemas fundamentales de la Lógica Jurídica. Biblioteca de la Sociedad Peruana de Filosofía.

<sup>85</sup> Ross, Alf. Lógica de las Normas. Editorial Tecnos. Madrid, 1971.

<sup>86</sup> Kalinowski, Georges. Lógica de las Normas y Lógica Deóntica. Universidad de Carabobo. Valencia-Venezuela. 1978.

<sup>87</sup> Schreiber, Rupert. Lógica de las Normas. Ed. Sur, Bs.As.,1967.

**(1.3.) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto aplicar F a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes.**

Esta regla exige la necesidad de la coherencia y la igualdad en el trato y debe ser tomada en cuenta en la comunicación. Contiene el principio de universalidad que puede ser formulada de la siguiente manera:

**1.3.1. Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.**

El discurso práctico se afirma en este principio ético que hace referencia a la libertad de decisión del individuo en condiciones de igualdad, que tanto Kant como Habermas han considerado como un imperativo categórico y principio "U" (universal).

En el Derecho, se hace uso de similar argumento para exigir igual tratamiento jurídico cuando la situación y las condiciones son similares. La exigencia de igual trato está garantizada en el principio de igualdad ante la ley consagrada en las Constituciones modernas como la nuestra (artículo 2, inciso 2.).

**(1.4.) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.**

Es una regla que se relaciona con el uso y significado de expresiones de los diversos hablantes. En el lenguaje la claridad y transparencia es un recurso que permite evitar la ambigüedad y lograr en lo posible una discusión racional.

## **REGLAS DE LA RAZON**

En el discurso permanentemente sostenemos aserciones para afirmar, refutar algo, contestar preguntas, fundamentar propuestas, etc. Las reglas de la razón permiten la fundamentación de los discursos donde se dan aserciones y rigen también para el caso de las proposiciones normativas y no normativas.

La fundamentación de las aserciones debe ser realizada por el hablante sin que ello signifique que deba fundamentar necesariamente toda aserción en cualquier momento frente a cualquiera. Salvo que el hablante rechazara la fundamentación, en este caso debe dar razones que justifiquen su negativa, sujetándose al siguiente criterio:

**REGLA 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".

Por medio de esta regla se impone como exigencia, que quien hace una afirmación debe fundamentar su argumentación. No se puede afirmar cosas sin que exista una razón suficiente, salvo que se expresen razones orientadas a rechazar o impedir la fundamentación. Luego, quien fundamenta algo debe aceptar a su interlocutor como parte en la fundamentación con los mismos derechos, no ejerciendo coerción él mismo, ni apoyándose en la coerción ejercida por otros. Sin esta pretensión, no puede existir o darse una situación de racionalidad.

Nuestro autor considera que, tan sólo observándose las exigencias que las reglas de fundamentación señalan, puede alcanzarse una "situación ideal de diálogo" tal como Habermas sustentaba en su teoría.

La mencionada REGLA 1, es susceptible de ser desagregada en otras reglas que pueden formularse de la siguiente manera:

(1.1.) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

Esta regla regula la libertad e igualdad en la discusión, si se cumplen las siguientes exigencias:

(1.2)

- (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción
- (b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso
- (c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades

(1.3.) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (1.1.) y (1.2.)

mediante coerción interna o externa al discurso.

Las reglas de la razón mencionadas, actúan como "instrumentos de crítica" fijando criterios a la forma de participación de los interlocutores en el diálogo <sup>88</sup>. Estas reglas se expresan en la teoría del discurso como "hipotético-negativas". Es decir, se consideran como guías que cumplen una función de prognosis sobre el comportamiento de los discurseantes. Ellas no sólo expresan un ideal al que debemos aproximarnos en la práctica; sino que, estas reglas proporcionan una explicación a la pretensión de verdad o corrección. El cumplimiento de éstas posibilitan encontrar una explicación del concepto de justicia, que se define en esta teoría como un caso especial de la pretensión de corrección.

## REGLAS SOBRE LA CARGA DE LA ARGUMENTACION

En el discurso se plantean afirmaciones, dudas, contradicciones que se cuestionan y exigen argumentación o fundamentación <sup>89</sup>. En este contexto, aparecen las reglas de la carga que determinan los criterios de distribución de la carga de la prueba en la fundamentación. Estas reglas están precisamente

---

<sup>88</sup>Alexy, Robert. Ob. cit. pág. 190.

<sup>89</sup> El autor Alexy usa como sinónimos las expresiones argumentación o fundamentación.

relacionadas con los principios de igualdad, universabilidad, generazabilidad , inercia y se expresan así:

**REGLA:** Quien pretende tratar a una persona **A** de manera distinta que a una persona **B** está obligado a fundamentarlo.

La importancia de esta regla reside en que si hay un interlocutor que es capaz de tratar de una manera distinta a otro, debe fundamentar esta actitud en favor del principio de la igualdad <sup>90</sup>. En la Constitución está previsto el principio de la igualdad como un derecho del ciudadano <sup>91</sup>.

Así mismo, el hablante puede afirmar o criticar libremente con los mismos derechos que su interlocutor, pero tiene que fundamentar una razón.

Esta conducta se expresa en la siguiente regla:

**REGLA:** Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello.

De la cual se deduce la siguiente regla:

**REGLA:** Quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.

---

<sup>90</sup> Rawls John. Una teoría de justicia. F.C.E., Madrid, 1978. Reflexiona sobre el principio de igualdad, justicia, libertad a partir de la orientación que sigue la sociedad contemporánea basada sobre el interés individual.

<sup>91</sup> Constitución Política del Perú. Artículo 2, inciso 2.

Al interlocutor puede exigírsele dar comentarios además de fundamentar su discurso, expresando lo que es relevante. De lo cual resulta la siguiente regla.

**REGLA:** 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 esa afirmación o manifestación.

Con referencia a la formalización de las reglas del discurso, la lógica impone obligaciones más estrictas en la fundamentación de las proposiciones normativas. Tal que, quien afirma " $p \rightarrow q$ " debe, si su interlocutor formula " $\neg q$ ", o aceptar " $\neg p$ " o aceptar " $\neg q$ " o renunciar a " $p \rightarrow q$ ".

## FORMAS DE ARGUMENTOS

En el acápite anterior se ha mencionado las reglas a las cuales deben sujetarse la fundamentación de los argumentos del discurso para ser racionales.

Los argumentos como enunciados del discurso también están sujetos a determinadas formas<sup>92</sup> que tienen que ver con la estructura de la argumentación.

El discurso práctico se inicia a partir de proposiciones singulares (N) que tienen

---

<sup>92</sup> Para Alexy las "formas" pueden expresarse como reglas que exigen que en determinadas situaciones argumentativas hay que usar ciertas formas y sólo ciertas formas de argumentos. Ob. cit. pág. 184.

dos formas de fundamentación : **1.** hace referencia a una regla (**R**) presupuesta como válida; y otra, **2.** señala las consecuencias (**F**) de seguir el imperativo (**N**). Ahora bien, cualquier regla de fundamentación presupone un enunciado (**T**) que describe características, estado de cosas, hechos.

De lo cual, podría sostenerse que el conocimiento empírico ( expuesto en el enunciado **T** ) es fundamental (pero no suficiente) para la resolución de cuestiones prácticas.

Cuando alguien alega una razón, presupone un "enunciado" que describe características, estados de cosas o acontecimientos. La estructura básica y más simple de un argumento tiene la siguiente forma:

(1)    **G**    (**RAZON**)

**R**    (**REGLA**)

—

**N**    (**IMPERATIVO**)

(1.1.) **T**

(1.2.) **F**

**R**

**R**

—

—

**N**

**N**

**G=**    Razón

**T =**    describe características, estado de    cosas, acontecimientos.

**N=**    proposición normativa singular

- R= regla presupuesta como válida  
 F= consecuencias de seguir el imperativo N.

EJEMPLO:

- G= La vida es un derecho protegido por la Constitución  
 R= El que mata a otro deberá ser reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años (art. 106 del Código Penal).  
 N= Si A mata debe ser A castigado por la regla R y por la razón G.  
 F= Consecuencia del castigo impuesta por el imperativo N.

No es fácil la fundamentación mediante reglas, ya que puede llegarse a resultados incompatibles. En este caso, hay que decidir qué fundamentación tiene prioridad. En el ejemplo descrito, pueden darse más de una regla (R), más de una razón (G) y más de una norma individual (N) en la fundamentación del mismo hecho. Por lo que, la priorización de reglas y de fundamentaciones decidirá lo más correcto.

La fundamentación puede basarse en argumentos que hagan referencia a diversos tipos de enunciados generales, normativos singulares, normativos adicionales. Todos estos enunciados se basan en reglas de fundamentación objetivas, ninguna se fundamenta en evidencias o intuiciones. Esta objetividad, es lo que da a la argumentación carácter de racionalidad.

Al respecto Alexy sostiene que "...todas las reglas no pueden nunca ser justificadas, pues algunas deben siempre ser aceptadas para que sea posible la acción de justificación. La exigencia de racionalidad no significa que todas las

reglas tengan que justificarse a la vez, sino sólo que toda regla puede ser objeto de justificación"<sup>93</sup>.

De lo cual se colige en primer lugar, que los enunciados deben ser fundamentados. En segundo lugar, que la exigencia de justificación no comprende a todas las reglas, pues existen principios de naturaleza universal o generalizables de reconocimiento y aceptación indiscutibles que constituyen el marco de fundamentación última del discurso.

EL principio de universalidad que se describe como regla tiene las características señaladas:

**REGLA:** Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de 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.

De esta regla se derivan las siguientes:

**REGLA:** Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben ser aceptadas por todos.

**REGLA:** Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

Según el autor, las diferentes formas de argumentos con sus parámetros de control (reglas y principios) garantizan la objetividad en la justificación de los enunciados, excluyendo formas de justificación subjetivas tales como adulaciones, acusaciones y amenazas, etc.

---

<sup>93</sup> Alexy Robert, ob. cit.pág. 197.

En el Derecho existe la necesidad de fundamentar las leyes como las decisiones que emanan de la autoridad, las mismas que deben ser suficientemente motivadas, constituyendo una garantía para el ciudadano. Como veremos más adelante, la justificación del discurso en primera instancia, nos remite a las normas del Derecho Positivo.

## REGLAS DE TRANSICION

En los discursos prácticos surgen con frecuencia problemas que no pueden ser resueltos con los medios comunes de argumentación (cuestiones de hecho, problemas lingüísticos, problemas de comunicación, problemas que se refieren a la misma discusión práctica).

Al respecto, Robert Alexy opina que, se debe pasar a otras "formas de discurso" en donde se pueda hacer uso de las reglas de transición, las cuales se expresan de la siguiente manera:

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

**REGLA:** Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis lenguaje.

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

### 3. LIMITES DEL DISCURSO PRACTICO GENERAL

Alexy asume que las reglas y formas de argumentación funcionan dentro de ciertos límites. Estas reglas posibilitan lograr un acuerdo en cuestiones prácticas que genere una racionalidad mínima.

Por otro lado, las reglas y formas de argumentación o fundamentación no garantizan un acuerdo definitivo, ya que éstas son de observación o cumplimiento parcial. La fundamentación o argumentación se encuentra también enmarcada en un contexto histórico y por ende las reglas y argumentos tienen carácter mutable y son revisables.

Por consiguiente, los resultados del discurso no pretenden una certeza definitiva, planteándose la revisión siempre que sea posible. De lo cual resulta, que las reglas del discurso práctico no son suficientes para llegar a un acuerdo racional, siendo necesario recurrir a otro tipo de reglas como las reglas jurídicas. Lo cual si se da, produce el paso del discurso práctico al discurso jurídico<sup>94</sup> u otras formas de discurso.

Consideramos que las reglas y formas de fundamentación al que hace referencia Alexy en su teoría, tienen un cumplimiento o ejecución relativa, en razón que las reglas mencionadas no tienen carácter prescriptivo y no existen sanciones coactivas para el cumplimiento de estas reglas.

Por otro lado, encontramos en esta teoría, la presencia de una fuerte normatividad expresada en reglas y formas, las cuales determinan la racionalidad.

---

<sup>94</sup> Alexy Robert, ob.cit.pág.201,202 y sgts.

Así mismo, no hay un tratamiento lógico de las reglas y formas de argumentación. Sin embargo, el autor sostiene que las reglas mencionadas son susceptibles de formalización.

### 3. EL DISCURSO JURIDICO COMO CASO ESPECIAL DEL DISCURSO PRACTICO GENERAL

En el Derecho, especialmente en la práctica jurídica, la argumentación constituye una forma de razonamiento cotidiano. Las diversas formas de discursos jurídicos se dan a nivel de la ciencia jurídica (dogmática), en las deliberaciones judiciales (debates o alegatos en los tribunales), el tratamiento de cuestiones jurídicas a nivel legislativo (debates en los órganos legislativos, comisiones, comités, etc.), discusiones sobre cuestiones jurídicas (entre abogados, juristas, estudiantes) y a nivel de los medios de comunicación.

A su vez, las diferentes formas de discurso mencionados, pueden sub clasificarse en discusiones institucionalizadas y no institucionalizadas. Un ejemplo de discurso institucionalizado, son las que se expresan a nivel judicial como los debates en los tribunales. Los discursos entre abogados, juristas en eventos y medios de comunicación representan discusiones no institucionalizadas, que se caracterizan por ser debates libres y sin restricciones normativas. Hay discusiones jurídicas que en el tiempo están limitadas (por ejemplo los debates judiciales) y otras, que no están sujetas a ningún límite temporal (es el caso de la dogmática jurídica).

Hay discusiones jurídicas de carácter vinculante, es decir que imponen obligaciones (es el caso de las discusiones judiciales). Y otras, que sólo se proponen, se preparan o critican (dictámenes, opiniones jurídicas por los medios de comunicación) sin tener carácter vinculante.

Lo característico en estas distintas formas de discurso es la especificidad jurídica. Lo cual significa, que las discusiones jurídicas tienen como punto referencial y de "limitación" a la ley, jurisprudencia y dogmática jurídica<sup>95</sup>. En consecuencia, cualquiera sea la formalidad, temporalidad y extensión de los discursos, éstos se encuentran enmarcados necesariamente en el contexto jurídico cuyo carácter fundamental es la existencia de una normatividad que obliga y que sirve de guía y sin el cual, la argumentación deja de ser racional.

### **¿ en qué se diferencian el discurso jurídico y el discurso práctico general?**

La distinción entre el discurso jurídico y discurso práctico general constituye una de las cuestiones centrales de la teoría de la argumentación. Entre ambos discursos existe un punto de diferenciación que consiste en que el discurso jurídico se caracteriza por su vinculatoriedad<sup>96</sup>. Este es un nexo o

---

<sup>95</sup> La exigencia legal está por encima de la jurisprudencia y la dogmática. Estas últimas se encuentran determinadas finalmente por la ley.

<sup>96</sup>Vínculo es un término cuya significación jurídica es nexo, sujeción, relación jurídica. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Ed. Heliasta. S.R.L. Bs. As. 1986. Pág. 380.

vínculo que une el discurso a la ley <sup>97</sup>.

En el discurso práctico general, la argumentación se da en forma espontánea y sin limitaciones. En el discurso jurídico, se presentan limitaciones y exigencias legales que se expresan de manera distinta en cada una de las diferentes formas de razonamiento jurídico. En el caso de la ciencia jurídica, por ejemplo, la argumentación es abierta y libre que en los debates judiciales. Aquí, la argumentación que libran las partes entre sí y el juez, están limitadas temporalmente y reglamentadas por medio de reglas procesales. En los juicios civiles donde se ventilan intereses particulares y los litigantes buscan resultados ventajosos, tanto las pretensiones de éstos como de los abogados no escapan a los límites impuestos por la ley.

La limitación impuesta por la ley y que rige con carácter de obligatoriedad determina la diferenciación del discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general <sup>98</sup>.

**¿ el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general?**

---

<sup>97</sup> El discurso práctico a diferencia del discurso teórico se desarrolla en el contexto de las acciones humanas. En el caso del discurso jurídico, al ser generado a partir del discurso práctico, éste se encuentra vinculado a la experiencia humana, y el sentido de obligatoriedad jurídica se fundamenta en la Constitución, las leyes y demás instituciones que componen el Estado acarreado una vinculatoriedad coercitiva y coactiva. En cuanto a las razones éticas, éstas pueden recurrir a diversos tipos de fundamentación desde principios universales tales como el imperativo categórico, hasta la voz de la conciencia, tal como sostiene Agnes Heller.

<sup>98</sup> Alexy R. ob. cit. pág. 207 y sgts.

En la teoría de Alexy el contenido del discurso jurídico está referido a: (1) cuestiones prácticas sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido; (2) que estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección ; (3) se trata de un caso especial en la que la discusión jurídica tiene lugar bajo condiciones de limitación impuestas por la ley, jurisprudencia y doctrina como ya se señaló <sup>99</sup>.

En lo que respecta al primer punto, no todas las formas de argumentación hacen referencia a enunciados normativos (lo que debe hacerse u omitirse). Hay, también argumentaciones que tratan sobre hechos (investigaciones en el campo histórico, sociológico del Derecho, etc.).

Sin embargo, lo que importa a la teoría es que entre las diferentes formas de argumentación, predominan los enunciados normativos que desempeñan una función importante no sólo en la praxis sino también en la ciencia jurídica. En efecto, en la concepción tradicional de ciencia jurídica o jurisprudencia ésta se conceptúa como "conocimiento racional del Derecho Vigente"<sup>100</sup>. El autor estudiado no ignora este aspecto, ya que su teoría se ubica dentro de la corriente positivista-formalista <sup>101</sup> predominante en la doctrina.

En lo que respecta al segundo punto de la tesis alexiniana (2) que las

---

<sup>99</sup> Alexy, R. ob.cit. pág. 207 y sgts.

<sup>100</sup> Alchourrón y Bulygin sostienen que la ciencia del Derecho desarrolla en primer lugar y fundamentalmente una tarea empírica de determinar qué enunciados constituyen la base de un orden jurídico. Y, en segundo lugar, las operaciones lógicas de sistematización del Derecho. En Nino Satiago, Carlos. Introducción a Derecho. ob.cit. pág. 183.

<sup>101</sup> Hernández Gil, Antonio. Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica. Cuadernos Civitas.Madrid. 1976.Pág. 21 y sgts.

discusiones jurídicas se refieren necesariamente a la pretensión de corrección, se entiende que los enunciados jurídicos afirmados, propuestos o dictados en el contexto del discurso pueden ser racionalmente fundamentados.

La fundamentación o justificación <sup>102</sup> de una acción, una decisión, un consejo o una calificación, demanda señalar las razones en las que se apoya cualquier tipo de discurso (teórico o práctico).

En el Derecho al igual que el discurso práctico general, hay la exigencia de fundamentar las afirmaciones o negaciones en que se sustenta el discurso jurídico racional<sup>103</sup>. La fundamentación "cognoscitiva" del discurso jurídico se basa en el enunciado normativo afirmado, propuesto o declarado como sentencia sea fundamentado en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente <sup>104</sup>.

En el caso de las decisiones judiciales, la motivación y fundamentación de los fallos constituye una exigencia legal. La Constitución Peruana en el artículo 139, inciso 5) prescribe la **"motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan"**.

Sin embargo, puede darse un fallo judicial que adolezca de la pretensión

---

<sup>102</sup> Sanz, J. ob.cit.pag.30

<sup>103</sup> Al respecto, Vieweg y Perelman han tratado de encontrar en sus respectivas teorías una justificación de carácter cognoscitivo, que puede dar una explicación racional del Derecho trasuntando los límites de la coacción. En : Sanz,J.íbid. pág.26 y sgts.

<sup>104</sup> Alexy, R.op.cit.pág. 208.

de corrección, esto "no la priva necesariamente de su carácter de decisión judicial válida, pero la hace ser defectuosa en un sentido relevante no sólo moralmente<sup>105</sup>. Aquí, se plantean cuestiones que van más allá de la validez formal de una decisión y que se confrontan con otros argumentos<sup>106</sup>. En lo que respecta al punto (3), el discurso jurídico como un caso especial que tiene lugar bajo condiciones de limitación, Alexy considera que, tanto las argumentaciones que se suscitan en el marco de la ciencia jurídica como las que se originan en el campo del proceso están sujetas a condiciones limitativas dispuestas por la ley.

En la ciencia jurídica por ejemplo, el razonamiento teórico del jurista tiene como referente principal el ordenamiento jurídico, además de otras formas de argumentación (moral, social, política, etc.) que lo complementan.

### 3.1. FUNDAMENTACION RACIONAL DEL DISCURSO JURIDICO

En el discurso jurídico al igual que en el discurso práctico general, es necesaria la fundamentación de las afirmaciones o negaciones que se sustentan en el discurso<sup>107</sup>. En nuestra opinión, la justificación de las decisiones judiciales

---

<sup>105</sup>Alexy R.ob.cit.pág. 209.

<sup>106</sup> Si bien el Derecho y la Moral son dos niveles que no se confunden, se admite en la teoría jurídica que hay un mínimo de moral en el derecho, de manera que " el Derecho complementa a la Moral; y la Moral complementa al Derecho Positivo, de modo tal que los procedimientos jurídicos pueden considerarse discursos morales institucionalizados. Cit. por Xabier Etxeberría. *Ética Básica*. Universidad de Deusto. Bilbao. 1996. Pág. 60.

<sup>107</sup> Sostiene Wroblewsky que la justificabilidad depende de caracteres básicos de nuestra cultura jurídica o más por lo común, de nuestra cultura general que apela a la racionalidad.Ob.cit.pág.59.

constituye el problema central de la tesis del autor, así como también lo ha sido para Chaim Perelman.

Los jueces ocupan un lugar preponderante en la comprensión del fenómeno jurídico. Son ellos, quienes deben decidir si ciertas reglas son aplicables o no y deben disponer, la ejecución de las consecuencias que esas reglas disponen.

La justificación de las decisiones judiciales ha sido y es objeto de preocupación permanente en la reflexión filosófico-jurídica y el tema ha sido tratado desde diferentes perspectivas. En la corriente del positivismo de orientación formalista, las decisiones judiciales necesariamente deben ser justificadas por las reglas del sistema jurídico. En la tesis contraria, se considera que las leyes tienen límites borrosos presentando una "contextura indefinida", los jueces gozan de potestad discrecional y la ejercitan para decidir casos mediante leyes ad hoc que se encuentran fuera de los límites del Derecho Vigente <sup>108</sup>. Hart reflexiona sobre este ítem, señalando que es la norma secundaria fundamental la que determinará en última instancia la validez de las normas primarias del derecho <sup>109</sup>.

En un contexto donde no es fácil fundamentar una decisión, la aplicación de las normas no puede limitarse a un simple acto de subsunción lógica. Ya que,

---

<sup>108</sup> Dworkin, R.M. ¿Es el Derecho un sistema de normas?. En Filosofía del Derecho. Breviarios.Fondo de Cultura Económica. México. 1977. Pág. 84.

<sup>109</sup> Hart, H.L.A.Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis. Ediciones Depalma. Bs.As.1962.

el lenguaje normativo no sólo se caracteriza por su vaguedad <sup>110</sup>, internamente el sistema jurídico no es del todo perfecto existen problemas como conflictos de normas, lagunas de derecho, y la posibilidad de que el juez decida en contra del tenor literal de una norma. Esta situación lleva a algunos a proponer una solución metodológica conformado por reglas y procedimientos, según los cuales una decisión podrá deducirse de un enunciado normativo **N1, N2,... Nn** o de un enunciado empírico **E1, E2,...En** o de un enunciado valorativo **Ev....Ev**.

Esta metodología provee al órgano decisor (juez), el recurso de la interpretación con sus diferentes reglas y cánones, <sup>111</sup> para que a través de este instrumento pueda encontrar la decisión adecuada y su respectiva justificación.

Al respecto, Alexy alude que los diferentes cánones de interpretación generan "problemas", así como la ausencia de una "ordenación jerárquizada" de reglas y procedimientos da la posibilidad de varios y hasta contradictorios argumentos; razón por el cual considera que las reglas de la interpretación no son suficientes para la fundamentación de las decisiones jurídicas.

Algunos autores <sup>112</sup> han opinado finalmente que el sujeto decisor (juez) puede apelar a los principios generales<sup>113</sup> de carácter axiológico-teleológico para

---

<sup>110</sup>Hart y Austin hablan de la "contextura indefinida de las normas legales". Ross menciona la "textura abierta del lenguaje".

<sup>111</sup> Por cánones se entiende las reglas o conjunto de reglas que señalan diferentes formas de interpretación. En Alexy, ob. cit. pág.

<sup>112</sup> Ver Nino, Santiago. Ob.cit.pág. 2 y sgts.

<sup>113</sup> En el Derecho los Principios conforman un orden de normas extrajurídicas de carácter vinculante y cuyo contenido es ser un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral. En : Dworkin, ob.cit.pag.86 y sgts.

la fundamentación de sus decisiones. Esta posibilidad, según Robert Alexy también genera problemas; ya que no existe un criterio de uniformidad de principios aceptados; por el contrario, los principios pueden estar en "oposición y contradicción" y "no tener una pretensión de exclusividad".

Por otro lado, una decisión jurídica fundada en valoraciones, no satisfacen al perdedor y al resto de las personas. En todo caso, la valoración debe tratar de justificar racionalmente una decisión jurídica.

Ahora bien, en el actuar del homo jurídicus hay una permanente acción de valoración de elegir, preferir no sólo una regla sino también un precedente, una conducta. El problema no es que el derecho o el operador jurídico deje de valorar ya que las valoraciones forman parte de la naturaleza jurídica.

Por consiguiente, el dilema de Robert Alexy, es la cuestión en dónde y en qué medida son necesarias las valoraciones, cómo debe ser determinada la relación de éstas con los métodos de interpretación jurídica y con los enunciados y conceptos de la ciencia jurídica y, finalmente cómo pueden ser racionalmente fundamentadas o justificadas estas valoraciones.

El tema de las valoraciones en el derecho ha sido objeto de exclusión de la ciencia del Derecho (por ejemplo, en la teoría pura de Kelsen). En otras teorías, se ha considerado que el elemento axiológico forma parte del Derecho (teoría de la tridimensionalidad, que sostiene Recaséns Siches, Carlos Cossio y otros).

---

En la doctrina, la justificación de las valoraciones han estado

permanentemente puestas en discusión. En ese sentido, para la teoría alexiniana la fundamentación de las valoraciones, no sólo darán legitimidad a las decisiones jurídicas, sino podrán sustentar el "carácter científico de la jurisprudencia" <sup>114</sup>.

## CLASES DE JUSTIFICACION

Sostiene Alexy que la fundamentación o justificación<sup>115</sup> de las proposiciones normativas debe ser planteado en el marco del ordenamiento jurídico vigente .

Sobre este punto, distingue dos tipos de justificación: justificación interna (internal justification) y justificación externa (external justification ) <sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup>Alexy, R. ob.cit.pág.34.

<sup>115</sup> Para Alexy el término justificación (rechtfertigung) y fundamentación (begrundung) tienen un significado equivalente. Ob.cit. pág. 213.

<sup>116</sup> Wróblewski sostiene que si una decisión legal está internamente justificada es una decisión internamente racional porque explicita las razones para esta decisión. Si una decisión esta externamente justificada se trata de una decisión externamente racional porque se basa en buenas razones, es decir, en razones aceptadas por la crítica. En: Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica. Cuadernos Cívitas, Madrid, 1985, pág.59. Para Atienza la justificación es formal si se aplica la lógica moderna y justificación material si se trata de la lógica material o informal (Tópica, Retórica). Ob.cit.pág. 307.

## JUSTIFICACION INTERNA

Alexy afirma que la justificación interna es de carácter lógico. En este aspecto, hay juristas que han enfocado la justificación como un puro silogismo jurídico<sup>117</sup>, y otros que han analizado la justificación interna desde el punto de vista de la lógica

moderna <sup>118</sup>.

La forma más simple de justificación interna tiene la siguiente estructura:

(1) (X) (X ---->ORx)

(2) Ta

(3) ORa (1), (2)

El siguiente ejemplo responde a este esquema:

Todos los soldado (X) deben decir la verdad (OR)

Si T es un soldado

Entonces T debe decir la verdad.

---

<sup>117</sup>La concepción jurídica clásica considera el razonamiento judicial como un silogismo, cuya premisa mayor es la norma jurídica aplicable, la premisa menor vendría a ser la descripción del hecho que se juzga, y la conclusión, la solución del caso. En Nino, S. ob.cit. pág. 295.

<sup>118</sup> Atienza diferencia la justificación formal si se aplica la lógica moderna y justificación material si se trata de la lógica material o informal (Tópica y Retórica), ob.cit.pág. 307.

Según el autor tratado, la justificación interna formulada como regla se fundamenta en el principio de universalidad que es enunciado así :

**"Como la obligación de tratar de la misma manera a todos los seres de la misma categoría"<sup>119</sup>.**

Ahora bien, Alexy considera que el anterior esquema de fundamentación así planteado, es insuficiente para la justificación de "todos los casos complicados"; cuando hay varios supuestos de hecho; cuando en su aplicación se requiere de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas; cuando es posible diversas consecuencias jurídicas; cuando en la formulación de la normas se usan diversas expresiones que admiten diversas interpretaciones.

En tales casos, hay que valerse de "reglas de uso de las palabras"<sup>120</sup> que podrían fundamentarse de la siguiente manera:

"Siempre que exista duda sobre si **A** es una **T** o una **M** hay que aducir una regla que decida la cuestión."

---

<sup>119</sup>El principio de universalidad aplicado al Derecho como justicia formal se enuncia como " es justa toda acción que no interfiera con la libertad de los demás según leyes universales". En :Nino, Santiago., ob.cit. pág. 406.

<sup>120</sup> Según Alexy estas reglas pueden tener una forma fuerte (X) (Fx <----->Gx) y una forma débil (X) (Fx---->Gx)

Las premisas de forma fuerte pueden ser sustituidas en la fundamentación, por las de forma más débil. Por ello, la forma débil puede verse como forma standard.

Esta regla resulta ser todavía rudimentaria, ya que existe estructuras más complicadas de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas a las cuales no es fácil de aplicar. En tales casos, en que ya no es posible la fundamentación a partir de la deducción de premisas normativas se requiere la creatividad de los operadores jurídicos (jueces). La decisión resolviendo el litigio debe producirse por mandato de la ley, ya que el juez no puede dejar de resolver el problema. Si la justificación de la decisión judicial no es posible a partir de premisas extraídas del derecho positivo (por la existencia de lagunas en las que es difícil preveer todas las posibilidad de combinaciones conductuales del ser humano); creativamente el juez deberá proceder a la búsqueda de premisas extra jurídicas y en este caso pasará de la justificación interna a la justificación externa.

Ahora bien, la justificación interna del discurso jurídico tiene importancia en la medida que podemos analizar y encontrar que no hay posibilidad de deducir más argumentos.

En cuanto a las reglas de fundamentación interna, Alexy sugiere una serie de reglas deducidas del principio universal como:

**Regla:** "Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal".

**Regla:** "La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones".

---

En la fundamentación de las decisiones jurídicas, no sólo hay una deducción a partir de premisas previamente dadas. En las situaciones complicadas, se requiere de premisas que no pueden ser deducidas de ninguna ley positiva. El justificar estas premisas no extraídas directamente del derecho positivo es tarea de la justificación externa <sup>121</sup>.

Es también importante señalar, la distinción que se plantea entre el proceso de descubrimiento (process of discovery) y el proceso de justificación (process of justification) en la justificación de una decisión jurídica<sup>122</sup>.

Esta idea va ser retomada por juristas como Atienza, para quien el proceso de descubrimiento (tratándose de una decisión judicial) no es otra cosa que el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una determinada premisa o conclusión. En tanto que, el proceso de justificación consiste en justificar dicha premisa o conclusión <sup>123</sup>.

Finalmente, la justificación interna posibilita una cierta "racionalidad relativa" que permitirá dar consistencia a la decisión y contribuir de esta manera aproximarse al valor justicia y seguridad jurídica.

---

<sup>121</sup> Para Atienza la argumentación jurídica va más allá de la lógica jurídica. Opina que el silogismo no permite reconstruir satisfactoriamente el proceso de argumentación jurídica, porque las premisas de que se parte pueden a su vez ser justificadas, y porque la argumentación jurídica es normalmente entimemática. Ob. cit. pag. 327.

<sup>122</sup> La idea de descubrimiento nos remite a la teoría de Theodor Viehweg, para quien la tópica no sólo es la técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema; sino que también todo problema provoca "suscitaciones". Ver Tópica y Jurisprudencia, Ed. Taurus, Madrid, 1964, pág. 50.

<sup>123</sup> Atienza, M. ob.cit.pág. 306.

## JUSTIFICACION EXTERNA

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Estas premisas pueden ser reglas de Derecho positivo, enunciados empíricos y premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo <sup>124</sup>.

Tratándose de la fundamentación de una regla de Derecho, ésta puede efectuarse probando su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, el Derecho vigente es suficiente para dar justificación a un enunciado normativo. Kelsen<sup>125</sup> por ejemplo, sostiene que el Derecho Positivo no tiene lagunas y ofrece una justificación normativa completa. Si no existiera una norma expresa para resolver un caso, pone como solución el principio de clausura que estipula: "todo lo que no está prohibido está permitido"

Frente a esta tesis, hay opiniones contrarias que sostienen que el lenguaje jurídico es ambigüo y ostenta una "textura abierta" por el cual, la justificación que hace referencia sólo al texto legal resulta insuficiente<sup>126</sup>.

En la fundamentación de las premisas empíricas se hace uso de los métodos de las ciencias empíricas. Un ejemplo de este tipo de justificación, es la carga de la prueba en el proceso penal, el cual se da a través de la constatación de hechos.

---

<sup>124</sup> Alexy, R. ob.cit.pág. 222.

<sup>125</sup> Kelsen, H., ob.cit. pág.

<sup>126</sup> Ross ALLf. Sobre el derecho y la justicia. Ed.

Universitaria. Bs.As.1963.

En las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo, el autor propone una fundamentación basada en la argumentación jurídica. Según el cual, la argumentación es una fundamentación distinta a las anteriormente expuestas y utiliza argumentos que une diversos juicios en un discurso práctico. Su calificación no se hace en términos de verdad, sino en la persuasión <sup>127</sup> y razonabilidad.

Entre estas tres formas de fundamentación (normativa, empírica y argumentativa) existen relaciones. Tal es así que la fundamentación empírica por ejemplo, requiere la complementación de las reglas de Derecho. En el discurso jurídico tiene una importancia preponderante los enunciados de carácter empírico, aún cuando la finalidad del Derecho va más allá de los hechos, los cuales sólo tienen significación en cuanto están calificados por las reglas de Derecho.

En nuestra opinión, estos diversos procedimientos de fundamentación (normativo, empírico y sistemático) tienen que ver con los diferentes métodos de interpretación propuestos por Savigny <sup>128</sup>.

Volviendo al tipo de justificación externa, ésta se encuentra conformada por reglas y formas de argumentos, las cuales pueden clasificarse en seis grupos: (1) reglas y formas de la interpretación legal, (2) de la argumentación dogmática, (3) del uso de los precedente, (4) de la argumentación práctico general, (5) de la argumentación empírica, (6) y de las formas especiales de argumentos

---

<sup>127</sup> Persuasión , juicio formado en virtud de un fundamento.  
En Enciclopedia Concisa Sopena, ob.cit. pág.1619.

<sup>128</sup> Ver, Hernández Gil Antonio. Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica. Cuadernos Cívitas. 1976.

jurídicos <sup>129</sup>.

### 3.2. LOS ARGUMENTOS Y SUS FORMAS

El argumento como expresión lingüística tiene diferentes formas y cumple determinadas funciones en el discurso jurídico.

Alexy agrupa los argumentos en seis formas: semántica, genética, histórica, comparativa, sistemática y teleológica. Estas diferentes formas de argumentación están conectadas con los cánones de interpretación respecto a los cuales " ...no hay acuerdo en cuanto a su número, su formulación precisa, su jerarquía y su valor".

La argumentación semántica se da cuando se justifica, se critica o se afirma algo como posible, teniendo como punto de referencia el uso del lenguaje <sup>130</sup>. La argumentación semántica tiene una estructura lógica, pero se considera que no es suficiente para justificar una decisión. En efecto, la argumentación semántica puede tropezar con algunos problemas como la determinación del significado de las expresiones (tanto en el lenguaje natural como en el lenguaje jurídico), o los diferentes usos del lenguaje por el hablante o los diversos significados en los diccionarios.

---

<sup>129</sup> Alexy, R. Op.Cit.pág. 233.

<sup>130</sup> Warat, Luis Alberto. El Derecho y su lenguaje. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Bs.As., 1976, pág.33. Dice que el derecho vigente es lenguaje objeto y como reflexión científica constituye un metalenguaje.

Por medio del argumento genético se busca la justificación en la correspondencia con la voluntad del legislador. En este caso, la argumentación también se enfrenta al problema de que los enunciados "no son frecuentemente explícitos". No es fácil el reconocimiento de la voluntad del legislador o el contenido de esa voluntad. En ese sentido, la argumentación genética resulta también ser incompleta y requiere para su fundamentación de nuevas formas de argumentos <sup>131</sup>.

Se puede argumentar en forma histórica cuando se aducen hechos que se refieren a la historia del problema jurídico que se ha discutido. En este caso, se recogen elementos no sólo históricos, sino también económicos, sociológicos y normativos.

En el caso de la argumentación comparativa se toma como referencia sistemas jurídicos parecidos a fin de establecer una comparación histórica general. En este caso se trata de una argumentación empírica.

La argumentación sistemática toma en consideración la situación de la norma en el texto legal y su relación lógica entre las normas del sistema.

El argumento teleológico nos remite a los conceptos de fines, medios, así como a la idea de voluntad, intención, necesidad y fin. Para Alexy, los fines a los que hace referencia la argumentación teleológica son "racionales" y están "prescritos objetivamente en el contexto del ordenamiento jurídico vigente".

Por consiguiente, la fundamentación teleológica nos remite a un abanico de normas o principios de carácter general. Estos enunciados normativos han

---

<sup>131</sup> Alexy, R. ob.cit. pág. 229.

sido integrados en las constituciones de los países y constituyen el fundamento de validez de los sistemas jurídicos modernos.

Las diferentes formas de argumentos, según nuestro autor, adolecen de una falta de precisión en cuanto a su número y jerarquía para obtener una fundamentación racional. Así mismo, son formas de fundamentación incompletas que no conducen a una certeza absoluta.

Es por ello que, Robert Alexy considera que la "...teoría del discurso puede contribuir a desactivar el problema mostrando de qué manera hay que usar oportunamente las diferentes formas de argumentos" <sup>132</sup>. Así la teoría del discurso ( a través de sus reglas de fundamentación y formas de argumentos) propone pues, aumentar la posibilidad de que el discurso pueda llegar a una conclusión correcta y racional, aunque no sea posible la certeza absoluta.

Según esta tesis, el discurso práctico puede proveernos de diversos "cánones de interpretación" <sup>133</sup>, que no son reglas sino más bien simples punto de vista o líneas de investigación. El "requisito de saturación" es uno de estos criterios, mediante el cual la argumentación puede complementarse permanentemente con **nuevos enunciados** que permitan asegurar su racionalidad. La regla de saturación puede ser formulada de la siguiente forma:

---

<sup>132</sup> Alexy Robert. Ob.cit. 238 y sgts.

<sup>133</sup> Consideramos que los cánones de interpretación y las formas de argumentos en la teoría alexiniana, tienen la misma significación. Han sido tomadas de Perelman para quien los "she' mes d'arguments son esquemas de enunciados de una forma determinada, a partir de los cuales se sigue lógicamente un enunciado de forma determinada.

"Debe resultar saturada toda forma de argumento que haya que contar entre los cánones de interpretación"

El principio de ponderación, que también es otro criterio de interpretación según el cual :

"La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación".

Siendo también importante, en este caso, que en la elección del argumento más fuerte, puede determinarse en última instancia por el principio de universalidad (o universalidad, mencionado indistintamente por el autor), y de sus variantes.

### 3.3. LA ARGUMENTACION DOGMATICA

El discurso jurídico también se fundamenta en argumentos dogmáticos. Estos están vinculados a la dogmática jurídica o dogmática del Derecho que en sentido estricto se entiende como ciencia del Derecho. Desde este punto de vista desarrolla tres actividades: (1) la descripción del Derecho vigente (de carácter empírico-descriptivo), (2) el análisis sistemático y conceptual (de carácter analítico-lógico) y (3) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos <sup>134</sup>. En esta definición, la dogmática jurídica aparece

---

<sup>134</sup> Alexy, R. ob.cit.pág. 241.

como una disciplina de carácter pluridimensional con tres dimensiones que se interrelacionan. Así, el tratamiento empírico presupone el conocimiento de la parte sistemática y conceptual del Derecho. Por otro lado, el análisis lógico no es posible sin una referencia a la parte descriptiva del Derecho<sup>135</sup>.

Según Alexy esta definición de dogmática jurídica es bastante amplia y enfatiza el aspecto "sistemático-conceptual" dejando de lado los argumentos prácticos. Una definición dogmática por consiguiente, no debe dejar de lado los argumentos de carácter sistemático-conceptual ni tampoco argumentos prácticos de tipo general que se consideran necesarios y racionales <sup>136</sup>.

De esta forma, los argumentos dogmáticos podrán fundamentar los enunciados normativos si cumplen con ciertos requisitos:

- (1) La dogmática jurídica debe entenderse no como un conjunto de actividades, sino de enunciados.
- (2) Estos enunciados deberán estar relacionados con las normas establecidas y con la jurisprudencia, sin identificarse con la descripción de las normas ni con los precedentes judiciales.
- (3) Los enunciados de la dogmática forman un todo coherente. Lo cual significa que los enunciados dogmáticos no pueden contradecirse; que en la formulación de distintos enunciados aparecen los mismos conceptos jurídicos y, se puede

---

<sup>135</sup>Wroblewsky dice que la dogmática jurídica realiza la sistematización del Derecho vigente, tarea que frecuentemente exige una interpretación de reglas...y la elaboración de conceptos jurídicos. La dogmática jurídica analiza también las glosas y comentarios de los órganos estatales y especialmente la interpretación operativa proponiendo su propia interpretación. Ob.cit. pág. 29.

<sup>136</sup> Alexy, R. ob.cit.pág.244.

fundamentar relaciones de inferencia que tiene lugar entre ellos.

(4) Los enunciados de la dogmática se forman, fundamentan y comprueban en el marco de una ciencia del Derecho que funciona institucionalmente <sup>137</sup>.

(5) La dogmática del Derecho asume un contenido normativo.

De las características mencionadas, Alexy propone la siguiente definición  
**"... una dogmática del Derecho 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 , y tienen contenido normativo"** <sup>138</sup>.

**¿qué son los enunciados de la dogmática jurídica?**

Los argumentos dogmáticos en el discurso jurídico pueden estar constituidos por enunciados que expresan:

(1) definiciones que dependen de las normas jurídicas; (2) definiciones de otros conceptos que aparecen en las normas jurídicas; (3) enunciados que expresan una norma no extraída de la ley; (4) descripciones y caracterizaciones de estados de cosas; (5) principios.

---

<sup>137</sup> Para Alexy la institucionalización significa que un enunciado funciona como indiscutible por algún tiempo. Ob. Cit. pág. 245.

<sup>138</sup> Alexy, R. ob.cit. pág. 246.

En función de estos enunciados, la justificación de la dogmática jurídica jurídica puede ser pura, si sus argumentos son de carácter jurídico. Se da la justificación dogmática impura cuando los argumentos proceden del discurso práctico general.

A su vez pueden darse, argumentos dogmáticos que no requieran de justificación (a los cuales se les denomina de uso no justificatorio) y otros, que requieran de fundamentación (uso justificatorio).

## FUNDAMENTACION Y COMPROBACION DE ENUNCIADOS DOGMATICOS

El autor parte de la tesis que la fundamentación de los enunciados dogmáticos no pueden derivarse únicamente de normas vigentes, ni tampoco de enunciados empíricos. Ni lo uno ni lo otro son suficientes. Por lo cual, la fundamentación de los enunciados dogmáticos debe tener como referente enunciados del discurso práctico general. Al respecto, Alexy sostiene que **"... los enunciados prácticos de tipo general constituyen la base tanto de la fundamentación como de la comprobación de enunciados dogmáticos"**.

No obstante este punto de vista, el autor considera que el enunciado dogmático no resulta ser idéntico a un enunciado práctico. Por consiguiente, la fundamentación de un enunciado dogmático se distingue de un enunciado práctico en que la fundamentación de los primeros (enunciados dogmáticos)

tienen que estar articulados a los enunciados dogmáticos ya aceptados, así como a las normas jurídicas vigentes.

Otro aspecto característico de los enunciados dogmáticos, es que éstos deben ser comprobados sistemáticamente. Es decir, que los enunciados dogmáticos no se encuentren en contradicción con otros enunciados aceptados o con el ordenamiento jurídico vigente.

La teoría de la argumentación jurídica da por admitido la importancia de la argumentación práctica general en la fundamentación de los enunciados dogmáticos. Si bien en la fundamentación jurídica se usan diversos tipos de argumentos (empíricos, teleológicos, etc.) esto no releva que **"...la argumentación práctica general constituye la última piedra de toque y, con ello, la base de la argumentación dogmática"** <sup>139</sup>.

La vinculación de la dogmática respecto a los argumentos prácticos generales da lugar a que los enunciados dogmáticos sean refutables. Sobre este punto, Alexy propone las siguientes reglas:

**"Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio"**.

**"Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo al menos, de un argumento práctico de tipo general"**.

---

<sup>139</sup>Alexy, R.ob.cit.pág. 254.

## FUNCIONES DE LA DOGMATICA

La argumentación dogmática realiza una función importante en el discurso jurídico <sup>140</sup>. En principio, la dogmática cumple una función de estabilización que permite que se puedan fijar en el tiempo determinadas formas jurídicas (tales como conceptos, categorías, decisiones jurídicas) asumiendo carácter de institucionalización. Esta función es importante, ya que permite el control de los enunciados dogmáticos.

Sin embargo, la permanencia de los enunciados tampoco puede ser indefinida ya que pueden aparecer nuevas y mejores razones para justificar los argumentos dogmáticos y refutar a los tradicionales. En este punto, vale recordar el principio de inercia de Perelman, sobre la necesidad de cambio de los argumentos (cuando éstos no se adecúan a los nuevos contextos normativos y situacionales).

Los argumentos dogmáticos también realizan una función de progreso y guardan una estrecha conexión con la función de estabilización. El progreso cumple una función trascendental en el Derecho y no sólo depende del científico o jurista, sino también de la actividad del legislador y de los cambios en la sociedad.

La función de descarga de los enunciados dogmáticos permite que no se esté reabriendo y volviéndose a discutir cada caso. Esta función se considera importante en el trabajo de los tribunales (se conoce como la cosa juzgada) y en

---

<sup>140</sup> Alexy, R. ob.cit.pág.255.

el campo doctrinal, crea seguridad institucional en la medida en que hay un referente conceptual que se sustenta en el Derecho Vigente.

La dogmática realiza también una función técnica importante como modelo de construcción de enunciados, instituciones jurídicas y ofrece una información sistematizada del Derecho promoviendo la enseñanza y aprendizaje de la materia jurídica. La dogmática desde este punto de vista cumple una función didáctica.

La dogmática efectúa el control de consistencia que consiste en comprobar sistemáticamente la compatibilidad lógica de los enunciados dogmáticos por un lado; y por otro, la compatibilidad práctico-general de las decisiones a fundamentar con ayuda de los distintos enunciados dogmáticos. De esta forma la dogmática jurídica, contribuye a la concretización y grado de eficacia del principio de universalidad y justicia.

Mediante la función heurística, la dogmática contiene una serie de modelos de solución, distinciones y puntos de vista que tienen bastante utilidad para adoptar una decisión. Así, un sistema dogmático constituye **"..un fructífero punto de partida para nuevas observaciones y relaciones, pues en la medida en que sintetiza el estado y comprensión alcanzado en los respectivos problemas singulares y generaliza su fecundidad, se convierte también en iniciador de nuevos conocimientos que no se hubiesen ofrecido, ni menos aún hubiesen prevalecido, si la reflexión hubiese quedado aislada, sin sistematización<sup>141</sup>.**

---

<sup>141</sup> Referencia de de Alexy, Robert. Ob.cit. pág. 260 .

## ARGUMENTACION DOGMATICA Y ARGUMENTACION PRACTICO GENERAL

La argumentación dogmática, dice Alexy, es racional en la medida en que no se pierde la retroacción con la argumentación práctico general. En este sentido, la argumentación dogmática mantiene una retroalimentación permanente con la argumentación práctica general.

En las fundamentaciones dogmáticas impuras son necesarios los enunciados prácticos de carácter general y para el cual rige la siguiente regla :

**"Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados".**

### 4. LOS PRECEDENTES COMO ARGUMENTOS

La teoría de la argumentación jurídica reconoce la importancia fundamental que desempeñan los precedentes <sup>142</sup> en el discurso jurídico. En la fundamentación de los precedentes también intervienen los principios de universalidad, igualdad, inercia y las demás reglas que se aplican a la argumentación dogmática.

---

<sup>142</sup> Se entiende por precedente una resolución anterior de un caso igual o bastante similar.

Entre los argumentos dogmáticos y los precedentes existe una diferencia importante que es mencionada por Alexy. Este autor señala que "**...lo específico de la dogmática, configurada como ciencia del Derecho, consiste ante todo en que la ciencia del Derecho elabora sus enunciados, en un amplia medida, en forma sistemático-conceptual, propone enunciados para la solución de casos que todavía no fueron objeto de decisiones jurídicas, y prepara posibles soluciones alternativas. Lo específico de las decisiones jurídicas que crean precedentes hay que verlo, por el contrario, ante todo en el hecho de que los enunciados de las decisiones judiciales no se usan sólo para la comunicación de propuestas, sino para la ejecución de actos**" <sup>143</sup>.

En la teoría de la argumentación jurídica, se admite la coincidencia de contenidos tanto en los argumentos dogmáticos como en los precedentes. Ambos (argumentos dogmáticos y precedentes) desempeñan una **función práctica** y en ese sentido tienen relación con el discurso práctico.

Las reglas de fundamentación que se sustentan en precedentes dice :

**"Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse".**

**"Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación".**

---

<sup>143</sup>Alexy Robert. Ob.cit. pág. 264.

La regla de la carga de la prueba (en la fundamentación jurídica) permite el ingreso de argumentos basados en precedentes y de otros argumentos especiales tales como: la analogía, argumentum a contrario, argumentum a fortiori, argumentum ad absurdum. Estas son "formas de inferencia lógicamente válidas" que requieren según Alexy una preparación especial de las premisas y, con frecuencia, la introducción de premisas especiales que las más de las veces permanecen implícitas en los argumentos que tienen lugar de hecho <sup>144</sup>. Por consiguiente, los otros argumentos especiales (argumentum a contrario, argumentum a fortiori, argumentum ad absurdum) son susceptibles de formalización mediante la lógica deductiva, tal que la estructura de estos argumentos <sup>145</sup> se expresa de la siguiente forma:

$$(1) \quad (x) (Fx \vee F \text{ sim } x \rightarrow OGx)$$

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

$$(3) \quad (x) (Hx \rightarrow OGx) (1), (2)$$

Es decir, para todo  $x$ , si  $x$  es  $F$  (supuesto de hecho legal)  $\vee$  semejante a  $F$ , entonces debe ser  $G$  (consecuencia jurídica); para todo  $x$ , si  $x$  es  $H$  (supuesto no previsto en la ley), entonces  $x$  es semejante a  $F$ ; por tanto para toda acción  $x$ , si  $x$  es  $H$ , entonces debe ser también  $G$ . La segunda premisa implica un juicio

---

<sup>144</sup> Alexy, T., ob.cit.pág. 267.

<sup>145</sup> La formulación lógica de la analogía aparece también en Klug, conspicuo representante de la lógica jurídica, entendida como la aplicación al campo del Derecho de la lógica formal o lógica matemática. Ver, Ulrich Klug, Juristische Logik. Springer-Verlag, Berlín, 1951. Hay trad. castellana de J.D. García Bacca. Lógica Jurídica, Caracas, 1961.

de valor sobre cuáles son las características jurídicamente relevantes que permiten igualar un supuesto de hecho explícitamente previsto por la ley (F) y otro no previsto (H), que a su vez debe ser justificado (el juicio de valor) mediante la utilización de los diversos argumentos posibles incluyendo argumentos prácticos que tienen lugar de hecho.

La formalización de los argumentos, según Alexy, tiene dos ventajas: **a)** hace posible que el argumento pueda tener una expresión formal; **b)** y permite aclarar el contenido no lógico del argumento.

El problema se presenta en la fundamentación de los enunciados (premisa mayor o menor). Alexy sostiene que los enunciados de las premisas (1) y (2) no siempre son normas que se deducen de una ley, no basta pues un análisis lógico de las relaciones de semejanza, por ejemplo en la analogía. Para determinar la semejanza a nivel jurídico, además del análisis lógico es relevante la valoración.

En tales caso, Alexy sugiere que en la justificación de los argumentos jurídicos especiales pueden usarse reglas como las siguientes:

**Regla:** "Supuestos de hecho semejantes deben tener las mismas consecuencias jurídicas".

**Regla :** "Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a, debe estar dispuesto también a aplicar F a todos los otros objetos que sean iguales a a en todos los aspectos relevantes"

**Regla :** "Todo hablante sólo puede afirmar aquéllos juicios de valor y de obligación que afirmaría en todas las ocasiones iguales en todos los aspectos relevantes a aquella en que afirmó tales juicios".

La tesis de Perelman<sup>146</sup> no coincide con la de Alexy respecto a la presencia de la lógica formal en el discurso jurídico. Para Perelman la razón sólo es capaz de conocer principios verosímiles del Derecho (razón débil) y en cuanto a su aplicación sólo es capaz de alcanzar conclusiones plausibles pero no necesarias (razón débil).

En el caso de Alexy la razón humana es capaz de conocer sólo principios verosímiles y aceptables del Derecho (razón débil) pero a partir de ellos puede proceder de manera rigurosamente deductiva llegando a conclusiones necesarias (razón fuerte). De esta manera, la teoría de Alexy admite la participación de la lógica formal en la fundamentación de las premisas normativas; pero no limita la racionalidad del discurso jurídico a la formalización.

Por otro lado, se ha criticado a la teoría de la argumentación de enfatizar el aspecto práctico (como instrumento para fundamentar una decisión judicial correcta) y dejar de lado el aspecto teórico. Al respecto consideramos que el

---

<sup>146</sup> Ver Atienza, Rodríguez Manuel. Sobre la analogía en el Derecho. pág.109 y sgts.

autor, ha centrado su estudio en la teoría del discurso práctico y desde esta perspectiva es coherente con la finalidad que persigue, la de orientar la argumentación hacia la toma de decisiones correctas<sup>147</sup>.

### 3.5. EL DISCURSO JURIDICO Y EL DISCURSO PRACTICO GENERAL

La primera tesis de la teoría de la argumentación jurídica como lo ha venido sosteniendo Robert Alexy a lo largo de esta exposición, es que el discurso práctico general constituye la piedra angular en la cual se construye el edificio de su teoría.

Esa fuerte vinculación entre el discurso práctico y el discurso jurídico se sustenta en cuatro aspectos:

(1) la necesidad de fundamentar el discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso jurídico práctico general, (2) la coincidencia parcial en la pretensión de corrección, (3) la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general y (4) la necesidad de la argumentación práctica de tipo general en el marco de la argumentación jurídica<sup>148</sup>.

El primer punto, tiene que ver con la necesidad de fundamentar el discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general. Y

---

<sup>147</sup> Atienza R., M. ob. cit. pág. 109 y sgts.

<sup>148</sup> Alexy Robert. Ob. cit. pág. 273.

para ello se parte de que el discurso jurídico tiene su origen en el discurso práctico general.

Como se sostiene, el discurso jurídico se origina en la necesidad de fundamentación de los enunciados ante la debilidad de las reglas y formas del discurso práctico general. El estado de "indeterminación discursiva" del discurso práctico afirma Alexy, obliga la transición a un discurso jurídico organizado, limitado por formas y reglas especiales de argumentación (leyes, precedentes, dogmática, etc.) institucionalizadas.

Un segundo aspecto fundamental de esta vinculación entre el discurso jurídico y práctico es la coincidencia parcial en la pretensión de corrección. En relación a este punto, existe una diferencia entre el discurso jurídico y el discurso práctico. En el caso de la argumentación jurídica la pretensión de los enunciados normativos no pueden ser absolutamente racionales. La fundamentación para ser racional sólo puede aspirar a ser correcta o incorrecta en el marco del ordenamiento jurídico vigente <sup>149</sup>.

Como se ha mencionado en este trabajo, la característica importante de la teoría de la argumentación jurídica, es que la racionalidad está determinada por la ley, en ese sentido, la racionalidad es relativa a la "racionalidad de la legislación".

---

<sup>149</sup> Ante una postulación de coincidencia total entre los discursos jurídico y práctico y una aparente dependencia del primero respecto del segundo; y, la necesaria transición al discurso jurídico precisamente por las debilidades del discurso práctico, Alexy aclara que de ninguna manera las coincidencias suponen que "el discurso jurídico se identifique o reduzca al discurso práctico". Por el contrario, el discurso jurídico no deja de ser un discurso especial dentro de los discursos prácticos. Ver ob.cit.pág. 277.

En una sociedad donde los problemas se resuelven racionalmente supone, según el autor, que también exista una teoría normativa y racional de la sociedad.

La cuestión de la racionalidad en el marco del ordenamiento jurídico sólo puede ser resuelto a partir de una teoría de la argumentación jurídica <sup>150</sup>. Con esta tesis, Robert Alexy cierra toda otra posibilidad a la fundamentación del discurso jurídico, salvo el que procede del discurso práctico.

Existe otro punto de coincidencia entre los discursos jurídico y práctico en la estructura formal de sus reglas, formas de argumentos y procedimientos de fundamentación. Desde este punto de vista, las reglas y formas de argumentación, así como los principios de justificación del discurso práctico están en correspondencia con el discurso jurídico. De igual manera, existe similitud de funciones tanto en el discurso jurídico como en el discurso práctico para lograr la estabilización, progreso y control del discurso.

Respecto a la necesidad de argumentos prácticos generales en el marco de la argumentación jurídica, dice Alexy: **"... se estableció que la argumentación jurídica depende normalmente de la argumentación práctica general y que, se puede hablar de que la argumentación práctica general constituye el fundamento de la argumentación jurídica. Este resultado parece estar en una cierta contradicción con la tesis antes expuesta de que el discurso jurídico es necesario, precisamente por las debilidades del discurso práctico general, y porque en los discursos jurídicos, especialmente**

---

<sup>150</sup>Alexy R., ob.cit. 275 y sgts.

en razón de su institucionalización como ciencia del Derecho y de su vinculación a los precedentes, pueden lograrse resultados que no son posibles en el discurso práctico general. ¿Por qué ha de ser la argumentación jurídica necesaria y cómo ha de poder alcanzar estos resultados, si, en último término, depende de la argumentación práctica general?. La respuesta es obvia después de lo dicho hasta aquí. El hecho de que la argumentación jurídica dependa de la argumentación práctica general no significa que sea idéntica o que pueda reducirse a ella. La argumentación práctica general es necesaria en el discurso jurídico y tiene lugar, según formas especiales y siguiendo reglas especiales y bajo condiciones especiales. Estas formas y reglas especiales llevan tanto a una consolidación como a una diferenciación de la argumentación <sup>151</sup>.

#### 4. LIMITES Y NECESIDAD DE UNA TEORIA DEL DISCURSO JURIDICO RACIONAL.

La teoría de la argumentación jurídica fundada en (reglas, formas, condiciones y procedimientos especiales) tiene un límite. No puede garantizar la seguridad y la certeza absoluta del resultado. Tajantemente sostiene su autor, que la argumentación jurídica no equipara "seguridad y racionalidad". Aún en el caso de las ciencias naturales es discutible la existencia de una seguridad definitiva. Sin embargo, no por ello, se va negar a la Jurisprudencia el carácter

---

<sup>151</sup> Alexy, R., ob.cit. pág. 275.

de una ciencia o actividad racional <sup>152</sup>.

No es la producción de seguridad lo que constituye el carácter racional de la Jurisprudencia, sino el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios o reglas.

Por consiguiente Alexy, considera que su propuesta se ha limitado a la presentación sistemática del concepto de argumentación jurídica. Admite que puede existir objeciones con relación a qué es lo que hay que considerar como condiciones, criterios o reglas. Sobre este punto, afirma que en su teoría ha tratado de plantear los criterios más "fuertes" de la argumentación jurídica. Dice el autor: **" Una teoría de la argumentación jurídica racional tiene lugar en esta investigación mediante la descripción de una serie de reglas a seguir y de formas que debe adoptar la argumentación para satisfacer la pretensión que en ella se plantea" <sup>153</sup>**. Agrega que, el valor de la teoría de la argumentación, no se concreta a una descripción teórica del concepto de argumentación y a la función que debe realizar como criterio de corrección hipotético. Por el contrario, la teoría tiene una dimensión práctica, en la medida que se puede aplicar a situaciones de hecho, por ejemplo, en la actividad judicial.

---

<sup>152</sup> Se sostiene la tesis de una "actitud científica" en el Derecho. Dice Hernández Gil, "...sería falso descartar de los dominios del Derecho una actitud científica, aunque no siempre logre el nivel pleno de la ciencia y aun cuando no pueda alcanzarse un paralelismo con las ciencias exactas y de la naturaleza...". Ob.cit. pág. 39.

<sup>153</sup> Alexy, R. ob.cit.pág.278.

La teoría alexiniana no es pues una "teoría ideal" como se le ha criticado. Constituye un planteamiento de orientación global, ya que integra tanto el aspecto teórico como el aspecto práctico, desde el cual ofrece criterios para una fundamentación teórico-práctica del Derecho.

#### CAPITULO IV

**¿ La teoría de la argumentación de Robert Alexy es un modelo de racionalidad jurídica?**

A lo largo de la exposición de esta tesis, hemos tratado de describir los puntos principales de la teoría de la argumentación de Robert Alexy. Resumiendo, consideramos que los aspectos centrales de esta teoría son las siguientes :

1. La racionalidad jurídica, especialmente la referida a las decisiones judiciales, se fundamentan en el Derecho Positivo, en reglas y principios de carácter técnico y ético que proceden del Discurso Práctico General.
2. El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general que se caracteriza por su vinculatoriedad al Derecho vigente.

3. La argumentación jurídica está conformada por enunciados normativos, empíricos y no normativos, éstos últimos provienen del discurso práctico general.
4. La fundamentación de las decisiones judiciales constituyen la preocupación principal del autor, en cuyo marco se va elaborar la teoría de la argumentación.
5. La fundamentación de los distintos enunciados jurídicos se sustentan no sólo en el Derecho Vigente y en normas técnicas, se hace también referencia a principios de contenido ético cuyo soporte son reglas universales consensuales y prácticas.
6. El tratamiento lógico de la argumentación (justificación interna), es considerado por el autor como necesario, en cuanto garantiza la "racionalidad de las premisas". En tanto que, la racionalidad de la decisión, pertenece al campo de la justificación externa y en donde es admisible todas las argumentaciones posibles. En este contexto, el operador jurídico (juez) no actúa con arbitrariedad; por el contrario, su razonamiento debe seguir reglas, criterios para fundamentar su decisión racionalmente.
7. Los enunciados empíricos, requieren para su fundamentación de enunciados normativos, así como de enunciados que emanan del discurso práctico. De igual forma, la fundamentación de enunciados normativos requieren de argumentaciones que provengan del discurso práctico. ¿Cuál de estos criterios se considera más fuerte para una explicación de argumentación jurídica racional?.

Según el autor, una explicación de argumentación jurídica racional tiene lugar sólo en el marco de un conjunto de reglas, criterios y formas que debe adoptar la argumntación para satisfacer la pretensión que en ella se plantea.

8. La interpretación no permite en el Derecho una justificación sustentada, ya que en sí misma conlleva imprecisión en cuanto a su número, nivel y jerarquía. Por lo que es necesario hechar mano de argumentaciones o razonamientos del discurso práctico.
9. La teoría de la argumentación jurídica no posibilita una certeza absoluta siendo su objetivo únicamente alcanzar la corrección. Es decir, que los enunciados pueden ser racionalmente fundamentados en el marco del orden jurídico vigente. La corrección en este caso, no es sino la observación de las normas del Derecho Vigente, reglas, formas, cánones de interpretación, principios que permiten la racionalidad del Derecho.

En el acápite anterior, se ha tratado de señalar los aspectos fundamentales que caracterizan a la teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy. Sin embargo, dada la complejidad de la teoría, especialmente en lo que corresponde al discurso jurídico, el cual aparece expuesta en la obra del autor en un número limitado de páginas, consideramos que en esta tesis con toda probabilidad se encontrarán vacíos y tal vez inexactitudes en algunos puntos, deficiencias que trataremos de superar en las futuras investigaciones vinculadas a este tema.

Pese a ello, nos atrevemos a recalcar algunos puntos de vista que en forma resumida ya están señalados en la conclusión, y los cuales se han mencionado a lo largo de la exposición de la teoría.

- La idea que en el Derecho se da una forma de razonamiento de carácter práctico, es una tesis confirmada en el ejercicio profesional, en la práctica que realizan los operadores jurídicos (jueces, abogados, litigantes). En efecto, la argumentación aparece en el discurso jurídico como un instrumento de persuasión que busca orientar la fundamentación de la demanda, el alegato, la decisión judicial. En este aspecto, la teoría pasa de un dato objetivo al considerar la argumentación como una forma de razonamiento del *Homo Juridicus*.
- El tratamiento del Derecho como discurso, responde a la concepción planteada por la Filosofía Analítica, corriente que enfatiza la importancia del lenguaje y viene ejerciendo cierta influencia interesante en el Derecho. Sobre este punto, está fuera de discusión la importancia del lenguaje en el Derecho y la necesidad de ahondar en el estudio del análisis semántico. Por consiguiente, la tesis de que el Derecho así como la Moral son juegos de lenguaje sujetos a reglas, nos parece admisible en la medida que el Derecho no se limite sólo al uso de reglas de lenguaje desconociendo la complejidad del mundo que nos rodea.
- En lo que respecta, a la justificación o fundamentación del discurso jurídico mediante la retroalimentación de éste en el discurso práctico general, no significa

para el autor ni para nosotros, que queda resuelto totalmente el problema de la justificación racional del Derecho. Si bien, los enunciados del discurso práctico son argumentos importantes en la justificación de una decisión

¿hasta que límite el discurso práctico deberá ser tomado en cuenta en la fundamentación?

En lo que respecta al discurso práctico como reglas que orientan la acción humana no sólo pueden tener carácter consensual, existen posiblemente otras formas de justificación (imperativos, principios que no sólo se fundamentan en el consenso, sino también en la tradición, la cultura, etc.) y que actúan como muletas tratando de fundamentar la decisión.

- En cuanto a la idea de corrección como otra forma de justicia, nos parece que ésta no es más que una versión de la validez o justicia formal del Derecho. En el sentido de que la corrección de una ley, de una decisión judicial, un alegato, están determinados y se fundamentan por las reglas del Derecho Vigente.
  
- El autor enfatiza el aspecto procedimental de su teoría. Desde este punto de vista, hay una fuerte tendencia normativa que deja de lado aspectos referentes al contenido de las reglas. Por ello, esta posición puede considerarse como una limitación de la teoría, la de dejar de lado los contenidos y hacer predominar la perspectiva normativa. Tal es así que una decisión puede ser racional (válida jurídicamente), aunque desde el punto de vista ético sea discutible.

- La argumentación expresa un carácter instrumental y práctico. Es definido por el autor de la tesis como una actividad lingüística conformado por reglas y formas con status lógico completamente diferente y que actúan como modelos y guías de la conducta humana.

En tal sentido, la argumentación es más bien un conjunto de reglas técnicas que actúan como herramientas que ayudan a esclarecer el pensamiento del *homo juridicus*, permitiéndole un espíritu crítico, pluralista, persuasivo.

- La teoría de la argumentación, también nos propone un instrumento de carácter gnoseológico y teleológico que en nuestra opinión no se contraponen. Por un lado, se sostiene una racionalidad del discurso jurídico controlado por un conjunto de reglas. Y, por otro, se insinúa en la teoría alexiniana una racionalidad de fines que busca la sustentación en el discurso práctico. Al respecto, consideramos que estas formas de razonamientos (lógico) y el otro (valorativo) no se contraponen, ya que se trata de dos actividades humanas diferentes entre sí, pero estrechamente relacionadas <sup>154</sup>.

- La argumentación como instrumento del pensamiento correcto y legitimado por el consenso del auditorio puede contribuir a una comprensión de los problemas jurídicos y su solución.

---

<sup>154</sup> Guibourg, Ricardo A., El fenómeno normativo. Acción, norma y sistema. La revolución informática. Niveles del análisis jurídico. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1987. Página 194.

- La lógica como sustento fundamental del pensamiento coherente está presente en las reglas del discurso jurídico. Sin embargo, en este tipo de discurso no todo es coherencia lógica, hay valoraciones que responden a otras influencias que provienen de la vida, las emociones, los sentimientos, intereses, etc., que surgen de la interrelación de conductas.
  
- Sin duda una teoría de la argumentación de carácter normativo puede ser útil en la dilucidación de los problemas jurídicos tanto en el descubrimiento como en la fundamentación de los mismos.
  
- Si bien el Derecho se encuentra en un contexto normativo y de valoraciones, los hechos en gran número de casos definen la decisión. Sin embargo, no es razón para considerar que el discurso jurídico se pueda reducir a un discurso empírico. La validación del discurso empírico pasa necesariamente por el filtro de las normas que dirimen cuáles son los hechos que se deben admitir.
  
- Si bien el autor, ha expuesto el perfil del discurso práctico y el discurso jurídico como un caso especial de éste; sin embargo, no nos parece lo suficientemente claro, el grado de vinculación o de enlace que subyace entre el discurso práctico y el discurso jurídico. Por el contrario, el criterio fuerte es que la racionalidad jurídica se encuentra fundamentalmente determinada por la vigencia del ordenamiento jurídico.

- El autor desarrolla su teoría, sustentándola especialmente en la fundamentación de las decisiones judiciales. En ese sentido, ha dejado de lado por ejemplo, la posible existencia de un discurso teórico en el Derecho.
- Como se ha mencionado, en lo que respecta a la fundamentación de discurso jurídico el autor plantea dos tipos de justificación. Pero también advierte la existencia de reglas como:

**" Siempre que exista duda sobre si a es una T o una M hay que aducir una regla que decida una cuestión".**

No nos parece, que la justificación basada en este tipo de reglas sea convincente y pueda dar consistencia al discurso jurídico.

## CONCLUSIONES

El análisis que hemos hecho de la teoría de argumentación jurídica de Robert Alexy nos permite llegar a siete conclusiones que se exponen a continuación:

**PRIMERA:** La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy plantea un modelo, una propuesta de racionalidad normativa que se fundamenta en el discurso práctico. El autor desarrolla esta tesis de la racionalidad a partir de un conjunto de reglas de fundamentación. Al respecto, consideramos que las cuatro reglas de fundamentación que nos remiten al criterio técnico, empírico, lingüístico e hipotético; así como, las reglas de la razón, posibilitan la inteligibilidad del discurso y por tanto el entendimiento entre los hablantes. Pero no todas las reglas que menciona el autor, permiten el mismo grado de consistencia del discurso.

**SEGUNDA:** La tesis de que el discurso jurídico es esencialmente vinculante al ordenamiento jurídico vigente, parte de la concepción de que el objeto del Derecho son NORMAS. Desde este punto de vista, pensamos que para Robert Alexy la noción de Ciencia del Derecho como un sistema normativo tiene un carácter semicerrado. Es decir, la racionalidad normativa del Derecho no desconoce la existencia de argumentaciones extra jurídicas que se fundamentan en el discurso práctico.

**TERCERA:** La teoría del discurso práctico así como el discurso jurídico sitúan la fundamentación en el contexto normativo, en la medida que la justificación sea sustentada en criterios y reglas dadas. Desde ese punto de vista, el discurso jurídico encuentra su fundamentación en primera instancia es el ordenamiento legal vigente. Y, en una segunda instancia de la argumentación, a nivel del discurso práctico, en donde caben argumentaciones de contenido extra jurídico, predominando en la teoría alexiniana los argumentos éticos.

**CUARTA:** La Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy asume la presencia de la lógica en las reglas del discurso (práctico y jurídico). En efecto, en las reglas de fundamentación interna del discurso están considerados los principios fundamentales de la lógica, aunque el autor no desarrolla la formalización de los enunciados normativos mediante el lenguaje simbólico. En ese sentido, consideramos que el autor estudiado coloca la coherencia lógica como el sustento y fundamental de la racionalidad jurídica.

**QUINTA :** Robert Alexy también sostiene la necesidad de un razonamiento deductivo, el cual está presente en todas las formas de argumentaciones jurídicas (dogmática, precentes, analogía, argumentos a fortiori, ad absurdum, a contrario). Sin embargo, considera que un razonamiento sólo de esta naturaleza, no es suficiente para la justificación del discurso

jurídico, por ejemplo en la decisión judicial el operador realiza otras formas de razonamiento además del deductivo..

¿ Cómo hacer la elección del argumento fuerte que sustente un fallo judicial correcto?. Este es el quid del problema, y escapa a un planteamiento de carácter epistemológico.

**SEXTA:** La teoría incide en la fundamentación de las decisiones judiciales, en donde juegan un rol importante el Juez. En este punto, se ha criticado que el autor ignore otras clases de argumentación que se dan en el campo jurídico, como por ejemplo en la producción de las leyes. Al respecto, opinamos que en el ámbito de la práctica profesional del Derecho, se realizan argumentaciones con una finalidad persuasiva que pueden lindar sobre hechos por ejemplo, y que no tienen vinculación directa con el ordenamiento jurídico. Consideramos, que para el autor estas formas de argumentaciones no son estrictamente jurídicas como son las argumentaciones de la dogmática, los precedentes y otras formas especiales de argumentación ya señaladas. En la producción de leyes, de igual forma el legislador puede hacer uso no sólo de argumentos jurídicos, puede tener razones justificadas en enunciados empíricos, pragmáticos, éticos, teleológicos.,etc.

En el Derecho existe el uso bastante frecuente de la argumentación como persuasión a fin de influir en el comportamiento de las partes en el proceso. En nuestra opinión, este tipo de argumentación no puede justificar una decisión judicial, ni menos legitimar una ley como racional.

**SEPTIMA:** La teoría de la argumentación jurídica al remitirnos como última instancia de fundamentación del discurso jurídico al discurso práctico (que para Robert Alexy es sobre todo de carácter ético), nos propone una racionalidad ideal en donde se realizan a plenitud la racionalidad y las valoraciones. Esta regla "pragmático racional" que sostiene el autor, consideramos que es un ideal, una aspiración colectiva que no contradice las bases en que se afirma el Estado Moderno (leyes, derechos) reconocidos por la Constitución y las leyes de la razón.

**BIBLIOGRAFIA BASICA**

ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989.

ANDUET, Armando. Razonamiento y Argumentación. Ed. Alveroni Córdoba. 1993. Academia de la Magistratura. Lima-Perú. 1997.

ARISTOTELES. Tratado de Lógica. (El órganoon). Estudio Introdutorio. Preámbulo a los tratados y notas al texto por Francisco Larroyo. Ed. Porrúa S.A. México. 1972.

ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. Sobre la analogía en el Derecho. Cuadernos Civitas. Madrid-España. 1986.

ATIENZA, Manuel. Introducción a la Argumentación Jurídica. Academia de la Magistratura. Lima. 1997.

GHIRARDI, Olsen. El Razonamiento Judicial. Academia de la Magistratura. Lima. Perú. 1977.

GUIBOURG, R.A. El fenómeno normativo. Acción, norma y sistema. La revolución informática. Niveles del análisis jurídico. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1987.

HABERMAS, Jürgen. Teoría de la Acción Comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la Acción y Racionalización Social. Ed. Taurus. S.A., Madrid. 1987.

PERELMAN, Ch. et L. OLBRECHTS-TYTECA. Traité de L'Argumentation. Presses Universitaires de France. Paris. 1958.

PERELMAN, CHAIM. "El razonamiento Jurídico". Actas del Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Bruselas. 1971. Academia de la Magistratura. Lima. Perú.

VIEHWEG, THEODOR. Tópica y Jurisprudencia. Prólogo de Eduardo García Enterría. Traducción de Luis Díez Picazo. Editorial Taurus. Madrid. 1964.

### BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio. Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Ed. Astrea. Bs.As. 1974.

ALCHOURRON, Carlos. "Argumento Jurídico fortiori y a pari". Revista Jurídica de Buenos Aires. T.IV. Bs.As.

ALEXY, Robert. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica". Derecho y Filosofía. Barcelona. Alfa. 1985.

BLASCO LL. Josep. Lenguaje, filosofía y conocimiento. Ed. Ariel. Barcelona. 1973.

BUNGE, Mario. Epistemología. Ed. Ciencias Sociales. la Habana. 1982.

BUNGE, Mario. El derecho como técnica social de control y reforma. Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Lima. 1996.

BUNGE, Mario. La ciencia, su método y su filosofía. Editorial Siglo XX. Bs.As. 1972.

CARRIO Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje. Editorial Abeledo Perrot. Bs.As. 1965.

CARRRIO, Genaro. Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico. Abeledo Perrot. Bs.As.

CALAMANDREI. La génesis lógica de la sentencia civil. Estudios sobre el Proceso

Civil. Bs.As. Omeba.1994.

CALAMANDREI. Casación Civil. Ediciones Jurídicas. Bs.As. 1959.

CAPELLA, Juan Ramón. E derecho como lenguaje. Ed. Ariel. Barcelona. 1968.

CERRONI, Umberto. Metodología y Ciencia Social. Editorial Martínez Roca S.A. Barcelona-España. 1971.

CONSTITUCION POLITICA DEL PERU, 31 de diciembre de 1993.

COSSIO, Carlos. Teoría de la verdad jurídica. Ediciones Losada. Bs.As. 1954.

COSSIO, Carlos. La valoración jurídica y Ciencia del Derecho. Ediciones Arayu. Bs.AS. 1954.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL. Ed. Heliasta. S.R.L. Bs.As. 1986.

DEL VECCIO, George. El concepto del Derecho. Ediciones Hijos de Reus. Madrid. 1914.

DWORKIN, R.M. La filosofía del Derecho. Breviarios. Fondo de Cultura Económica. México. 1980.

ECHAVE, Delia T.; URQUIZO, María E., GUIBOURG, Ricardo.Lógica, proposición y norma. Ediciones Astrea. Bs.As. 1995.

ENCICLOPEDIA SOPENA. Ed. Sopena. S.A. Barcelona.1987.

ETXEBERRIA, XABIER. Etica Basica. Universidad de Deusto. Bilbao. 1996.

FERRATER MORA, José. Diccionario de Filosofía. Madrid. Alianza Editorial.1979.

GALINDO, Fernando. ¿ Qué es la Ciencia del Derecho?. Cuadernos de Derecho, ciencia y Sociedad. Zaragoza. 1983.

GARCIA BELAUNDE, Domingo. Conocimiento y Derecho. Apuntes para una Filosofía del Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 1982.

GHIRARDI, Olsen. Motivación de la sentencia y control de logicidad. Revista La Ley. Córdoba. Año 1. Nro. 12.

HABERMAS, Jürgen. El Discurso Filosófico de la Modernidad. Editorial Taurus. Bs.As. 1985.

HART, H. EL concepto del Derecho. Ediciones NAcional. México. 1980.

HART, H.H.A. Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis. Ediciones DEPALMA. Bs.As. 1962.

HERNANDEZ GIL, A. Problemas epistemológicos de la Ciencia del Derecho. Cuadernos Civitas. Madrid. España. 1976.

HERNANDEZ GIL, A. Estructuralismo y Derecho. Universidad Alianza. Madrid. 1977.

KALINOWSKY, G. Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica. Ediciones Eudeba. Bs. As. 1973.

KALINOWSKI, G. Lógica de las normas y Lógica Deóntica. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Universidad de Carabobo. Caracas. Venezuela. 1978.

KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho. Ed. Losada. S.A. Bs.As. 1941.

KELSEN, Hans. Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho. Filosofía y Derecho. Centro Editor de America Latina. Bs.As. Bs.As. 1969.

KLUG, Ulrich. Lógica Jurídica. Universidad Central. Caracas. 1961.

KURT, Lisser. El concepto del Derecho en Kant. Centro de Estudios Filosóficos. U.N.A.M. 1959.

- LARENS, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Ediciones Ariel. Barcelona. 1966.
- LOEVINGER, Lee. Introducción a la lógica jurídica. Editorial Bosch. Barcelona. 1954.
- MIRO QUESADA CANTUARIAS, F. Ensayos de Filosofía del Derecho. Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad de Lima. 1986.
- MIRO QUESADA CANTUARIAS, F. Problemas fundamentales de la lógica jurídica. Lima. 1956.
- NAKNIKIAN, George. El Derecho y las Teorías Éticas Contemporáneas. Filosofía y Derecho. Centro Editor de América Latina. S.A. 1969.
- NINO Santiago, Carlos. Introducción al análisis del Derecho. Ed. Ariel S.A. Barcelona. 1983.
- ORTEGA, Alfonso. Retórica. El arte de hablar en público. Historia - Métodos y Técnicas Oratorias. Madrid, 1989.
- PRADO, Raimundo . Acerca de la racionalidad científica. Revista de Investigación ALMA MATER. Nro. 1. UNMSM. Abril. 1972.
- PUTMANN, Hilary. Razón, verdad y lógica. Tecnos. Madrid. 1987.
- RABADE ROMEO Sergio; LOPEZ MOLINA, A.; PESQUERO Encarnación. Kant: conocimiento y racionalidad. El uso práctico de la razón. Editorial CINCEL, Madrid, 1988.
- ROSS, Alf. Lógica de las Normas. Ed. Tecnos. Madrid. 1971.
- ROSS, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia. Editorial Universitaria. Bs.As. 1963.
- RAWLS, John. Una teoría de la justicia. F.C.E. Madrid. 1978.

- SANZ ELGUERA, Julio César. Argumentos morales y argumentos jurídicos. Fondo Editorial Banco Central Reserva del Perú. Facultad de Letras y Ciencias Humanas. UNMSM. 1998.
- SCHREIBER, F. Concepto y formas fundamentales del Derecho. Editorial Losada. Bs. As. 1942.
- SCHREIBER, Rupert. Lógica del derecho. Ediciones SUR. Bs.As. 1967.
- TOULMIN, Stephen. La comprensión humana. T.I. El uso colectivo y la evolución de conceptos. Alianza Editorial. Madrid, 1972.
- VON WRIGHT, H., Ensayo de lógica modal. Editorial Eudeba. Bs.As. 1970.
- VON WRIGHT, H., Lógica Deónica. Cuadernos Teorema. Valencia. 1979.
- VON WRIGHT, H., Norma y acción. Una investigación Lógica. Ed. Tecnos. Madrid. 1970.
- WARAT, Luis Alberto. El Derecho y su lenguaje. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Bs.As. 1976.
- WROBLENSKI, Jersey. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Cuadernos Civitas. Madrid. España. 1985.