

CAPÍTULO TERCERO

LA TEORÍA DEL DISCURSO DE ROBERT ALEXY

I. LA TEORÍA DEL DISCURSO COMO TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La teoría del discurso de Habermas es la base sobre la que se construye la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. Sin embargo, Alexy ha renunciado a una serie de tesis y de formas argumentativas que en la teoría de Habermas han dado lugar a serias críticas.

1. *Principios fundamentales de la teoría del discurso de Alexy*

La pregunta fundamental que se plantea Alexy es la siguiente: ¿cómo son posibles la racionalidad y el conocimiento prácticos? Esta cuestión se orienta por una teoría de la racionalidad práctica, cuya esencia es el concepto de razón práctica²⁶⁵ y representa los fundamentos y límites de la racionalidad práctica. Alexy limitará la amplitud y la ausencia de contornos del concepto de razón práctica por medio de una teoría procesal, la que incluye tanto la argumentación jurídica en especial, como la argumentación práctica en general. Debido a que, según Alexy, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico en general, ambos pueden ser tratados en el marco de una teoría del discurso jurídico integral. Ésta se propone alcanzar la mayor racionalidad posible en argumentaciones prácticas que tengan como propósito determinar lo que el derecho permite, prohíbe o manda.

²⁶⁵ Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1995, p. 94.

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

A. *El modelo del sistema jurídico de reglas, principio y procedimientos*

Para ubicar el lugar de la argumentación en la praxis jurídica, Alexy desarrolla un concepto de derecho que distingue dos elementos centrales. Por un lado, los procedimientos y, por el otro, las normas jurídicas. El derecho como sistema de procedimientos consiste en un modelo en cuatro diferentes niveles. En el primero, se ubica el procedimiento del *discurso práctico general*; en el segundo, el de la *creación del derecho*; en el tercero, el del *discurso jurídico*, y en el cuarto, el del *procedimiento judicial*. Los niveles del procedimiento situados en el segundo y cuarto lugar son procedimientos institucionalizados, en tanto que los ubicados en el primer y tercer lugar son procedimientos no institucionalizados. Se dice que un procedimiento es institucionalizado cuando se regula por normas jurídicas, de tal forma que se encuentra asegurada la producción de un resultado definitivo que resulta jurídicamente obligatorio. El sentido del modelo consiste en la fundamentación paulatina de la necesidad de cuatro procedimientos, así como en la representación de las relaciones mutuas que entre los mismos existen.

El *discurso práctico en general* se encuentra definido por las reglas que garantizan la racionalidad de un discurso práctico. Di-

cho en sentido negativo, establece los límites de un discurso racionalmente posible. Las reglas del *discurso práctico en general* resultan válidas para los discursos jurídicos, pero no en exclusiva. Otro tipo de discursos también las deberían de respetar.²⁶⁶

En el nivel de la discusión legislativa —*creación del derecho*—, el discurso se lleva a cabo en un procedimiento legislativo regulado por normas jurídicas²⁶⁷ en donde, sin embargo, un resultado saludable supone que se observen las reglas no legisladas del *discurso práctico en general*. Aquí lo decisivo es que en el proceso legislativo, por lo menos resulte posible un discurso racional. Cuando a pesar de que lo políticamente correcto es que en el proceso legislativo se observen las reglas del discurso racional, se hacen prevalecer los intereses de grupo, las retóricas ideológicas y los prejuicios de los medios, la opinión pública se puede valer de los recursos del discurso racional para a su vez criticar el trabajo parlamentario. La posibilidad de una crítica de este tipo queda garantizada por los derechos fundamentales previstos en la Constitución. El contenido de la discusión en el nivel del proceso legislativo queda limitado de manera negativa por los derechos humanos. El trabajo legislativo debe servir para asegurar la protección, respeto y desarrollo de los derechos humanos. La defensa o violación de los mismos no se deja al arbitrio de una simple mayoría parlamentaria.

La necesidad del “*discurso jurídico*”, esto es, del procedimiento de la doctrina jurídica —a la que se suele denominar como dogmática— resulta de las debilidades de la previsibilidad que se derivan de la labor legislativa. Tanto las experiencias históricas como las reflexiones doctrinales, muestran que no es posible ningún procedimiento legislativo cuyo resultado sea capaz de prescribir normas

²⁶⁶ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, Suhrkamp, 1991, p. 233.

²⁶⁷ Dicho procedimiento se encuentra regulado en los artículos 87-91 de la Constitución española y en los artículos 71 y 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

para todo posible caso que se presente en el futuro.²⁶⁸ No es posible procedimiento legislativo alguno que para dar solución a algún problema social, establezca normas de las que con ayuda de premisas empíricas, o se deduzca lógicamente, o se pueda fundamentar con reglas de la metodología jurídica, lo que jurídicamente resulta necesario. Por el contrario, debido a que el lenguaje jurídico siempre acusa cierto grado de vaguedad, las reglas de la metodología jurídica resultan imprecisas y a la imposibilidad de describir todas las posibles constelaciones de casos que en la realidad se pueden presentar, resulta necesario para entender el alcance de las prescripciones normativas, esto es, de lo que está permitido, ordenado o prohibido por la norma jurídica, recurrir a la ciencia jurídica. Sin embargo, no se debe olvidar que el discurso de la ciencia jurídica es un procedimiento no institucionalizado. Por eso dos juristas pueden llegar a diferentes resultados, a pesar de que ambos respeten el principio de la obligatoriedad de la ley. El *discurso jurídico* se diferencia del *discurso racional práctico* partiendo de las condiciones en que cada uno de ellos se erige. En el discurso jurídico no se pregunta, cuál resulta ser la solución más racional, sino cuál, con base en un sistema jurídico dado, es la solución más racional. La solución más razonable dentro de un sistema jurídico es la que mejor se pueda fundamentar con base en las normas de derecho vigente, considerando los criterios interpretativos establecidos en la jurisprudencia y los conceptos de la ciencia jurídica. Estos tres factores: ley, precedente y ciencia jurídica, fijan al derecho sólidamente, aunque no a tal grado como para no dejar a una serie de cuestiones jurídicas en una situación confusa y de evitar que en el futuro se presenten casos de difícil solución. Si el conjunto de instrumentos jurídicos no pone a disposición de los juristas los elementos para poder ofrecer solución a tales situaciones, sólo queda recurrir al discurso práctico general. Esto significa que el procedimiento del discurso jurídico,

²⁶⁸ Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, trad. de Manuel Atienza, México, Fontamara, 1998, pp. 7 y 69, y Alexy, Robert, "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", trad. de Ernesto Garzón Valdés, en Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, 1998, p. 69.

cuando debe conducir a soluciones racionales, se encuentra determinado por dos tipos de sistemas de reglas: por una parte, por reglas específicas del discurso jurídico las que responden a la obligación de respetar la ley, el precedente y la dogmática y; por la otra, por reglas del discurso práctico general que traen en consideración la pretensión de hacer fundamentables los juicios jurídicos en el marco del orden jurídico válido pero recurriendo a la razón. En esto último se fundamenta la tesis consistente en que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Debido a la obligatoriedad de la ley, de la jurisprudencia y al respeto a la ciencia jurídica, las inseguridades en el resultado que se presentan en el discurso jurídico, son mucho más limitadas si se les compara con aquellas del discurso práctico general. Sin embargo, jamás se podrá alcanzar una seguridad plena de la racionalidad de un resultado.

El “*proceso judicial*” es al igual que el legislativo, un procedimiento institucionalizado, pues se encuentra regulado por normas jurídicas,²⁶⁹ de tal manera que al final del procedimiento siempre existe sólo una solución jurídicamente obligatoria. En la sentencia no sólo se argumenta sino también se decide. Esto, sin embargo, no implica un abandono de la razón. Las reglas del *proceso judicial*, como su aplicación y resultado, son, siempre y cuando ellas sean resultado de la aplicación de las reglas de los otros tres tipos de procesos, capaces de fungir tanto como justificaciones racionales jurídicas, como de crítica racional.

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

²⁶⁹ Son precisamente las leyes procesales, las que establecen de manera obligatoria las formalidades y etapas del procedimiento judicial.

Como sistema de normas, la base de la teoría del sistema jurídico es la diferencia entre reglas y principios. Ésta se fundamenta en dos tesis. La primera consiste en que ni un modelo de sistema jurídico que se estructure exclusivamente con base en reglas, ni uno que se organice con base en principios, resulta aceptable; sólo puede serlo un modelo que vincule el nivel de las reglas con el de los principios. Según la segunda tesis, sin embargo, un modelo que sólo incluya reglas y principios no resulta suficiente. Sólo un modelo de tres niveles que vincule a las reglas con los principios y con los procedimientos cumple las exigencias de la racionalidad práctica. Con esto se cierra el círculo.

Las reglas y los principios se diferencian entre sí por el hecho de que mientras los segundos son sólo mandamientos de optimización,²⁷⁰ las primeras son reglas con mandamientos definitivos. Como mandamientos de optimización, los principios son máximas que prescriben algo que tanto desde un punto de vista jurídico como factual, existe una gran posibilidad de que se realice. Esto significa que la norma se puede cumplir en diferentes grados y la medida ofrecida de su realización no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas, las que además de reglas se determinan por los principios. Éstos resultan elementos complementarios de las reglas y de manera necesaria requieren de una valoración. La valoración es para los principios un presupuesto necesario de su aplicación.

En cambio, las reglas son normas que solamente o se cumplen, o no se cumplen. Cuando una regla es jurídicamente válida y resulta aplicable, entonces se exige hacer precisamente lo que la misma prescribe, ni más ni menos. Las reglas contienen en este sentido prescripciones en el marco de lo posible, tanto desde un punto de vista jurídico, como factual. No requieren ser sopesadas o valo-

²⁷⁰ Sobre los principios véase Alexy, Robert, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Rechtstheorie*, 1979, t. I, pp. 59 y ss.

radas como presupuesto de su aplicación. La forma característica de la aplicación de la norma es la subsunción.²⁷¹

La cuestión consiste en establecer cómo puede ser determinada la relación de reglas y principios en un sistema jurídico, y si dicho sistema se debe realizar con base en la racionalidad práctica. Para tal efecto existen tres modelos: el modelo de reglas puro, el modelo de reglas y principios, y el modelo de reglas, principios y procedimientos. En el sistema de reglas puro, el derecho consta de reglas exclusivamente. Esto lleva implícito, por una parte, una relación entre obligación y seguridad y, por la otra, entre precisión y seguridad. Debido a que las reglas establecen los términos precisos en que deberá resolverse un caso, este modelo puro ofrece una gran precisión en los términos y condiciones en que debe cumplirse una obligación, y con ello, se garantiza la seguridad jurídica. Sin embargo, si las reglas no prescriben cómo debe

²⁷¹ Como presupuesto de la aplicación de la consecuencia de derecho, se debe constatar que un suceso concreto que se verificó en un momento y tiempo determinado puede ser concebido como un caso especial de un supuesto de derecho previsto en una disposición normativa. Esta corroboración se lleva a cabo en el curso de un proceso judicial. El procedimiento lógico que sigue la aplicación del derecho de acuerdo a este modelo se suele representar en forma de un silogismo y recibe el nombre de teoría de la subsunción. En el modelo lógico de la subsunción, la descripción de los elementos normativos a nivel abstracto —lo que en derecho penal serían los elementos del tipo— y de las consecuencias de derecho que se deben actualizar si los mismos se verifican en la realidad material en un caso concreto, sería la *premisa mayor*. En la *premisa menor* se describe lo sucedido en un hecho concreto como un caso especial de la hipótesis normativa descrita en el supuesto jurídico en donde se han realizado todos y cada uno de los elementos previstos en la correspondiente regla jurídica. Finalmente, en la *conclusión* se derivan para el caso concreto el nacimiento, transmisión, modificación o extinción de los derechos y obligaciones previstas como las consecuencias de derecho a nivel abstracto en la norma. La decisión jurídica es, de esta forma, la consecuencia de que el caso concreto puede ser encuadrado —subsumido— en la hipótesis normativa como un caso especial de la misma. Véase al respecto English, Karl, *Einfuehrung in das juristische Denken*, 8a. ed., Stuttgart, Kohlhammer, 1989, pp. 43 y ss.

resolverse un caso determinado, conforme a un sistema puro de reglas, el juez debería decidir sin fundamentación alguna,²⁷² o no

²⁷² Para evitar esta situación que atentaría contra los principios básicos de un Estado de derecho, en los países de la familia neorrománica en donde existe la máxima que establece que la fuente del derecho por excelencia son las normas legislativas, existe el principio de la “integridad del ordenamiento jurídico”. Según este, no existe caso alguno que no pueda ser regulado por una norma general, abstracta y obligatoria perteneciente al sistema jurídico. Cuando se puede demostrar que ni la prohibición ni la permisión de un cierto comportamiento se encuentran previstos en el sistema, entonces se puede decir que el sistema es incompleto, que el ordenamiento jurídico tiene lagunas. Cuando el sistema jurídico es incompleto por contener lagunas, debe, para ser congruente con el principio de integridad, establecer los medios con ayuda de los cuales el juez pueda encontrar una norma jurídica general, abstracta y obligatoria que le permita resolver el caso que le ha sido planteado. Dichos medios son a los que se conoce como procedimientos de integración. Dentro de éstos existen procedimientos de heterointegración y de autointegración. Los primeros consisten en la integración llevada a cabo por medio de dos vías: ya sea recurriendo a leyes distintas, o bien, ya sea recurriendo a fuentes del derecho diferentes. Dentro de este primer método caen los principios generales del derecho. El método de la autointegración, en cambio, consiste en la integración llevada a cabo con base en las normas del mismo ordenamiento que contiene la laguna. Dentro del segundo método cae la analogía. Los procedimientos de integración se encuentran prescritos para el juez de manera obligatoria por cada sistema jurídico. La ley de la materia debe señalar de qué procedimientos de integración debe valerse la autoridad cuando no exista disposición escrita aplicable al caso. De esta forma, el cuarto párrafo del artículo 19 del Código Civil de México establece: “Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho”. Por su parte, el Código Civil Italiano precisa: “Si una controversia no pudiera decidirse mediante una disposición precisa, deben considerarse las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso aún siguiera en duda, se decidirá según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”. Como caso digno de mención encontramos el Código Civil de España el que establece como método de integración a la costumbre, la que en otros sistemas jurídicos sólo es una fuente secundaria del derecho, más no un método de integración. Sólo cuando no exista costumbre procede aplicar los principios generales del derecho para colmar las lagunas de la ley. De esta forma, en el artículo 1o., numeral 3 del Código Civil de España se establece: “La costumbre sólo regirá en defecto de la ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada”. Por su parte, en el artículo 1o., numeral 4 del mismo Código

decidir.²⁷³ Este problema sólo se podría resolver en caso de que el legislador fuera capaz de emitir reglas jurídicas que previeran criterios de decisión para cualquier caso que se pudiera presentar en el futuro, lo que desde luego no resulta humanamente posible. Este sería el déficit más grave del sistema de reglas puro. La precisión de la obligación y la seguridad jurídica se basan en la alternativa del todo o nada. De esta forma, un sistema jurídico que se organiza exclusivamente con base en reglas padecería de una laguna de racionalidad al no permitir una decisión para cada caso posible.

Esto no significa que un modelo de reglas puro sea irracional. La obligación de acatar las decisiones de un legislador legítimo y la seguridad jurídica son postulados que bien se pueden fundamentar en el marco del modelo de los cuatro niveles de procedimientos jurídicos que hemos tratado anteriormente. La seguridad jurídica constituye una razón esencial del paso del discurso práctico no institucionalizado al procedimiento institucionalizado de la labor legislativa. La obligatoriedad del criterio legislativo resulta una consecuencia

se encuentra prescrito que: “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre”. Esto significa que los principios generales del derecho que son el método de integración primario en el derecho mexicano, son en España, al igual que en Italia, un procedimiento de integración secundario. Asimismo, el Código Civil español también reconoce a la analogía como método de integración. En el artículo 4o., numeral 1 del mismo, se dispone: “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando ésta no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que aparece identidad de razón”.

²⁷³ También trastocaría los fundamentos de un Estado de derecho el hecho de que un juez se negara a decidir con el pretexto de que no existe una regla expresa en que pueda apoyar su decisión. Así, por ejemplo, el artículo 4o. del Código Civil francés establece: “El juez que se niegue a juzgar, so pretexto de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia”. Por su parte, el artículo 18 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, determina que: “El silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”. De esta forma, la obligación del juez de resolver todas las controversias que se presenten a su conocimiento es el fundamento del “principio de integridad del ordenamiento jurídico”.

necesaria de este paso. Sin embargo, el punto decisivo es que las exigencias que la razón práctica impone al sistema jurídico no se agotan en la seguridad jurídica y en la obligatoriedad de la ley.

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

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

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

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

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

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

Tanto los principios como las reglas no regulan ellos mismos su aplicación. Ellos representan sólo el lado pasivo del sistema jurídico. El lado activo de dicho sistema es el sistema de procedimientos. De esta forma surge el modelo de reglas, principios y procedimientos que vincula sistemáticamente el nivel de las normas con el de los procedimientos.²⁷⁴

²⁷⁴ Alexy, Robert, "Rechtssystem und praktische Vernunft", *Rechtstheorie*, 1987, p. 410.

B. *El discurso práctico general y sus reglas*

El método del que se vale Alexy lo denomina como “*normativo-analítico*”.²⁷⁵ La teoría del derecho es analítica en cuanto analiza conceptos fundamentales y explica lógicamente las estructuras de las fundamentaciones; ella es normativa, pues proporciona los criterios para la fundamentación racional de juicios prácticos.

En el centro de las fundamentaciones prácticas se encuentran los valores. En el curso de las argumentaciones jurídicas uno no sólo puede obtener pretendidos juicios autoritativos, tales como leyes, jurisprudencia o juicios de dogmática jurídica, y juicios empíricos, con base en afirmaciones normativas singulares. Por el contrario, las situaciones concretas admiten, a menudo, diversas soluciones alternativas y las decisiones sobre lo que está prohibido, permitido o mandado, se definen con base en valores.²⁷⁶

En las argumentaciones generales prácticas resultan necesarias las valoraciones morales. Alexy identifica su tarea central en aclarar cuándo, con base en qué razones y con qué ámbito, son fundatables dichas valoraciones. Para el efecto, se hace valer un rechazo en contra de las teorías morales materiales y en su contra se postulan los principios de una teoría procesal, estimando como muy prometedora a la teoría del discurso de Habermas. La teoría procesal de Alexy pretende establecer las conexiones entre procedimiento y corrección racional de una norma y de las afirmaciones normativas como sigue: “un juicio normativo N es correcto precisamente cuando puede ser el resultado de un procedimiento P”,²⁷⁷ y “una norma N es correcta precisamente debido a que puede ser el resultado de un procedimiento P”.²⁷⁸

²⁷⁵ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, Suhrkamp, p. 33.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 22, y Alexy, Robert, *Theorie de Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, p. 25.

²⁷⁷ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen...*, cit., p. 95.

²⁷⁸ Alexy, Robert, *Zeitschrift für philosophische...*, cit., 1989, vol. 43, p. 110.

Debido a que no cualquier discusión fáctica implica la corrección del resultado discursivo, el procedimiento debe cumplir con ciertos requisitos que permitan garantizar la corrección del resultado. Dichas características de un discurso calificado se establecen mediante un sistema de reglas del discurso.²⁷⁹ Al respecto, se debe diferenciar entre reglas y formas de los discursos prácticos generales, de aquellas de los discursos jurídicos.

Las reglas que dirigen el discurso práctico general son de seis tipos: a. reglas fundamentales; b. reglas de fundamento; c. reglas de la carga de la argumentación; d. reglas de las formas de los argumentos; e. reglas de razón y; f. reglas de transferencia.²⁸⁰

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

1. A ningún interlocutor le está permitido contradecirse.
2. Cada interlocutor debe afirmar solamente aquello en lo que él mismo crea.
3. Cada interlocutor que utilice un predicado “F” para cierto objeto “A”, debe estar dispuesto a utilizarlo nuevamente para otro objeto que sea igual a “A” en todas las cuestiones relevantes.
4. Cada interlocutor sólo debe sostener aquellos juicios de valor y sobre obligaciones, que él mismo ha sostenido en todas aquellas situaciones que entre sí resultan iguales en todas las cuestiones relevantes.
5. Diferentes interlocutores no deben utilizar expresiones iguales con diferente significado.²⁸¹

²⁷⁹ Alexy refiere la formulación de dichas reglas en su obra *Theorie der juristischen...*, cit., pp. 361 y ss.

²⁸⁰ Alexy, Robert, *Rechtstheorie*, cit., p. 30.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 31

Mientras las *reglas fundamentales* comprenden condiciones mínimas de racionalidad, el segundo grupo comprende las condiciones máximas de racionalidad. El punto de partida lo conforma una *regla general de fundamento*: “Cada interlocutor debe fundamentar lo que él sostiene cuando otro se lo pida, a menos que pueda dar razones que justifiquen negar una justificación”.²⁸² Quien fundamenta algo se compromete a aceptar que sus interlocutores, por lo menos, en cuanto hace a su fundamentación, cuenten con los mismos derechos que él y, por lo mismo, se abstiene a ejercer violencia en contra de los mismos, y no a apoyar la violencia que otros pudieran ejercer en su contra. Quien fundamenta, pretende finalmente que su razón sea sostenible no sólo frente a su interlocutor, sino frente a cualquier posible interlocutor. Esta exigencia que se encuentra implícita en el fondo de cada discurso de igualdad de derechos, universalidad y renuncia al ejercicio de la violencia, se pueden formular en tres reglas que corresponden a la idea de la “situación ideal de diálogo” de Jürgen Habermas²⁸³ y que se pueden formular de la siguiente manera:

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

Estas reglas definen aspectos que son característicos del concepto de racionalidad de la teoría del discurso; por lo mismo pueden ser caracterizadas como reglas de razón. Ellas expresan el

²⁸² Alexy, Robert, *Theorie der juristischen...*, cit., pp. 238 y 239.

²⁸³ Sobre este concepto véase Habermas, Jürgen, “Wahrheitstheorien”, en Fahrenbach, Helmut, *op. cit.*, Pfullingen, 1973, pp. 255 y ss.

carácter ideal de la razón práctica. Sin embargo, sólo se pueden realizar de manera aproximada.²⁸⁴

Las reglas del tercer grupo —reglas de la carga de la argumentación— son más de carácter técnico. Estas reglas conceden el derecho a las personas que hacen valer un argumento para negar otros argumentos que no tengan una fundamentación racional.²⁸⁵

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

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

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

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

²⁸⁴ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen...*, cit., p. 240.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 244.

2. Las consecuencias de cualquier norma para la satisfacción de los intereses de cada persona tienen que poder ser aceptados por todos —principio de consenso—.
3. Cualquier regla debe ser formulada en forma clara y general —principio de publicidad—. ²⁸⁶

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

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

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

²⁸⁶ *Ibidem*, pp. 251 y 252.

El sexto grupo consiste en las *reglas de transferencia*, que se fundamentan en que en el discurso práctico, con frecuencia, surgen problemas que no pueden ser solucionados con los medios de esta forma del discurso, en especial, cuestiones de hecho, o problemas conceptuales del lenguaje. Las reglas de transferencia resuelven estos problemas con el discurso empírico, analítico-lingüístico y teórico discursivo.²⁸⁷

No obstante las reglas anteriores, no existe ningún procedimiento que permita garantizar un resultado correcto en términos prácticos. Esto plantea tres tipos de problemas para la aplicación de las reglas del discurso. En primer lugar, las reglas del discurso no contienen principios sobre cuáles deben ser las máximas que tendrían que guiar las convicciones de los interlocutores. En segundo término, las reglas del discurso no contienen los pasos necesarios de la argumentación. En tercer lugar, varias de sus reglas solamente se pueden cumplir de manera aproximada.

Para comprender las consecuencias de los problemas de la teoría del discurso, Alexy distingue el discurso real del ideal.²⁸⁸ El discurso ideal se define como la búsqueda de una respuesta práctica, bajo condiciones de un tiempo ilimitado; de una ilimitada participación de interlocutores; de una ausencia total de violencia; utilizando un lenguaje que cuente con conceptos totalmente claros; disponiendo de una información empírica absoluta y en donde los interlocutores dispongan de una capacidad y disponibilidad absoluta para cambiar los roles, además de que se encuentren libres de todo prejuicio.²⁸⁹

²⁸⁷ *Ibidem*, pp. 254 y 255.

²⁸⁸ Alexy, Robert, *Zeitschrift für philosophische...*, cit., 1989, vol. 43, pp. 84 y ss.

²⁸⁹ Como señala Juan Carlos Velasco: “el modelo construido por Alexy tiene la particularidad de no partir de las argumentaciones reales tal y como tienen lugar en las diversas instancias jurídicas (especialmente en los órganos judiciales), sino de una teoría general de la argumentación práctica para luego descender al mundo jurídico”. Velasco Arroyo, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 123.

Resultaría interesante poder determinar si en el marco de un discurso ideal resulta posible alcanzar un consenso y una respuesta absolutamente correcta para toda cuestión que se plantee. Ello, sin embargo, no sería posible debido a que las conductas y reacciones de los seres humanos sólo se pueden predecir de manera relativa y esto lleva finalmente a que a pesar de la existencia de condiciones ideales del discurso, las actividades valorativas y aquellas que impliquen a las emociones pueden conducir, aún en un discurso ideal, a que no resulte posible llegar a una única respuesta correcta.

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

existe en relación con los interlocutores, al periodo en que el discurso tiene lugar y a la medida en que las reglas del discurso se han cumplido.

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

La calificación del discurso depende de las reglas del discurso y no de las características especiales de los participantes en el discurso, pues supone que los hombres son capaces de aprender y pueden cambiar sus necesidades y convicciones fácticas en el curso de la argumentación.²⁹⁰

C. Los resultados del discurso

El discurso que se lleva a cabo conforme a las reglas y formas anteriormente mencionadas puede alcanzar un triple resultado. De esta forma, las normas o, los juicios normativos pueden ser: *discursivas necesarias*; *discursivas imposibles* o; *discursivas posibles*. *Discursivas necesarias* y *discursivas imposibles* son aquellas normas o juicios normativos que mediante reglas del discurso de manera obligatoria se exigen o se descartan.²⁹¹ Ejemplos de normas discursivamente imposibles son las que asignan al hombre un estatus de esclavo o aquellas que descartan absolutamente la formación de la voluntad por medios discursivos.²⁹² En muchos casos, las reglas del discurso sólo establecen de una manera poco clara el resultado de los discursos. Esto significa que diferentes participantes en el discurso puedan tener, al final del proceso argumentativo, diferentes convicciones, esto es, que no haya sido posible alcanzar

²⁹⁰ Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, p. 114.

²⁹¹ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen...*, cit., p. 256.

²⁹² *Ibidem*, p. 171.

un consenso. Cuando las diferentes convicciones se obtengan con base en un proceso en donde se han observado las reglas del discurso, los juicios normativos y las normas que constituyen el contenido de las convicciones discursivamente formadas, bien pueden ser calificados como correctos. La consecuencia es que las normas y juicios normativos contradictorios pueden pretender, de igual manera, ser calificados como correctos.²⁹³

El predicado “es correcto” no expresa, en forma alguna, una coincidencia entre una norma o una expresión normativa con un deber ser preestablecido; más bien, hace alusión a que dicha norma o juicio normativo, fueron producto de un proceso argumentativo discursivo. Esto implica que, la relación del predicado “*es correcto*” con procedimientos argumentativos llevados a cabo, trae consigo que el resultado del discurso podría cambiar, si el mismo se hubiera seguido por otros participantes en otro tiempo. Esto vale también para aquellos resultados que con relación a un discurso concreto fueran discursivamente necesarios o imposibles, pues un consenso fáctico sobre lo que es una norma válida, o no válida, bien puede ser refutado en el futuro.²⁹⁴

En razón de circunstancias de contornos más vagos que sólo permitan que las reglas del discurso se cumplan en forma aproximada, establece Alexy que el concepto de corrección se ve relativizado en cuatro formas; 1) en consideración a las reglas del discurso; 2) en la medida de la observancia de dichas reglas; 3) en vista a los participantes en el discurso, y 4) tomando en cuenta el tiempo en que el mismo se lleva a cabo.²⁹⁵ Dicha relativización del concepto de corrección, trae como consecuencia que nosotros jamás podremos saber con seguridad si un juicio normativo o una norma, resultan correctos en todos los casos.²⁹⁶

El concepto de corrección relativa lo contrasta Alexy con el de corrección absoluta procesal, mismo que tiene el carácter de una

²⁹³ Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., p. 100.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 99.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 124.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 125.

idea regulativa.²⁹⁷ Dicho concepto tiene como objetivo la idea de que existen cuestiones prácticas para las que sólo se puede ofrecer una única respuesta correcta. Sin embargo, Alexy no resuelve si en efecto existen problemas prácticos que puedan ser resueltos bajo la base de un discurso ideal por medio de una solución de consenso; sostiene que esta cuestión no puede ser resuelta, pues no existe ningún procedimiento que sea capaz de pronosticar las conductas de personas reales bajo condiciones ideales.²⁹⁸ La diferencia entre la corrección relativa y la absoluta no se debe confundir con la diferencia entre un discurso real y uno ideal.

Queda por resolver todavía en qué medida la observación de las reglas del discurso nos permitiría calificar a los resultados discursivamente obtenidos como correctos. Pues, si las reglas del discurso fijan los marcos dentro de los que se puede encontrar un resultado correcto en el sentido de la teoría del discurso, esto no significaría que los participantes en los discursos reales podrían moverse libremente dentro del ámbito que garantizan las reglas del discurso, con la seguridad de obtener un resultado racionalmente exitoso.²⁹⁹ No obstante que las reglas del discurso aseguren que los participantes en el discurso puedan desarrollar todo su potencial argumentativo, esto no precalifica el resultado exitoso de la argumentación. Este reproche lo pretende refutar Alexy al sostener que los participantes en el discurso son seres humanos capaces de diferenciar entre malos argumentos y afirmaciones sustanciales.³⁰⁰

El cumplimiento de las reglas del discurso por sí mismo, sólo permite descartar un número reducido de normas y de juicios normativos como discursivamente imposibles. En la mayoría de los casos resultan posibles, haciendo uso de las reglas del discurso, muchas normas contradictorias entre sí. La realidad social exige, en cambio, una decisión clara. De aquí resulta la necesidad

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 126.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 115.

²⁹⁹ Ilting, Karl-Heinz, *Neue Hefte für Philosophie*, 1976, vol. 10, p. 34.

³⁰⁰ Alexy, Robert, *Rechts, Vernunft, Diskurs...*, cit., p. 120.

del derecho.³⁰¹ Las normas jurídicas creadas en los procesos legislativos de producción normativa se deben interpretar mediante discursos jurídicos. De esta forma, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico.³⁰²

D. *El discurso jurídico*

El discurso jurídico tiene por objeto llevar a cabo la justificación de una norma o de una afirmación normativa, esto es, de un juicio jurídico. Existen dos clases de justificación jurídica: la justificación interna y la justificación externa. En la justificación interna se trata de determinar si una afirmación normativa se puede derivar, desde un punto de vista estrictamente de lógica formal, de las premisas que se hacen valer. El objetivo de la justificación externa es la demostración de la verdad del contenido de las premisas.³⁰³

a. *La justificación interna*

Los problemas que se relacionan con la justificación interna han sido discutidos en la teoría del derecho bajo el concepto de “*silogismo jurídico*”. La justificación interna se puede llevar a cabo con ayuda de las siguientes reglas:

1. El principio de justicia formal exige que se observe una regla en la que se establezca una obligación, según la cual todas las personas que se ubiquen dentro de una misma categoría deban ser tratadas de la misma forma.³⁰⁴
2. Para fundamentar un juicio jurídico se debe recurrir por lo menos a una norma universal.³⁰⁵

³⁰¹ *Ibidem*, p. 105.

³⁰² Alexy, Robert, *Theorie der juristischen...*, cit., p. 32.

³⁰³ *Ibidem*, p. 273.

³⁰⁴ El principio de universalidad le sirve de base al principio de justicia formal.

³⁰⁵ Este esquema no resulta suficiente para trabajar con casos complicados. Este sería el caso de normas que establecen hipótesis alternativas; de normas

3. El juicio jurídico se debe derivar lógicamente por lo menos de una norma universal junto con otras afirmaciones.^{306 307}
4. Cuando exista duda sobre si trata de una hipótesis general o de una hipótesis que establece excepción a una hipótesis general, debe existir alguna regla que lo decida.
5. Una norma universal debe ser, en vía de la deducción, detallada a tal grado que no deje lugar a dudas que cierto caso real constituye una realización de la hipótesis en ella prevista.³⁰⁸

b. *La justificación externa*

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

1. Reglas del derecho positivo.
2. Afirmaciones empíricas.
3. Premisas que no son ni afirmaciones empíricas ni reglas de derecho.³⁰⁹

A estos diversos tipos de premisas corresponden distintos métodos de fundamentación. El fundamento de una regla, como regla del derecho positivo, se lleva a cabo mediante la comprobación de que en el caso concreto se cumplen los criterios de validez del

cuya aplicación requiere de una precisión por otras normas que las definen, limitan o remiten; de normas que prevén diversas consecuencias de derecho o de normas cuya formulación hace posibles varias interpretaciones. *Ibidem*, p. 276.

³⁰⁶ No se establece cómo debe ser creada la norma universal y no se descarta que la norma universal pueda ser modificada por una norma especial o una cláusula de escape.

³⁰⁷ Sin la observancia de dichas reglas sería posible tratar a dos conductas que se encuentren en el mismo caso, una vez como conductas que se encuentran bajo el supuesto previsto en la norma y otra como conductas que no caen dentro de dicha hipótesis.

³⁰⁸ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen...*, cit., p. 283.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 276.

orden jurídico. En cambio, para fundamentar las premisas empíricas se puede recurrir a diferentes métodos de conocimiento, tales como los métodos de las ciencias empíricas en relación a las máximas de las suposiciones razonables o, con base a las reglas sobre las pruebas procesales. La fundamentación de aquellas premisas que no son, ni reglas, ni afirmaciones empíricas, contribuye al desarrollo de lo que se conoce como argumentación jurídica.

Entre los tres diversos tipos de premisas existen relaciones múltiples. Así, por ejemplo, en la fundamentación de una norma con base en el criterio de validez de un orden jurídico, puede resultar necesario interpretar las normas jurídicas que establecen los criterios de validez jurídica. Esto resulta especialmente importante cuando los criterios de validez se encuentran sujetos a límites constitucionales implícitos, tales como los establecidos en los derechos humanos previstos en la Constitución. La argumentación jurídica puede tener un valor decisivo no sólo para la interpretación de una norma jurídica, sino también para la corroboración de la validez de la norma. Esto vale también por cuanto hace a la comprobación de situaciones de hecho. De esta forma, la interpretación de una regla sobre la prueba puede depender de lo que como hecho se encuentra en la fundamentación. Precisamente, estas múltiples limitaciones hacen necesario diferenciar los tres métodos de fundamentación de manera clara. Sólo así se podría analizar su interrelación práctica.³¹⁰

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

i. *Los seis grupos de reglas y formas de la justificación externa*

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

³¹⁰ *Idem.*

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

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

ii. *Las reglas y formas de la interpretación*

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

Una de las tareas más importantes de los métodos, consiste en aportar argumentos para fundamentar los diversos tipos de interpretaciones. Sin embargo, su función no se agota en tal objetivo, pues también los mismos pueden contribuir a fundamentar de manera mediata las normas que no son de derecho positivo, así como de una diversidad de principios jurídicos.³¹¹

³¹¹ *Ibidem*, p. 288.

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

Los *argumentos semánticos* pueden ser utilizados para justificar o criticar una interpretación o, por lo menos, para legitimarla desde un punto de vista semántico.³¹² Existen diferentes formas en las que se puede descifrar el sentido semántico de los términos en que se encuentra expresada una disposición normativa. El sentido semántico abarca desde consideraciones empíricas hasta la autoridad de los diccionarios, tanto técnicos, como comunes. El argumento semántico, pretende hacer prevalecer el texto de la ley justificándose con el argumento de Cicerón según el cual “¿Qué testimonio más cierto de su voluntad pudo dejar el escrito de la ley, que lo que él mismo con gran cuidado y diligencia escribió?”.³¹³ Sin embargo, el argumento semántico por sí mismo resulta insuficiente para fundamentar una decisión. Por una parte, los términos que se utilizan en las proposiciones normativas suelen ser vagos, además de que la cuestión relativa a determinar si un hecho puede ser conceptuado como la realización de una hipótesis normativa no se resuelve atendiendo al significado del lenguaje en que se expresa, sino mediante una fijación o determinación del mismo. Las otras formas de los argumentos sirven a la justificación de tales pruebas.³¹⁴

El *argumento genético* es aquél en donde la interpretación se fundamenta en la voluntad inmediata del legislador. Se pueden diferenciar dos formas básicas del argumento genético. Por una parte, aquella en la que un resultado puede ser concebido como objeto

³¹² *Ibidem*, p. 289.

³¹³ Cicerón, Marco Tulio, *De la invención retórica*, México, UNAM, 1997, p. 45.

³¹⁴ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen...*, cit., pp. 290 y 291.

inmediato de la voluntad del legislador; por la otra, cuando el resultado puede ser concebido como necesario para el cumplimiento combinado de los diversos objetivos que se propuso el legislador de manera inmediata.³¹⁵

La dificultad de este tipo de argumento consiste en determinar lo que fue la voluntad del legislador en el momento histórico en que se presentó la misma. ¿Es la voluntad del legislador la de la totalidad de los representantes?; si este último es el caso, ¿qué sucede cuando la mayoría de los legisladores tiene poca idea del tema de la ley?; ¿qué sucede cuando en el transcurso del proceso legislativo se expresan diferentes ideas y opiniones sobre el propósito de una ley?; ¿cómo comprobar cuál es el contenido de la voluntad del legislador?: ¿la de quién preparó el proyecto, la del dictamen de comisiones, la de las opiniones de los legisladores?; ¿qué sucede cuando dichas opiniones requieren una interpretación?

Además, para determinar la voluntad histórica del legislador se deben indagar hechos que inciden en el proceso legislativo, de los que en muchos casos no existe registro alguno. Estas cuestiones hacen notar de manera clara las dificultades de la argumentación genética. Se debe hacer mención que para determinar cuál es la voluntad de los participantes en el proceso legislativo, es preciso recurrir tanto a expresiones del lenguaje, como a la corroboración de circunstancias prácticas. De esta forma, la argumentación semántica y genética aparece como un caso especial de la argumentación empírica.³¹⁶

De *un argumento de tipo histórico* se puede hablar cuando los hechos de la historia de un determinado problema jurídico, se utilizan como fundamento en favor o en contra de cierta interpretación. En este caso, la interpretación puede recurrir, ya sea, a una solución del problema que ya ha sido puesta en práctica; o bien, al recurso de una experiencia histórica para demostrar que determinada solución no es deseable. Este tipo de interpretación supone un conocimiento serio

³¹⁵ Este caso bien podría ser concebido como una variante del argumento teleológico. *Ibidem*, p. 290.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 294.

de las ciencias humanas —economía, historia, sociología— y tiene por objeto fundamentar una premisa normativa.³¹⁷

El *argumento comparativo* se fundamenta, para una norma que reconoce el mismo origen histórico que otra vigente en el extranjero, en una situación jurídica que se presentó en otra sociedad diferente a aquella a la que pertenece la norma que se interpreta. Al igual que la interpretación histórica, este tipo de argumentación encierra una premisa normativa.

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

El *argumento teleológico* presupone un análisis pleno de los conceptos de objetivo y de medios; y con esto, los de los conceptos que se relacionan estrechamente con los mismos, tales como el de intención y el de necesidad práctica. Cuando se utiliza el argumento teleológico, se trata de lo que Karl Larenz ha denominado “teleológico objetivos”,³¹⁸ esto es, a los objetivos de la ley que no se refieren a los propósitos que tuvo cualquier persona o grupos de personas tanto en el pasado como en el presente, sino más bien a los objetivos racionales o propios del orden jurídico existente. Los objetivos racionales son aquellos que en el marco del orden jurídico, con base en una argumentación racional, se sostendrían de manera decisiva. Los argumentos teleológicos remiten a una argumentación empírica. A menudo se establecen varios objetivos no para una norma, sino para un grupo de normas y los mismos no se delimitan o se excluyen entre sí, por lo que resulta necesaria una combinación de objetivos.

³¹⁷ *Idem.*

³¹⁸ Según Larenz, la denominación “teleológico objetivos” se debe a que “en ellos, no se trata de que el legislador ha sido consciente de ellos siempre que se puede comprender condicionada por ellos, sólo su regulación en conjunto”. *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, 1994, p. 331.

El problema fundamental de los objetivos legales consiste en que, con frecuencia, cuando los mismos se encuentran definidos en una norma, sólo ayudan a aclarar u orientar el contenido normativo de una disposición. Asimismo, resulta oportuno mencionar que la interpretación teleológica es una interpretación con base en principios que no se deducen lógicamente de las reglas.³¹⁹ Digno de destacar resulta el hecho de que al argumento teleológico se le suele conceder una mayor jerarquía sobre los otros argumentos.³²⁰

Finalmente, se debe destacar que todas las formas de los argumentos jurídicos y prácticos se refieren a enunciados empíricos que se pueden subsumir en disciplinas científicas. Esto implica una relación entre el derecho y otras disciplinas científicas que se resuelve en el campo de la interdisciplinariedad. Por lo mismo, la importancia de los conocimientos científicos en la argumentación jurídica es de vital importancia, aunque esto no implique que el discurso jurídico se pueda reducir a discurso empírico.

iii. *El rol de los métodos de interpretación en el discurso jurídico*

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

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

Por cuanto hace al “campo de aplicación”, se puede decir que las diferentes formas de argumentación jurídica han sido vistas como

³¹⁹ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen..., cit.*, pp. 295-298.

³²⁰ Así, por ejemplo, en los Estados Unidos véase la decisión en el caso *U.S. vs. American Truckin Assoc* (310 U.S. 534, 1940).

formas de argumentos en favor o en contra de una determinada interpretación de una norma presupuesta, con base en una regla sobre el uso del lenguaje. Para fundamentar una restricción prevista en una norma, se puede recurrir a la observación sobre cómo se interpreta la regla en otro país y para el caso de fundamentación de una norma que no se deriva del derecho positivo, puede ser utilizado como argumento un objetivo que se persigue por el derecho.³²¹

El “estatus lógico” de los métodos resulta dudoso. En realidad, las diferentes formas de los argumentos no constituyen reglas. Estas no establecen lo que se debe hacer de manera condicionada o incondicionada; son algo más que puntos de vista o directrices, se trata de esquemas de argumentos de forma determinada, de las cuales se derivan formas de expresión especiales, o bien, pueden ser fundamentadas con base en una regla presupuesta. Como forma de los argumentos, los métodos caracterizan la estructura de lo argumentado jurídicamente. De un análisis complejo de todas las formas posibles del discurso jurídico, resultaría algo así como una gramática de la argumentación jurídica. Con eso no se habría dicho nada sobre lo que con los medios del lenguaje que pertenece a esta gramática debe ser dicho. Sin embargo, se mostraría cómo se puede proceder para alcanzar un resultado razonable.

Un argumento de una forma determinada sólo resulta completo cuando contiene todas y cada una de las premisas que corresponden a dicha forma. A esto se le conoce como el principio de “la necesidad del agotamiento”. Las premisas necesarias para cumplir con dicho principio son de tipos diferentes.³²² La “necesidad del agotamiento” asegura la racionalidad en el uso de los métodos. Siempre resulta necesaria la indicación de todas las premisas empíricas o normativas, cuya verdad pueda ser objeto de discusiones posteriores.

Los argumentos empíricos juegan un rol especial. Fundamentar algo empíricamente consiste en comprobar el uso del lenguaje, afirmaciones que expresan la voluntad del legislador, o bien,

³²¹ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen...*, cit., p. 300.

³²² *Ibidem*, p. 301.

de las personas que participaron en el proceso legislativo, recurriendo a situaciones jurídicas del pasado, a situaciones jurídicas en otros países, así como a las hipótesis normativas que se encuentran en la base de las afirmaciones que se refieren a las consecuencias jurídicas.³²³ Junto a las “afirmaciones empíricas”, las formas de los argumentos no contienen premisas normativas que se deriven de la ley. Esto resulta especialmente importante para las formas de interpretación histórica, comparativa y teleológica.

Las “diferentes formas de los argumentos” cumplen diferentes funciones. De esta forma, los argumentos semántico y genético se caracterizan por la vinculación de lo decidido a la ley y a la voluntad del legislador. Los argumentos histórico y comparativo, por su parte, posibilitan la consideración de la experiencia jurídico-práctica en tiempos pasados, o en otras sociedades. El argumento sistemático sirve para mantener el orden jurídico libre de contradicciones. Finalmente, la argumentación teleológica abre la posibilidad de hacer valer argumentos generales de tipo racional-prácticos.³²⁴

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

1. Los argumentos teleológicos prevalecen sobre los demás.

³²³ *Idem.*

³²⁴ *Ibidem*, p. 302.

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

iv. *La argumentación dogmática*

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

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

Con base en cada una de estas tres funciones fundamentales de la ciencia jurídica, se pueden diferenciar tres dimensiones de la misma: una “empírica-descriptiva”, una “lógico-analítica” y una “normativa-práctica”.³²⁵

La función *descriptiva-empírica* consiste en una descripción y pronóstico de la práctica jurídica e indagación de la voluntad del legislador. La función *lógico-analítica* tiene por objeto analizar los conceptos jurídicos y llevar a cabo la investigación de las relaciones lógicas entre las diferentes normas y principios jurídicos. La función *normativa-práctica* se refiere a la interpretación de las normas y a la propuesta de creación de nuevas normas e institutos, así como a la crítica de las decisiones judiciales.³²⁶

³²⁵ *Ibidem*, p. 308.

³²⁶ *Ibidem*, p. 309.

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

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

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

La *función de estabilización* consiste en que la dogmática contribuye a fijar determinadas soluciones prácticas y a hacerlas reproducibles. Debido a que la doctrina se encuentra institucionalizada, sus propuestas de solución pueden ser fijadas y aceptadas por un largo periodo de tiempo. Dicha función es requerida por razones prácticas. Por otra parte, para garantizar la estabilidad de los argumentos, quien propone un nuevo argumento que refuta a otro generalmente aceptado deberá demostrar su mayor razonabilidad. De esta forma, las razones que se hagan valer para proponer una nueva solución deben ser tan buenas que no sólo propongan nuevas soluciones que resulten jurídicamente razonables, sino que también justifiquen el rompimiento con la tradición.³²⁷

³²⁷ *Ibidem*, pp. 325-327.

La *función de la evolución* de la dogmática se deriva del hecho de que en la ciencia jurídica se exige una discusión permanente de tal detalle y refinación racional que redunde en una evolución constante del pensamiento jurídico. Sin embargo, dicha evolución no sólo depende de la actividad intelectual de los juristas, sino también del trabajo legislativo y de los cambios de concepciones de valores que se presentan dentro de la sociedad.³²⁸

La *función de descarga* de la dogmática se presenta cuando la reflexión y definición de conceptos y conclusiones jurídicas contribuyen a descargar de trabajo a los aplicadores del derecho. Esto debido a que las conclusiones alcanzadas en el campo de la dogmática, permiten que los aplicadores del derecho no tengan que realizar para cada caso un examen de fondo de dichos conceptos y conclusiones y puedan tomarlos tal y como la doctrina los entiende. La dogmática también permite que los juicios de valor no se tengan que discutir en cada caso de manera especial. Sin embargo, el valor de la descarga es siempre limitado. En ocasiones se debe elegir entre diversas alternativas, y por otra parte, la dogmática muchas veces contribuye más a crear problemas que a ofrecer soluciones.³²⁹

La "*función técnica*" resulta de gran relevancia, pues lleva a cabo una actividad sistematizadora que pretende organizar los contenidos legales en conceptos fundamentales y en instituciones jurídicas, las que permiten una categorización lógica-racional del material jurídico. La misma proporciona una perspectiva sencilla, muy amplia y rápida de los contenidos jurídicos. Asimismo, se facilita la función de información, y con ésta, la de la aplicación del derecho.³³⁰

La *función de control* de la dogmática contribuye a generalizar las concepciones jurídicas y a estandarizar los criterios de solución. Se pueden distinguir dos tipos de controles. Por una parte, en el examen sistemático en sentido estricto se comprueba la compatibilidad de los conceptos dogmáticos entre sí. Por la otra, en el examen siste-

³²⁸ *Ibidem*, p. 328.

³²⁹ *Ibidem*, pp. 329 y 330.

³³⁰ *Ibidem*, p. 331.

mático en amplio sentido, se fundamentan la compatibilidad general práctica de los juicios con ayuda de los diferentes conceptos dogmáticos. Esto ayuda a los científicos a decidir los casos, no de manera aislada, sino a la luz de una multitud de casos del mismo tipo ya decididos y por decidir. Así, se aumenta la efectividad del principio de universalidad, con lo que contribuyen a la justicia.³³¹

La *función heurística* de la dogmática presta ayuda para realizar nuevas críticas y determinar otras interrelaciones, al sugerir nuevas cuestiones que de otra forma no se podrían presentar.³³²

v. *El valor de los precedentes*

En la teoría del discurso de Alexy el valor de los precedentes judiciales adquiere una importancia especial. El fundamento del valor de los precedentes es el principio de universalidad. Según éste, cada concepción de justicia encuentra su fundamento en la condición formal de la exigencia de tratar igual a los iguales. Esto trae como consecuencia, que se decida de igual forma un caso del presente que otro caso similar que ya fue decidido en el pasado.³³³

³³¹ *Ibidem*, pp. 331 y 332.

³³² *Idem*.

³³³ El principio de universalidad en que se fundamenta el valor de los precedentes, se encuentra formulado en los países que pertenecen a la familia del *Common Law* en la doctrina del “*stare decisis*”. El concepto: “*stare decisis*”, proviene de la expresión latina: “*stare decisis et non quæta movere*” que traducida al español significa: “estar a lo decidido y no perturbar lo que esté firme”. Los principios de la doctrina del “*stare decisis*” se remontan a los tiempos del gobierno de Enrique II, quien reinó entre 1154 y 1189; sin embargo, la misma no adquirió madurez plena sino hasta que se estableció un sistema de tribunales bien organizado y estable y hasta en tanto fue posible contar con publicaciones ordenadas y sistemáticas de decisiones judiciales, lo que ocurrió hasta finales del siglo XVIII y principio del siglo XIX. Según la teoría del “*stare decisis*”, dentro de una circunscripción jurisdiccional soberana, todos los tribunales que dentro de la misma existan se encuentran obligados a respetar las decisiones de los tribunales de superior jerarquía. Estas decisiones son obligatorias —*are binding on the courts*—, esto es, los criterios de decisión que en las mismas se contienen, deben de ser seguidos por los tribunales inferiores, sin importar si a

Una de las más serias complicaciones del uso de los precedentes consiste en que no existen dos casos completamente iguales, y que a pesar de las similitudes, siempre es posible encontrar diferencias. Con esta situación, el problema se desplaza a la determinación de la medida en que las diferencias que existen entre dos casos parecidos sean o no jurídicamente relevantes, de tal forma que se justifique la adopción del mismo criterio de decisión para ambos.

Cada caso debe aspirar a ser resuelto de manera correcta y dentro de dicha corrección se encuentra la pretensión de universalidad —un caso similar debe ser resuelto de igual forma—. Esto hace necesaria la consideración de los precedentes. Los conceptos jurídicos o criterios de los precedentes se diferencian de aquellos de la ciencia jurídica, en el hecho de que, su objetivo no es proponer soluciones, sino que se utilizan para imponer conductas. Cuando un precedente puede ser utilizado a favor o en contra de una decisión, entonces la seguridad jurídica recomienda que se utilice. Por el contrario, un precedente sólo debe ser alterado cuando existen razones suficientes para el efecto. Quien cambia está obligado a

estos tribunales, les parecen correctas o incorrectas. Dichas decisiones seguirán siendo obligatorias para el futuro a menos que, las mismas sean puestas fuera de vigor. Una sentencia puede ser puesta fuera de vigor —*overruled*— por otra decisión posterior del tribunal que la emitió, entretanto este tribunal no se encuentre obligado por sus propias decisiones, o por una decisión de un tribunal superior, o finalmente por una ley. Las decisiones de los tribunales inferiores tienen para los tribunales superiores, solamente una autoridad persuasiva —*persuasive authority*—. Como fundamento de la obligación de atenerse a las decisiones precedentes de los tribunales superiores, se sostiene en Inglaterra que los jueces superiores, a quienes incluso se les denomina “*Her Majesty’s Judges*”, se encuentran en un contacto inmediato con la fuente primaria de todo el derecho, algo así como si tuviesen un don especial para ver con claridad y trabajar con los principios básicos del derecho. En Estados Unidos, junto a esta idea encontramos los principios de previsibilidad, de igualdad y de economía. En ambos países, se coincide en que, un sistema de *case law* sólo puede funcionar, cuando, de alguna forma, las decisiones anteriores resultan obligatorias para los jueces en el futuro. Véase al respecto Rojas Amandi, Víctor Manuel, *Las fuentes del derecho en el sistema jurídico angloamericano*, México, Porrúa, 2005, pp. 29 y 30.

fundamentar dicho cambio.³³⁴ De esta forma, los precedentes contribuyen a estabilizar soluciones, y con ello, sufragan a la seguridad jurídica y a la confianza del derecho.

En la medida en que se respete la obligación derivada de la regla de la carga de la argumentación, se abre la posibilidad de apartarse del precedente. Al respecto, se suele distinguir entre la técnica para apartarse del precedente y las razones para el cambio.³³⁵ Las técnicas del cambio del precedente son parte integrante de las técnicas que se utilizan para valorar y aplicar los precedentes.³³⁶

El valorar un precedente significa valorar la norma en la que se fundamenta la decisión que da nacimiento al mismo. Al respecto, se debe destacar que también el derecho de los precedentes es derecho de normas. Aquí la cuestión es determinar lo que debe ser visto como norma prejudicial. En el derecho angloamericano se han acuñado una serie de teorías para diferenciar entre *ratio decidendi*³³⁷ y *obiter dictum*.³³⁸

³³⁴ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen...*, cit., pp. 336 y 337.

³³⁵ *Ibidem*, p. 339.

³³⁶ En el derecho mexicano, la posibilidad de cambiar la jurisprudencia se encuentra prevista en el artículo 194 de la Ley de Amparo.

³³⁷ En el derecho angloamericano se entiende por *ratio decidendi* o *holding*, los fundamentos de la sentencia, esto es, los argumentos jurídicos sobre los que descansa la decisión. Dichos argumentos son los que resultan obligatorios jurídicamente hablando. En dichos fundamentos jurídicos de un caso decidido, se informa sobre cual es la aportación que se hace en el mismo al derecho material en general. Para encontrar la *ratio decidendi* se deben considerar los argumentos que han servido para la solución jurídica de las cuestiones materia de la litis —*issues*—; sólo los argumentos jurídicos generales sobre los que se apoya la decisión constituyen la *ratio decidendi*, esto es, las reglas sin las cuales el caso habría sido decidido de otra manera. La *ratio decidendi* se debe distinguir de los *rules* o los *principle of the case*, pues éstos son los principios jurídicos que se deducen del contenido de la sentencia por una decisión posterior o por la doctrina, esto es, los mismos son producto de la interpretación del *holding*, por lo que no necesariamente tienen que ser idénticos a éste. Las partes de una sentencia que no constituyen *ratio decidendi*, tienen un valor mínimo como precedente. Rojas Amandi, Víctor, *op. cit.*, p. 44.

³³⁸ En los fundamentos de una sentencia se pueden contener también un “*obiter dictum*”, que son argumentos que como tales no tienen fuerza como precedente obligatorio, pero que se refieren al problema controvertido y en

De aquí se deriva la posibilidad del *distinguishing*³³⁹ y del *ove-*

donde se establecen nuevas reflexiones o puntos de vista sobre la situación legal del caso. El contenido del *obiter dictum* tiene la función de fungir como argumento subsidiario, cuyo objeto es ayudar a obtener una mejor comprensión de una situación jurídica. Una *dicta*, sin embargo, pudiera adquirir fuerza obligatoria debido a que el juez que la emitió goza de gran reputación o, debido a que su argumento se encuentra muy bien formulado y un juez en un caso similar en el futuro se ha visto obligado a tomar posición frente a la misma incorporándola en los *issues* de su sentencia como *ratio decidendi*. La frontera entre lo que puede ser una *ratio decidendi* y un *dictum* puede ser muy sutil, muchas veces los jueces mismos no saben si se encuentran ante uno u otra. Loc.cit.

³³⁹ La doctrina del “*stare decisis*” no es un principio rígido, sino que deja abierta al jurista la posibilidad de hacer valer múltiples y muy variados argumentos. El proceso judicial —*judicial process*— mediante el que se busca y se desarrolla el derecho que en cada caso resulte aplicable es muy flexible. Debido a que en el derecho angloamericano existe un principio según el cual en cada caso en que ya se ha decidido, se ha decidido conforme a lo que realmente fue expuesto ante el tribunal, se ha establecido un método llamado *distinguishing*, que permite poder distinguir entre el caso que ha sido planteado al tribunal a conocimiento y el caso que pretende utilizar como precedente. Ya que el tribunal, independientemente de cual sea su instancia, puede examinar cada precedente independientemente del resultado a que hayan llegado los otros tribunales, cada uno de ellos puede encontrar diferencias entre el caso precedente y el caso planteado. Mediante la diferenciación de casos, se limita el número de resoluciones en que se puede fundamentar la resolución en un caso concreto y, por otra parte, se determinan nuevas reglas pues se establecen los límites de la aplicabilidad de cada caso que ha sido diferenciado de otro. La *distinguishing*, que representa el punto de partida para el desarrollo del *case law*, se determina con base en la *ratio decidendi*. La *distinguishing* abre la puerta para establecer una serie de argumentos que permitirán crear nuevas reglas jurídicas para nuevos casos. En términos generales, existen dos tipos de distinciones: la distinción de derecho —*distinguishing in law*— y la distinción de hechos —*distinguishing in fact*—. Como cada juez debe interpretar las decisiones de otros jueces en casos anteriores que resulten similares, puede resultar que el juez interpreta el precedente de una forma diferente a la forma en que la hubiera interpretado el tribunal que emitió la decisión. De esta forma, a la decisión precedente se le cambia, si bien es cierto no esencialmente, su sentido original. Así, el significado primario se va adaptando a las necesidades que se plantean en nuevos casos. Asimismo, puede suceder que una resolución, la que debido a la similitud de circunstancia entre los hechos que fueron objeto de decisión judicial en la misma y los hechos que serán la materia de la litis en un caso de que deberá conocer otro tribunal, deba ser tomada como caso precedente para la resolución del nuevo caso. Sin embargo, debido a

rruling.³⁴⁰ La utilización de precedentes se muestra como un procedimiento argumentativo que como tal se exige por razones de tipo prácticas y generales (principio de universalidad y carga de la prueba de la argumentación).

Los criterios que contienen los precedentes se consideran argumentos jurídicamente razonables y su uso presupone que en la nueva decisión se hagan valer otros argumentos diferentes a los que se esgrimen en la decisión precedente, en especial, argumentos de carácter general práctico.³⁴¹

vi. *El uso de las formas de argumentación jurídica especial*

Bajo el concepto de formas de argumentación jurídica especial Alexy encuentra: la analogía, el *argumentum e contrario*, el *argumentum a fortiori* y el *argumentum ad absurdum*.

La analogía es una forma de argumento jurídico que permite transponer las consecuencias jurídicas que se encuentran previstas en una disposición a un tipo especial de casos que aunque resultan diferentes a aquellos, acusan tal similitud con los mismos que la aplicación de dichas consecuencias se encuentra justificada con base en los principios de universalidad y de trato igual a los iguales. En el uso del argumento analógico la comprobación de la similitud entre el caso regulado y el caso factual hace surgir todo tipo de dificultades por cuanto hace a la aplicación del

que el juez que considera la resolución del primer tribunal puede ser de la idea de que para la resolución del caso del que el conoce no resultan importantes cuestiones legales o situaciones de hecho que en el primer caso fueron esenciales, bien puede ser que la interpretación de la sentencia por el segundo tribunal resulte diferente a la que el tribunal que la emitió le hubiera dado. Si, en cambio, entre ambos casos no existen diferencias de hecho, el juez debe de seguir el caso precedente —*following the precedent*—. Cuando existen diferencias de hecho, pero que no resultan jurídicamente relevantes, también se debe aplicar el precedente —*applying the precedent*—, Rojas Amandi, Víctor, *op. cit.*, pp. 48 y 49.

³⁴⁰ El *overruling* es el acto por medio del cual un precedente es puesto fuera de vigor por un criterio que se establece en una nueva decisión.

³⁴¹ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen...*, cit., p. 340.

principio de igualdad. Para el efecto, se hace necesario el conocimiento de las estructuras lógicas de las relaciones de similitud. Sin embargo, un análisis de similitudes con base en dichas estructuras lógicas no resulta suficiente para comprobar las similitudes jurídicamente relevantes, por lo que parte de la doctrina ha estimado que el argumento analógico presupone una labor valorativa y no estrictamente lógica. Para fundamentar dicha valoración, se puede recurrir a todos los argumentos posibles que se utilizan en el discurso jurídico.³⁴²

El *argumentum e contrario* tiene por objeto demostrar que sólo un tipo especial de casos que acusan ciertas características típicas pueden valer como hipótesis normativas de una determinada disposición y que, en consecuencia, sólo ese tipo de casos da lugar al nacimiento de las consecuencias jurídicas previstas en dicha disposición. Los casos contrarios al descrito, tales como hipótesis normativa, no dan lugar al nacimiento de dichas consecuencias. ¿En qué medida un caso real corresponde a la hipótesis normativa?, depende de la interpretación que se haga de la norma. Ésta a su vez, se apoya en la formulación del lenguaje en que se expresa la norma, aunque a menudo se requiere recurrir a argumentaciones que no se derivan directamente del texto normativo.³⁴³

El *argumentum a fortiori* existe en el caso en que para fundamentar un argumento, no resulta legítimo llevar a cabo una interpretación del texto normativo que utilice una determinada regla del uso del lenguaje, de tal forma que conduzca a un resultado no deseado.³⁴⁴

El *argumentum ad absurdum* es un tipo de razonamiento que conduce una determinada interpretación a sus consecuencias últimas, esto para demostrar que de adoptarse la misma llevaría a un resultado absurdo. Esto normalmente se logra aplicando el mé-

³⁴² *Ibidem*, pp. 342-344.

³⁴³ *Ibidem*, p. 342.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 345.

todo sistemático y demostrando que de aplicarse una disposición textualmente, otra resultaría nugatoria, lo que de haber querido el legislador, lo hubiera llevado a no incluir dicha norma en la ley.

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

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

1. En la fundamentación de las premisas normativas necesarias para el agotamiento de las diferentes formas de los argumentos.
2. En la fundamentación de la elección entre los diferentes resultados a que conducen las diversas formas de los argumentos.
3. En la fundamentación y agotamiento de las frases dogmáticas.
4. En la fundamentación de un *distinguishing* o de una *overruling*.
5. En la fundamentación de las frases que se utilizan en la justificación interna.

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

La posibilidad de hacer valer principios dogmáticos y prejudiciales en las cinco situaciones mencionadas anteriormente puede sustituir con frecuencia, sólo parcialmente, a menudo de manera incompleta y siempre en forma pasajera, a la argumentación general práctica. Se dice que parcialmente, debido a que de ninguna forma se encuentran disponibles principios de dogmática o jurisprudenciales para cualquier posible caso que se presente en la realidad. Se dice que la sustitución es de forma incompleta,

debido a que a menudo, no obstante, pueda hacerse valer una frase dogmática o jurisprudencial, dicha frase no es la correcta y de ella no se puede derivar la que si lo sea. En este caso, son necesarias premisas adicionales con contenido jurídico que se puedan fundamentar con base en las reglas y principios de la argumentación práctica general.

El punto más importante a este respecto, es que la sustitución siempre resulta pasajera. Las frases dogmáticas no siempre pueden ser fundamentadas con base en otras frases dogmáticas. Para el análisis y fundamentación de la validez de la jurisprudencia resultan necesarios argumentos del tipo general práctico. Con esto, la argumentación general práctica constituye el fundamento de la argumentación jurídica.³⁴⁵

E. Discurso práctico general y discurso jurídico

Existen diferentes tipos de discurso jurídico: el de la ciencia jurídica, el judicial, el de los abogados, el de los legisladores, el de la administración pública e, incluso, el de los estudiantes y el de los medios. Las diferencias entre dichos tipos de discurso son de muy diversos tipos. Así, por ejemplo, algunos, concretamente el judicial o, el legislativo, se encuentran institucionalizados. El propósito de algunos de ellos es obtener un resultado, en cambio, en otros casos el objetivo es explicar o conocer el derecho. Sin embargo, las similitudes también son varias, la más importante de ellas es que en todos los casos se argumenta jurídicamente.

La cuestión relativa a determinar qué es la argumentación jurídica, a diferencia de cualquier otro tipo de argumentación, es una de las cuestiones centrales de la teoría del discurso jurídico. El discurso jurídico se caracteriza por limitarse de diferentes formas, pero sobre todo, por cuanto hace a su contenido, por aquello que se encuentra previsto en el derecho válido. La mayor parte de las limitaciones se encuentra en el proceso judicial, ya que en

³⁴⁵ *Ibidem*, pp. 346-349.

éste la participación de las partes no es libre, toda vez que aquí el proceso de argumentación se encuentra limitado temporalmente y reglamentado por las leyes procesales.

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

En todas las formas en que es posible llevar a cabo una discusión jurídica se exponen fundamentos. En el discurso jurídico, al igual que en cualquier tipo de discurso, no resulta legítimo sostener algo y descalificar un fundamento, sin ofrecer a su vez un contrargumento. La pretensión de cualquier afirmación jurídica es la de ser correcta. Esta pretensión de corrección, por lo menos en la argumentación judicial, se debe fundamentar en normas de derecho positivo. En los sistemas jurídicos modernos, los jueces se encuentran, de una u otra forma, obligados a fundamentar sus decisiones.³⁴⁶

La teoría del discurso racional, al igual que la teoría de la argumentación jurídica, no presupone como requisito de corrección que todas las disputas de relevancia jurídica se diriman en un discurso bajo condiciones ideales y libres de prejuicios, sino sólo que en las disputas jurídicas se discuta buscando la verdad jurídica e intentando que se cumplan, en la medida de lo posible, las condiciones ideales del discurso.

El punto central que se encuentra en la tesis del caso especial, consiste en que en el caso del discurso jurídico no se trata de

³⁴⁶ En el derecho mexicano, el requisito de fundamentación de las sentencias se deriva del artículo 16 de la Constitución general que establece la obligación a cargo de todos los órganos públicos de fundamentar y motivar sus resoluciones cuando afecten los derechos o intereses jurídicos de los gobernados. Véase al respecto: Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 8a. ed., México, Oxford University Press, 1999, pp. 205 y 206.

determinar si la afirmación normativa es correcta, sino sólo si la misma se puede fundamentar de manera razonable en el orden jurídico existente.³⁴⁷

Así, una teoría de la argumentación jurídica tiene que satisfacer la exigencia de los juicios jurídicos (i) dentro del marco de las *normas jurídicas* vigentes, (ii) tomando en cuenta los *precedentes judiciales* y (iii) enmarcada en la *dogmática* elaborada por la ciencia del derecho practicada institucionalmente, (iv) “para así ser fundamentalmente *correcta o razonable*”.³⁴⁸

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

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

En cuanto a la necesidad del discurso jurídico, la misma resulta de la debilidad que acusan las reglas y formas del discurso práctico en general. Dicha debilidad consiste en que las mismas definen procedimientos de decisión jurídica, los que en muchas ocasiones no conducen a resultado alguno y cuando llegan a conducir al mismo, no permiten alcanzar una certeza definitiva. La razón de esta debilidad se debe fundamentalmente a tres causas. En primer lugar, las reglas del discurso no prescriben en cuál premisa normativa se deben apoyar los interlocutores. En segundo término, no todas las etapas de la argumentación han sido establecidas desde un principio. Finalmente, algunas reglas del dis-

³⁴⁷ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen...*, cit., p. 272.

³⁴⁸ Alexy, Robert, *Derecho...*, cit., p. 56.

curso pueden ser cumplidas de manera aproximada, con lo que se abre la posibilidad de que no se alcance el consenso. Por lo mismo, se deben exigir frases jurídicas como reglas de discurso discursivamente necesarias. Sin embargo, esto no significa que el resultado esté garantizado en cuanto a su contenido, pues permanece un espacio de lo posible discursivo en el que tanto un determinado juicio normativo, como su negación, pueden fundamentarse de manera válida, esto es, sin violar las reglas del discurso.

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

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

La argumentación general práctica no se sustituye por la argumentación jurídica. Ésta permanece dependiente de aquella. La presencia de inseguridades en el discurso general práctico, jamás podrá ser eliminada. En la aplicación de la argumentación jurídica, se debe recurrir a la argumentación práctica bajo condiciones que aumentan significativamente la capacidad de la calidad de la argumentación jurídica.

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

mismo, dentro del ámbito en que la misma se determina por la ley, tomando como base la razonabilidad de la legislación. Una razonabilidad ilimitada de la decisión jurídica presupone la razonabilidad absoluta de la legislación. Esto tiene como condición, que en la correspondiente sociedad, las cuestiones prácticas puedan ser resueltas de manera razonable. Para alcanzar una teoría del discurso jurídico, que también incluya las condiciones de su razonabilidad, tendría que ampliarse la teoría de la legislación a una teoría normativa de la sociedad, de la que la teoría del discurso jurídico sólo sería una parte. Esto iría más allá de los objetivos de una teoría de la argumentación jurídica.³⁴⁹

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

1. Las reglas y formas de la justificación interna son casos especiales del principio de universalidad que corresponden al principio de justicia formal, mismo que exige trato igual a los iguales. El mismo principio sirve de fundamento tanto al discurso general práctico, como al discurso jurídico.
2. Tanto en el discurso jurídico, como en el discurso práctico, la argumentación empírica juega un papel significativo y a menudo decisivo.
3. Algunas de las formas de argumentos a los que se les conoce como cánones de la interpretación, ayudan a eliminar los argumentos irracionales de la argumentación jurídica.
4. La ciencia jurídica puede ser conceptualizada como una institucionalización del discurso práctico, que se encuentra bajo las condiciones de existencia del orden jurídico.
5. En la base de la valoración de los precedentes judiciales se encuentra el principio de universalidad, así como los principios del discurso general práctico.

³⁴⁹ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen...*, cit., pp. 351 y 352.

6. Esto último, también vale para la aplicación de las formas especiales de la argumentación jurídica. Así, el *argumentum e contrario* fue un caso de aplicación especial de una regla lógica; la analogía se muestra como un caso especial del principio de universalidad y el argumento de intransferibilidad como una variante de la forma básica del argumento de la consecuencia.³⁵⁰

La necesidad del argumento práctico, en el marco de la argumentación jurídica, parecería injustificada si se considera que el discurso jurídico resulta necesario y que no puede ser sustituido por el discurso general práctico, y que debido a su institucionalización como ciencia jurídica, pueden ser efectuados resultados que no son posibles en el discurso general práctico. De esta forma, cabría preguntarse: ¿cómo pueden ser producidos dichos resultados y debido a qué causa es necesario el discurso jurídico, si éste es dependiente del discurso práctico en general? Que el discurso jurídico sea dependiente del discurso general práctico, no quiere decir que aquél sea idéntico a éste, o que se pueda reducir a él.

La argumentación general práctica, que es necesaria en el discurso jurídico, se verifica en formas especiales, de acuerdo con reglas especiales y bajo condiciones especiales. La argumentación jurídica puede ser vista como una forma especial de la argumentación práctica con base en los principios de la razón práctica, dependiente en cuanto a su estructura de principios generales prácticos, influenciada por la argumentación general práctica, que se verifica en formas especiales, según reglas especiales y bajo condiciones especiales, y que no se puede reducir a la argumentación general práctica.³⁵¹

³⁵⁰ *Ibidem*, pp. 352-354.

³⁵¹ *Ibidem*, pp. 354 y 355.

F. Las fronteras y la necesidad de la teoría del discurso racional jurídico

Que la argumentación jurídica sea una forma especial de la argumentación práctica, que resulta necesaria, con base en los principios de la razón práctica, dependiente en cuanto a su estructura de principios generales prácticos, influenciada por la argumentación general práctica, que se verifican en formas especiales, según reglas especiales y bajo condiciones especiales, y que no se puede reducir a la argumentación general práctica, significa que las debilidades del discurso práctico general se pueden disminuir de manera significativa en el discurso jurídico; sin embargo, jamás se pueden eliminar.

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

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

Tampoco se debe minimizar la función de la teoría del discurso racional jurídico como definición de un ideal. Como tal, ella se muestra como parte del derecho. Los juristas pueden contribuir a la realización de la razón y de la justicia. Esto presupone un orden social justo y racional. Los fines de la teoría de Alexy son limitados y se logran cuando se puede hacer más claro que el derecho es posible, como un caso especial de la razón práctica y la forma en que esto sucede.³⁵²

2. Diferencias fundamentales entre Alexy y Habermas

Entre Robert Alexy y Jürgen Habermas existen semejanzas fundamentales. Para ambos es posible el conocimiento práctico, por medio del cual se puede demostrar su corrección con base en los fundamentos de las normas y de las expresiones normativas. La validez universal e incondicionada de las normas morales resulta accesible al conocimiento práctico. Tanto Habermas como Alexy, son de la idea consistente en que la razón práctica sólo se puede desarrollar en el marco de un proceso organizado, con base en las reglas del discurso. Se llama fundamento de normas morales, debido a que se fundamentan en el discurso frente a todos los participantes del discurso, bajo la consideración imparcial de los intereses fácticos de todos y cada uno de ellos. Alexy al igual que Habermas, se encuentra convencido de que las ideas de libertad e igualdad de todos, son los contenidos morales centrales, que se basan en el respeto mutuo y la solidaridad. Estos contenidos son irrenunciables; no obstante que se pueden organizar de diferente forma, no se puede disponer de ellos. Ambos autores recurren para la fundamentación de esta posición a fundamentos trascendentales.

Sin embargo, entre Habermas y Alexy también existen diferencias fundamentales. Una diferencia importante, consiste en las diversas concepciones de ambos por cuanto hace a la relación entre la moral y el derecho. Mientras Habermas no deriva

³⁵² *Ibidem*, pp. 356-359.

conclusiones morales de la fundamentación de teoría moral de las reglas del discurso, Alexy deriva para algunas de las reglas del discurso consecuencias morales. Otra diferencia fundamental, es que Alexy no encuentra en el lenguaje ningún potencial normativo y racional. No comparte la idea de que, el objetivo o *telos* del lenguaje sea el entendimiento. Debido a que Alexy no comprende el entendimiento universal como un objetivo previo, no se vale de la tesis que quien se niega a entablar relaciones de entendimiento universal, se encontrará en un callejón sin salida.

Asimismo, Alexy, a diferencia de Habermas, no acepta cimentar la tesis de la falta de alternativa de las reglas del discurso para la argumentación por medio de la otra tesis, según la cual para todos resulta inevitable la participación en relaciones de entendimiento, las que se deben llevar a cabo en todo momento. En Habermas se plantean estas tesis en el marco de una teoría de la sociedad y de una teoría de la conducta, mientras que en Alexy no existen tales teorías. En cambio, Alexy trata de encontrar una fundamentación al combinar un argumento trascendental débil con el argumento de la maximización de utilidades individuales. Con la negativa de la tesis que el objetivo del lenguaje es el entendimiento, Alexy no hace suya la limitación contenida en dicha tesis de la perspectiva utópica, con relación a la perspectiva de los participantes y a la complejidad que de aquí se deriva de la normatividad y de la facticidad. En consecuencia, para Alexy la teoría del discurso no es una ciencia reconstructiva que rastree la perspectiva utópica establecida en las estructuras de la racionalidad comunicativa, como un potencial racional oculto en la facticidad. Al parecer, Alexy separa más consecuentemente que Habermas, el nivel del *ser*, del nivel del *deber ser*.³⁵³

El concepto de Habermas de una limitación de perspectiva, no lo utiliza Alexy. La necesidad de sometimiento a la situación ideal del lenguaje es mucho menos un tema, tal y como el del conocimiento previo intuitivo, mediante el cual se fundamentan las

³⁵³ Alexy, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg, München, 1994.

reglas de la situación ideal del lenguaje en la conciencia fáctica de un hombre. Tampoco el concepto habermasiano de los intereses generales y que resulta del consentimiento de todos con su significado trascendental empírico, viene en consideración en la teoría de Alexy. Éste lo puede evitar, pues no ve como garantía de la corrección de una norma al consenso, sino solamente la realización del procedimiento discursivo. Debido a que el consenso se descarta como criterio del entendimiento, la teoría consensual de la verdad y de la corrección también pierde todo su significado en la teoría de Alexy. En cambio, Alexy hace énfasis en que la realización de un procedimiento discursivo resulta determinante para la corrección de una norma. A partir de esto, desarrolla un concepto de corrección diferenciado que permite distinguir entre una corrección absoluta y una relativa.

Otra diferencia con Habermas, consiste en que Alexy toma la capacidad discursiva de los participantes en el discurso como una premisa. A ésta le tiene que agradecer, que el cumplimiento de las reglas del discurso formal conduzca a resultados materialmente correctos. Como un desarrollo y precisión de la teoría de Habermas, se debe señalar que Alexy propone, en relación a las colisiones de derechos fundamentales, un modelo de ponderación diferenciado que integra las reglas de la argumentación jurídica con las de la argumentación moral.

3. *Resumen*

La teoría del discurso como formulación y justificación del sistema de reglas jurídicas, adquiere una especial relevancia para la teoría del derecho. Ésta no es de ninguna forma, un caso de aplicación de aquella, sino su desarrollo pleno y necesario. Ambas teorías se complementan recíprocamente.

Para conocer la interrelación entre la teoría del derecho y la teoría del discurso, resulta necesario que el sistema jurídico se exponga en dos perspectivas diferentes: como sistemas de procedimientos y como sistema de normas. En la exposición del sis-

tema jurídico como sistema de procedimientos, se explica dicho sistema jurídico en una perspectiva dinámica que se centra en los procesos de comunicación que surgen en la creación, en la aplicación y en la crítica del derecho. Alexy distingue dos procesos no institucionalizados —discurso práctico general y dogmática jurídica— y dos procesos institucionalizados —discurso jurídico y procedimiento judicial—. Como sistema de normas, el sistema jurídico contiene dos diferentes tipos de componentes: las reglas y los principios. En la teoría del sistema jurídico como sistema de normas, las exigencias de la racionalidad práctica sólo se pueden cumplir en un modelo de tres niveles que vincule a las reglas, con los principios y con los procedimientos.

La teoría procesal de Alexy pretende establecer las conexiones entre procedimiento y corrección racional de una norma y de las afirmaciones normativas. Debido a que no cualquier discusión fáctica implica la corrección del resultado discursivo, el procedimiento debe cumplir con ciertos requisitos que permitan garantizar la corrección del resultado. Dichas características de un discurso calificado, se establecen mediante un sistema de reglas del discurso. Al respecto, se debe diferenciar entre reglas y formas de los discursos prácticos generales, de aquellas de los discursos jurídicos. El proceso discursivo práctico racional cuenta con seis tipos de reglas: a. reglas fundamentales, b. reglas de fundamento, c. reglas de la carga de la argumentación, d. reglas de las formas de los argumentos, e. reglas de razón y f. reglas de transferencia. Un discurso real se lleva a cabo en condiciones de tiempo; de calidad de los interlocutores; de ausencia de violencia; de claridad de lenguaje; de disponibilidad de información empírica; de posibilidad de cambio de roles y de carencia de prejuicios, siempre limitadas e imperfectas, por lo que en él sólo se pueden obtener verdades limitadas e imperfectas. Esto no *obsta* para que en todo discurso real se aspire a que los argumentos, que en el mismo se hagan valer, correspondan a las condiciones de un discurso ideal.

El discurso que se lleva a cabo conforme a las reglas y formas anteriormente mencionadas puede alcanzar un triple resultado.

De esta forma, las normas o los juicios normativos pueden ser: discursivas necesarias, discursivas imposibles, o discursivas posibles. La consecuencia es que, las normas y juicios normativos contradictorios pueden pretender, de igual manera, ser calificados como correctos. El predicado “es correcto” no expresa, en forma alguna, una coincidencia entre una norma o una expresión normativa, con un deber ser preestablecido; más bien, hace alusión a que dicha norma o juicio normativo fueron el producto de un proceso argumentativo discursivo. Esto implica que la relación del predicado “es correcto” con procedimientos argumentativos, trae como consecuencia que el resultado del discurso pueda cambiar, si el mismo se hubiera seguido por otros participantes en otro tiempo. Esto vale también para aquellos resultados, que con relación a un discurso concreto, fueran discursivamente necesarios o imposibles, pues un consenso fáctico sobre lo que es una norma válida o no válida, bien puede ser refutado en el futuro.

En razón de circunstancias de contornos más vagos que sólo permitan que las reglas del discurso se cumplan en forma aproximada, establece Alexy que el concepto de corrección se ve relativizado en cuatro formas: 1) en consideración a las reglas del discurso, 2) en la medida de la observancia de dichas reglas, 3) en vista a los participantes en el discurso y 4) tomando en cuenta el tiempo en que el mismo se lleva a cabo. El cumplimiento de las reglas del discurso, por sí mismo, sólo permite descartar un número reducido de normas y de juicios normativos como discursivamente imposibles. En la mayoría de los casos resultan posibles, haciendo uso de las reglas del discurso, muchas normas contradictorias entre sí. La realidad social exige en cambio, una decisión clara. De aquí resulta la necesidad del derecho. Las normas jurídicas creadas en los procesos legislativos de producción normativa, se deben interpretar mediante discursos jurídicos. De esta forma, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico.

El discurso jurídico tiene por objeto llevar a cabo la justificación de un juicio jurídico. Dos aspectos de la justificación jurí-

dica son de relevancia: la justificación interna y la justificación externa. En la justificación interna se trata de determinar si un juicio se puede derivar, desde un punto de vista estrictamente de lógica formal, de las premisas que se hacen valer. El objetivo de la justificación externa, en cambio, es la verdad del contenido de las premisas, las que pueden ser: reglas de derecho positivo, afirmaciones empíricas y premisas que no son ni afirmaciones empíricas ni reglas de derecho.

Las formas de los argumentos y reglas de la justificación externa se pueden dividir en seis grupos: 1. las reglas y formas de la interpretación; 2. la argumentación dogmática; 3. el valor de los precedentes; 4. la argumentación general práctica; 5. la argumentación empírica y 6. las formas especiales de los argumentos jurídicos. La tarea de una teoría de la justificación externa es el análisis lógico de las formas de argumentos, tal y como se han clasificado por grupos. Los métodos de interpretación se dividen en seis grupos: semántico, genético, histórico, comparativo, sistemático y teleológico. Cada uno de los métodos implica diferentes formas de argumentación.

La argumentación jurídica-dogmática, esto es, la actividad que practican los juristas, en sentido amplio, cumple tres funciones fundamentales: empírica-descriptiva —describe el derecho válido—, lógico-analítica —proporciona un sistema conceptual del derecho—, y normativa-práctica —propone soluciones para resolver los casos jurídicos problemáticos—. En sentido estricto, la dogmática cumple seis funciones: función de estabilización, función de evolución, función de descarga, función técnica, función de control y función heurística.

La obligación jurídica de atenerse a lo establecido en los precedentes, se justifica en la medida en que el principio de universalidad exige trato igual a los iguales. Además, el recurso de los precedentes garantiza la evolución del derecho, debido a que no obstante que los criterios en que se basan los mismos se consideran argumentos jurídicamente razonables, su uso presupone que

en la nueva decisión se hagan valer otros argumentos diferentes a los que se esgrimen en la decisión precedente.

Bajo el concepto de formas de argumentación jurídica especial, se encuentran: la analogía, el *argumentum e contrario*, el *argumentum a fortiori* y el *argumentum ad absurdum*. El recurso a la argumentación general práctica resulta necesario cuando se lleva a cabo la argumentación jurídica. Los principios de la dogmática jurídica y los precedentes sólo pueden sustituir de manera parcial, a menudo de forma incompleta y siempre con un carácter pasajero, a la argumentación general práctica. Todos los tipos de discurso jurídico —el racional, el judicial, el legislativo y el dogmático, el de los medios, etcétera— tienen en común que requieren una argumentación jurídica en donde se expongan fundamentos que aspiran a ser correctos o racionales.

Cuatro son los aspectos de las relaciones entre discurso general práctico y discurso jurídico que vale la pena destacar en una teoría de la argumentación jurídica: a) la necesidad del discurso jurídico con base en el desarrollo del discurso práctico general; b) la correspondencia parcial en la pretensión de la corrección; c) la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso general práctico; d) la necesidad de la argumentación general práctica en el marco de la argumentación jurídica. La argumentación jurídica puede ser vista como una forma especial de la argumentación práctica con base en los principios de la razón práctica; dependiente en cuanto a su estructura de principios generales prácticos; influenciada por la argumentación general práctica, que se verifican en formas especiales, según reglas especiales y bajo condiciones especiales, y que no se puede reducir a la argumentación general práctica. De esta forma, las debilidades del discurso general práctico en el discurso jurídico se pueden disminuir de manera significativa, aunque jamás se puedan eliminar. Al igual que las teorías científicas, la teoría de la argumentación racional jurídica propuesta por Alexy, no garantiza en forma alguna la certeza del resultado. No es la garantía de la certeza jurídica la que le da a una teoría del derecho

su carácter racional, sino más bien, el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios y reglas. La teoría de la argumentación jurídica de Alexy intenta exponer el sistema de dichas condiciones, sistemas y reglas.

Una diferencia importante consiste en las diversas concepciones de Habermas y Alexy por cuanto hace a la relación entre la moral y el derecho. Mientras Habermas no deriva conclusiones morales de la fundamentación de teoría moral de las reglas del discurso, Alexy deriva para algunas de las reglas del discurso consecuencias morales. Asimismo, para Alexy la teoría del discurso no es una ciencia reconstructiva que rastree la perspectiva utópica establecida en las estructuras de la racionalidad comunicativa, como un potencial racional oculto en la facticidad. Alexy no ve como garantía de la corrección de una norma al consenso, sino solamente la realización del procedimiento discursivo. Debido a que el consenso se descarta como criterio del entendimiento, la teoría consensual de la verdad y de la corrección de Habermas también pierde todo su significado en la teoría de Alexy. En cambio, Alexy hace énfasis en que la realización de un procedimiento discursivo resulta determinante para la corrección de una norma; a partir de esto desarrolla un concepto de corrección diferenciado que permite distinguir entre una corrección absoluta de una relativa. Finalmente, Alexy propone en relación con las colisiones de derechos fundamentales, un modelo de ponderación diferenciado que integra las reglas de la argumentación jurídica con las de la argumentación moral.

II. LA RELACIÓN ENTRE TEORÍA MORAL Y MORAL EN ROBERT ALEXY

Si quisiéramos medir en su total magnitud las diferencias entre Habermas y Alexy, tendríamos que comenzar por sostener que Alexy entiende la relación entre teoría moral y moral de una manera más compleja que Habermas.

1. *El sentido de la teoría moral formal en Habermas*

Para Habermas, la teoría moral es estrictamente formal. La teoría moral no es capaz de formular una sola regla de conducta material;³⁵⁴ ella solamente puede destacar lo que significa adoptar el punto de vista moral³⁵⁵ y puede proporcionar una fundamentación trascendental pragmática del punto de vista moral.³⁵⁶ Sin embargo, las normas materiales que se deben medir con base en el principio moral, no pueden ir más allá de la teoría moral, sino más bien, su contenido se tiene que construir en el discurso moral, de lo que resulta que con ayuda de las reglas de argumentación, se separan los intereses particulares de los intereses susceptibles de generalización. Tampoco se puede esperar de la teoría moral, una respuesta a la cuestión: ¿por qué ser moral? La teoría moral no puede proporcionar motivación alguna para actuar moralmente. A efecto que los discernimientos morales actuantes se transformen, la teoría moral se subordina a circunstancias más sencillas en el mundo de vida, de las cuales tiene que obtener el sujeto actuante motivaciones para sus conductas morales.³⁵⁷

La separación estricta entre moral y teoría moral también tiene otra función. De esta forma, Habermas intenta hacer frente al reproche que se ha utilizado en su contra del círculo vicioso,³⁵⁸ el que hace sospechoso al teórico de la moral de cargar, en forma oculta, al concepto de razón con contenidos morales, los que después se hacen aparecer como conocimientos prácticos derivados

³⁵⁴ Habermas, Jürgen, *Moralbewusstsein und...*, cit., p. 66; Habermas, Jürgen, *Erläuterungen zur...*, cit., p. 30.

³⁵⁵ *Ibidem*, pp. 13 y 30.

³⁵⁶ Habermas, Jürgen, *Erläuterungen zur...*, cit., p. 46.

³⁵⁷ Habermas, Jürgen, *Moralbewusstsein und...*, cit., p. 119; Habermas, Jürgen, *Erläuterungen zur...*, cit., p. 25.

³⁵⁸ Kaufmann, Arthur, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken*, München, 1994, p. 226.

del concepto puro de razón práctica.³⁵⁹ Si se pudiera demostrar con éxito que ciertas presuposiciones pragmáticas son condiciones de posibilidad de la argumentación, dichas presuposiciones no podrían producir obligatoriedad moral alguna. Más bien, éstas serían sólo condiciones de posibilidad para entender el significado de los actos del lenguaje y para demostrar su validez. A esto se refiere Habermas cuando establece que las presuposiciones pragmáticas generales, que los participantes en el discurso tienen que cumplir cuando hacen valer argumentaciones, de ninguna forma tienen el carácter de una necesidad u obligación trascendental.³⁶⁰ Para hacer productivos estos presupuestos de la argumentación, a los que toman por base todo tipo de argumentaciones, se requiere dar un paso más, en particular se necesita derivar el principio moral de las presuposiciones de la argumentación.³⁶¹ Esto muestra que las presuposiciones no se toman a sí mismas como obligaciones de conducta morales, no obstante que si tienen relevancia moral. Al respecto, cabe mencionar que el uso del lenguaje cotidiano que se orienta por el entendimiento, se encuentra ligado a condiciones pragmáticas inevitables, las que de ninguna manera son moralmente neutrales.³⁶² Por esto, es que las valoraciones de teoría moral en Habermas tienen una relación directa con las investigaciones de la pragmática universal.

El reproche del círculo lógico debe ser refutado mediante la crítica consistente en que las presuposiciones de la argumentación, que se reconstruirán en formas de las reglas del discurso, carecen de un sentido moral. Debido a que el contenido moralmente relevante tiene que ser comprendido en un momento posterior, dicho contenido no ha sido incorporado circularmente de manera previa en las presuposiciones.

³⁵⁹ Tugendhat, Ernst, *Vorlesungen über Ethik*, Stuttgart, 1993, p. 165.

³⁶⁰ Habermas, Jürgen, *Erläuterungen zur...*, cit., p. 132.

³⁶¹ Habermas, Jürgen, *Moralbewusstsein und...*, cit., p. 96.

³⁶² Habermas, Jürgen, *Erläuterungen zur...*, cit., p. 186.

2. *Pros y contras de la teoría moral material de Alexy*

En Alexy no existe una separación estricta entre teoría moral y moral. Alexy deriva de sus conceptos de teoría moral normas morales y jurídicas fundamentales; de esta forma, hace énfasis en que es por lo menos posible, probable, o necesario, en un concepto totalmente desarrollado de racionalidad práctica con contenidos morales.³⁶³ Alexy admite que las ideas de autonomía y de universalidad que en las reglas específicas del discurso se expresan, de ninguna forma son ideas moralmente neutrales.³⁶⁴ Según Alexy, sólo se pueden distinguir fundamentos buenos y malos en el curso de discursos reales y, por lo mismo, tampoco se puede fundamentar únicamente con base en la teoría moral, el sistema general de reglas jurídicas y morales. Sin embargo, principios fundamentales determinados, como el principio de autonomía, y ciertos derechos fundamentales, tales como el derecho a la libertad general, resultan accesibles a una fundamentación inmediata, a partir de la teoría del discurso como teoría moral.³⁶⁵

Debido a que Alexy considera desde un principio a las reglas específicas pragmáticas como reglas de conducta con contenido moral, no resulta necesaria en su versión de fundamentación pragmática trascendental el momento de la inferencia, que en cambio Habermas si lleva a cabo para obtener, a partir de las presuposiciones de la argumentación, el principio moral. Esta forma de proceder de Alexy parece ofrecer básicamente cuatro ventajas.

En primer lugar, se puede renunciar a la explicación de pragmática universal de las reglas del discurso, y con esto, a la tesis de fundamento de la pragmática universal de Habermas, según

³⁶³ Alexy, Robert, *Zeitschrift für philosophische...*, cit., p. 112. Con esta cuestión, Alexy remite a otro problema consistente en las reglas del discurso que se deben utilizar, con base en las cuales de manera necesaria se deriven reglas con contenido moral, pues sólo el sistema de reglas resulta suficiente para descartar, como discursivamente imposibles, a muchos sistemas normativos.

³⁶⁴ Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., pp. 127-164.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 148.

la cual el objetivo del lenguaje es el entendimiento. Esto no trae consigo, tal y como Habermas lo piensa, que cada locutor humano no tenga elección sobre si actúa o habla orientado por las necesidades del entendimiento. Alexy tampoco necesita sostener, tal y como lo hace Habermas, que ningún hombre tiene elección sobre si quiere o no actuar, o hablar orientado por el entendimiento. Para Alexy, en cambio, resulta suficiente hacer suya la tesis consistente en que los hombres pueden hablar, con base en su capacidad para argumentar, orientados por el entendimiento, y que esto regularmente lo tienen que hacer también los seres humanos determinados, cuando ellos pretenden participar en las formas de vida más generales de la sociedad.

En segundo término, Alexy puede guardar distancia de la concepción difícilmente realizable de entender la negativa de un ser humano que forma parte de una comunidad de entendimiento universal, como una alternativa que conduce de manera inexorable a un callejón sin salida existencial.

En tercer lugar, la renuncia de la interpretación de las reglas del discurso por Alexy implica también que la teoría del consenso de la verdad y la corrección se eliminan, y en su lugar, se procede a la ejecución de los procedimientos discursivos, con base en las reglas del discurso, a efecto de valorar la corrección de una norma o de un juicio normativo. Esto debido a que la interpretación pragmática de las reglas del discurso en Habermas conduce a que se hagan valer, recíprocamente, pretensiones de verdad y de corrección, de todos los posibles participantes en el discurso y tengan que ser intercambiadas dichas pretensiones, con base en fundamentos en un discurso ideal, al que se someten tales participantes. Para saber si este intercambio se ha llevado a cabo con éxito es justo observar el consenso entre los participantes del discurso, el que según Habermas, no puede ser simulado en el pensamiento monológico. Esto en razón de que, en el pensamiento monológico falta la perspectiva de los participantes en el discurso, que viene unida a una consideración universal frente al resto de los participantes. Sin embargo, según Habermas, sólo

con base en esta perspectiva puede ser efectuado un examen general para saber, si las pretensiones de validez hechas valer, pueden ser intercambiadas entre sí con buenos fundamentos.

Por el contrario, Alexy hace valer la posibilidad de un examen monológico de las normas o de los juicios normativos. Esto sucede en su réplica en contra del reproche consistente en que un discurso ideal por sí mismo, no se puede llevar a cabo y, por lo mismo, un resultado ficticio de un discurso ideal no se puede hacer valer como fundamento para la validez de una norma. Alexy sostiene al respecto, que los discursos esencialmente no son monológicos, puesto que un discurso que se lleva a cabo en la cabeza de una persona, se puede asemejar a un discurso que se efectúa entre muchas personas. No obstante que uno jamás podría estar seguro de los argumentos, las interpretaciones de los intereses y los cambios en relación con las interpretaciones de otro, resulta posible, en una medida considerable, establecer suposiciones fundamentadas. Del hecho de la ejecución monológica se derivan inseguridades. Un criterio útil que se infiere de este fundamento sería el discurso virtual que tiene lugar en la cabeza de una persona, aunque esto solamente, si las inseguridades de un criterio implicaran su inutilidad.³⁶⁶ Con la fundamentación inmediata de la igualdad de los seres humanos, Alexy valora, abiertamente y sin recurrir a un discurso, el pronóstico según el cual, la igualdad de los derechos humanos tiene que ser el resultado de un discurso ideal.³⁶⁷ Esta propuesta de Alexy en relación con la posibilidad del examen monológico de los fundamentos, tiene mayor plausibilidad si se le compara con la de Habermas.

En cuarto y último lugar, existe otro aspecto a favor de Alexy y que consiste en que con base en la relación entre la argumentación moral y la jurídica, se pueden hacer aplicables las reglas del discurso moral para los juristas, sin la necesidad de dar un paso

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 116.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 157.

lógico extra. Precisamente, así sucede en el caso de la fundamentación de las decisiones de ponderación.

Los pros de la teoría de Alexy se encuentran frente a ciertas desventajas. Si pensamos lo que Habermas intenta para hacer frente al reproche del círculo lógico mediante la diferencia estricta entre moral y teoría moral, y aceptamos que también la concepción hermética de la perspectiva utópica frente a la de los hechos fácticos contribuye a este objetivo, el reproche en contra de Alexy resulta viable. Entre tanto, éste renuncia a las precauciones de seguridad que Habermas tomó para hacer frente al reproche del círculo lógico, con el componente moral de las reglas del discurso, Alexy cae irremediabilmente en un círculo.³⁶⁸ Para saber si este reproche se puede hacer valer en contra de Alexy, previamente se debe determinar si la fundamentación propuesta de las reglas del discurso puede demostrar su validez, sin que así mismo, presuponga su validez moral en forma encubierta.

III. LA FUNDAMENTACIÓN TRASCENDENTAL-PRAGMÁTICA DE LAS REGLAS DEL DISCURSO

La fundamentación de la reglas del discurso resulta necesaria, pues la misma debe incorporar los criterios de la racionalidad práctica. Si estas reglas quieren ser algo más que una simple composición de puntos de vista más o menos plausibles, que de manera meramente aproximada deben ser sostenidos en cuestiones de racionalidad, entonces los mismos tienen que ser legiti-

³⁶⁸ Otfried Höffe hace valer ciertas objeciones en contra de la teoría del discurso cuando establece que los fundamentos morales para los cuales se busca un parámetro, se encuentran en la definición de este parámetro. El discurso que sólo resulta útil para informar a los éticos del discurso como criterio moral, en especial de los discursos ideales, presupone la validez de principios morales, aunque los principios en el discurso ideal deban ser eliminados. Höffe, Otfried, "Autonomie und Verallgemeinerung als Moralprinzipien. Eine Auseinandersetzung mit Kohlberg, dem Utilitarismus und der Diskursethik", en Oser, Fritz *et al.* (comps.), *Transformation und Entwicklung. Grundlagen der Moralerziehung*, Frankfurt am Main, 1986, p. 77.

mados. Esto resulta más importante si consideramos que la idea del discurso no es, en forma alguna, una idea neutral. Sobre todo, las reglas especiales del discurso, que relacionan entre sí las conductas de los participantes del discurso y deben asegurar la libertad e igualdad de dichos participantes, tienen un contenido moral³⁶⁹ e incorporan la idea liberal de universalidad y de autonomía.³⁷⁰ Si Alexy no se quiere sustraer del reproche del círculo lógico, mismo que introduce definitivamente lo que sería fundamental, tiene, en consecuencia, que exponer la validez de las reglas especiales del discurso. Las reglas que Alexy hace valer para la fundamentación se formulan de la siguiente manera:

1. Cualquier persona que pueda hablar le está permitido participar en una discusión.
2. (a) a cualquiera le está permitido cuestionar afirmaciones.
 - a) A cualquiera le está permitido introducir al discurso afirmaciones.
 - b) A cualquiera le está permitido expresar sus posiciones deseos y necesidades.
3. Ningún interlocutor debe ser impedido a ejercer sus derechos establecidos en los puntos (1) y (2) por medio de la violencia, ya sea que ésta se ejerza dentro o fuera del discurso.³⁷¹

Alexy trata de comprobar la validez universal de estas reglas del discurso.³⁷² Esta empresa se ve amenazada por el *Münchhausen Trilemma*.³⁷³ Esto debido a que las reglas del discurso como normas, son vistas como normas de un segundo nivel, con base en las cuales se deben fundamentar las normas de primer nivel.

³⁶⁹ Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., p. 112.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 131.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 130.

³⁷² *Idem*.

³⁷³ Albert, Hans, *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen, 1980, p. 13.

Si quisiéramos, a su vez, fundamentar las normas de segundo nivel, serían necesarias normas de tercer nivel. Esto nos llevaría a un regreso al infinito, el que sólo podría ser evitado mediante un rompimiento arbitrario, o bien, por medio de un círculo lógico. Alexy pretende superar este trilema adhiriéndose a la teoría de Habermas cuando éste no fundamenta a las normas y a las expresiones normativas mediante otras normas fundamentales, sino más bien, dicha fundamentación de las reglas del discurso la hace radicar en una prueba de su necesidad y falta de alternativa. De esta forma, Alexy propone para este objetivo una fundamentación trascendental pragmática. La que resulta más débil en comparación con el principio de fundamentación de Habermas, y que se apoya en otros principios de fundamentación.³⁷⁴ Como en el caso de Habermas, con Alexy no existe un fundamento último infalible para las reglas del discurso con contenido moral, sino más bien, el argumento trascendental pragmático muestra su carácter falible.³⁷⁵

Alexy imputa a Habermas una sobrevaloración del poder de los argumentos trascendentales en la filosofía práctica.³⁷⁶ Según Alexy, el argumento trascendental debe quedar satisfecho sólo con una validez limitada,³⁷⁷ y por lo mismo, sólo puede aspirar a la validez objetiva de las reglas del discurso, no en cambio, a su validez subjetiva. Bajo el concepto de la validez subjetiva, Alexy entiende que un locutor ha reconocido las reglas del discurso, y con éstas los objetivos presupuestos del entendimiento, y en consecuencia sigue las reglas del discurso por un interés de corrección.

Mientras el orador renuncia a la prueba de la validez subjetiva, Alexy se ve en la posibilidad de abandonar la tesis de Habermas,

³⁷⁴ Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., pp. 127 y ss.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 133.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 132.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 133.

según la cual una consecuente negativa del entendimiento y de la argumentación nos llevaría a un callejón sin salida existencial. Alexy rechaza así tal afirmación como inapropiada para la fundamentación de las reglas del discurso con validez universal, debido a que la mayoría de las comunidades particulares pueden ser vistas como evasiones de tales callejones sin salida.³⁷⁸ Con esto, Alexy guarda su distancia frente a la tesis consistente en que el objetivo del lenguaje es el entendimiento.

Según Habermas, quien quiera eludir las relaciones del entendimiento se pone en contra de su esencia interna y se destruye a sí mismo. Mientras Alexy rechaza estos presupuestos, el entendimiento llega a ser un objetivo que alguien puede seguir, aunque, no obstante, tenga que seguir en razón de su naturaleza humana. El interés en el entendimiento, que Habermas le atribuye a todo ser humano, se transforma en Alexy en un simple interés en la corrección. Al lado del interés trascendental en el entendimiento entra la premisa empírica sobre la dotación del ser humano con un interés en la corrección³⁷⁹ y la tesis según la cuál, le resulta útil a la maximización de utilidades individuales observar las reglas del discurso, aún cuando no exista interés alguno en la corrección. El cambio de este presupuesto influye también en el objetivo de la prueba. De esta forma, sólo puede ser demostrada la validez hipotética de las reglas del discurso.³⁸⁰ Dicha validez hipotética se puede expresar de la siguiente forma: “si alguien tiene un interés en la corrección, entonces tendrá que observar las reglas del discurso; pues sólo de esta forma se puede demostrar la corrección práctica de una norma”. En este sentido, las reglas del discurso carecen de alternativa, y por lo mismo, tienen, desde un punto de vista ideal de la corrección, una validez categórica.³⁸¹

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 143.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 133.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 142.

³⁸¹ *Idem*.

1. *La fundamentación trascendental pragmática débil de las reglas del discurso*

En seguida se muestra la fundamentación de las reglas especiales del discurso en sus momentos particulares. Al respecto, Alexy propone un argumento tridimensional con base en sus conexiones generales. En la primera dimensión se expone el aspecto trascendental de la argumentación. El argumento trascendental consiste de dos premisas y una conclusión como sigue:

Primera premisa. El acto del lenguaje del orador es, de alguna forma, necesario.

Segunda premisa. Existen determinadas reglas que constituyen la condición de posibilidad de la afirmación. Estas reglas son las siguientes:

1. Quien afirma algo, hace valer una pretensión de verdad y de corrección.³⁸²
2. La pretensión de verdad y de corrección implica una pretensión de fundamentabilidad.
3. La pretensión de fundamentabilidad implica una obligación *prima facie* de fundamentar lo afirmado cuando así se pida.
4. Con las fundamentaciones se hacen valer, en cada caso que concierna a los fundamentos como tales, las pretensiones de derechos iguales, ausencia de violencia y de universalidad.

Conclusión. Las reglas del acto del lenguaje de la afirmación valen de manera necesaria. Debido a que estas reglas de la afirmación corresponden a las reglas del discurso, valen de manera necesaria para cada persona que tenga un interés en la corrección. Este interés en la corrección no se puede producir mediante argumentos trascendentales. Frente a aquel que no tiene un interés en la corrección, no se puede demostrar la necesidad de la observación de las reglas del discurso mediante el argumento

³⁸² *Ibidem*, p. 135.

trascendental. Mediante el argumento trascendental sólo se puede evidenciar la validez hipotética de las reglas del discurso.

En la segunda dimensión se trata de la maximización de utilidades individuales. Por eso, el argumento trascendental tiene que ser complementado con la prueba consistente en que, aún para aquél que carece de interés en la corrección, pero que por otra parte está interesado en la maximización de sus utilidades, resulta ventajoso, por lo menos, la observación externa de las reglas del discurso.

La tercera dimensión analiza las premisas empíricas sobre la dotación del ser humano con el interés en la corrección. En este caso, la ventaja resulta de que siempre habrá hombres que tengan un interés en la corrección, y en consecuencia le darán importancia a las reglas del discurso. Estos hombres incurrirán en sabotaje si violan las reglas del discurso en forma reiterada. El sostenimiento de dicho sabotaje es, a largo plazo, más costoso que el cumplimiento de dichas reglas. Con esto, se demuestra la validez objetiva de las reglas del discurso, esto es, la validez de las reglas del discurso adecuadas para las conductas externas. Por el contrario, ya no es posible fundamentar trascendental y pragmáticamente la validez subjetiva de las reglas del discurso que, se relaciona con motivaciones.³⁸³

En seguida analizaremos con más detalle los anteriores momentos de fundamentación.

2. *La argumentación trascendental*

A. *La necesidad del acto del lenguaje del orador*

Alexy elige como puerto de salida el acto del lenguaje del orador, el que desde su punto de vista resulta necesario. Esto debido, a que según este autor, quien a lo largo de su vida no efectúa ninguna afirmación y no da fundamentación alguna, no participa

³⁸³ *Ibidem*, p. 143.

en las formas de vida generales de la humanidad.³⁸⁴ Constituye una afirmación empírica sostener que cada ser humano, con total independencia de la forma especial en la que vive, en cada caso y de tiempo en tiempo, hace valer afirmaciones frente a otros hombres. Esta tesis es evidentemente más débil si se le compara con la de Habermas, según la cual el objetivo del lenguaje es el entendimiento. Este autor piensa que el objetivo del entendimiento universal le está preestablecido de manera esencial a cada ser humano. Alexy, en cambio, es de la idea de que sólo existe un interés limitado en el entendimiento de aquel que participa en las formas de vida general de la humanidad. Dicha limitación se refiere a ciertas personas y a cierto tiempo. De esta forma, el entendimiento no existe en sí previamente para cualquier tipo de comunicación.

La otra tesis, según la cual cada ser humano como tal participa en las formas de vida más generales, la retoma Alexy para demostrar, más claramente, que los actos del lenguaje del orador son necesarios. Cuando alguien toma parte en las formas de vida más generales de la humanidad, tiene que hacer valer de tiempo en tiempo afirmaciones. Si se acepta la afirmación empírica consistente en que bajo ciertas circunstancias debería ser imposible no participar en las formas de vida más generales de la humanidad, de tal forma que no se efectúen ni siquiera afirmaciones triviales, el objetivo de la demostración se habrá alcanzado.³⁸⁵ Los actos del lenguaje del orador se pueden demostrar como necesarios si resultaran inevitables para la participación en las formas de vida más generales. La diferencia con Habermas se muestra en el hecho de que, Alexy recurre a la capacidad humana para preguntar, para afirmar y para fundamentar,³⁸⁶ y prosigue que las universalidades teóricas argumentativas sólo perderían su validez si los miembros de una forma de vida perdieran la capacidad

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 139.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 140.

³⁸⁶ *Idem*.

para afirmar algo, para hacer valer fundamentos y para plantear la pregunta: ¿por qué?³⁸⁷ Cuando Alexy sólo considera la capacidad humana para participar en argumentaciones mediante afirmaciones, preguntas o fundamentaciones, deja libre al sujeto para decidir si actúa o habla orientado por el entendimiento o no. Alguien bien puede hacer uso de estas capacidades, aunque no tiene que hacerlo de manera necesaria. Del hecho de que los seres humanos tienen la capacidad para resolver los conflictos de intereses de manera argumentativa, y en consideración a esta capacidad disponen de una praxis, por lo menos, mínima o rudimentaria, no se sigue que los mismos tengan que hacer uso de esta capacidad en la solución de cualquier conflicto de intereses y con relación a cualquier otra persona.³⁸⁸ A diferencia de Alexy, Habermas deriva de la capacidad del habla y de la conducta de los hombres la tarea ineludible del entendimiento universal. De esta forma, el principio de las competencias argumentativas adquiere el carácter de una necesidad trascendental.³⁸⁹

Precisamente por lo anterior es que las tesis de Alexy de necesidad del acto del habla del orador, se deben comprender en el sentido de que aquél que se quiere entender con otros seres humanos, tiene que hacer valer afirmaciones observando las reglas del discurso y tiene que exponer fundamentaciones. En este caso, el tener, expresa el hecho de que la argumentación es, según las reglas del discurso, el único medio para alcanzar el fin presupuesto del entendimiento. El tener remite así al hecho del entendimiento. El hecho del entendimiento no se puede entender en cada caso en el sentido de Habermas, como derivable de un hecho subordinante del entendimiento universal como fundamento de la praxis humana.

A la concepción amplia del entendimiento le opone Alexy una concepción limitada en donde las relaciones del entendimiento

³⁸⁷ *Idem.*

³⁸⁸ *Idem.*

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 141.

ya no constituyen las condiciones de posibilidad de la vida social humana. Por lo mismo, en Alexy se comprueba en el nivel empírico que el hombre, en el curso de su vida en común, busca el entendimiento con seres humanos determinados en cada caso y en determinado tiempo. Al lado de estas relaciones del entendimiento se presentan también relaciones de violencia y de manipulación, lo que es empíricamente demostrable. Sin embargo, no se conforma Alexy con la comprobación consistente en que, de tiempo en tiempo, existe entendimiento entre los hombres. El entendimiento se fortalece para llegar a ser casi una afirmación de derecho natural sobre la existencia humana, cuando se afirma que, cada ser humano tiene que expresar afirmaciones cuando participa de las formas de vida general de la humanidad. Además, el entendimiento que cada quien tiene que buscar con otros hombres en el curso de su vida es un entendimiento en un sentido determinado, concretamente, en el sentido en el que él se entiende con otras personas como libre e igual. El consentimiento de otras personas puede ser alcanzado por otros medios diferentes al entendimiento, tales como la violencia, el engaño, la manipulación o el poder. Un entendimiento obtenido de esta manera no es digno de ser denominado propiamente hablando como entendimiento. La necesidad a la que recurre Alexy no es trascendental, pues se trata de comprobación de una especie de legalidad empírica de la existencia humana, la que en efecto no resulta válida sin excepción alguna.³⁹⁰

Este punto de partida de la argumentación es ciertamente un poco débil para poder fundamentar un argumento trascendental pragmático. En descargo de Alexy se puede decir que, quien durante un largo tiempo de su vida no lleva a cabo acto alguno del lenguaje orientado por el entendimiento, no toma parte en las formas de vida más generales de la humanidad. Junto a su capacidad para preguntar y fundamentar entra la capacidad para engañar y para manipular. También en este caso cada quien dispone, por

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 140.

lo menos, de una praxis mínima. De igual forma, como Alexy constata en formas sociales totalitarias relaciones de entendimiento fácticas, entretanto los miembros de la sociedad no hayan perdido su capacidad para preguntar y afirmar, estarían presentes también en una sociedad caracterizada por el entendimiento, relaciones de violencia y de sometimiento, mientras los miembros de dicha sociedad no hayan perdido su capacidad para someter o engañar a sus semejantes.

Cuando Alexy corrobora que nosotros en ciertos momentos y frente a ciertas personas tenemos que llevar a cabo actos de entendimiento, lo mismo implica que nosotros en otros ciertos momentos y frente a ciertas personas no tenemos que actuar y hablar orientados por el entendimiento.

Si Alexy piensa que sólo la praxis del entendimiento pertenece a las formas más generales de vida humana y no así la violencia y el engaño, tendría que adicionar una premisa, como por ejemplo, la consistente en que el objetivo del lenguaje es el entendimiento. Entretanto esto no suceda, resulta como consecuencia inevitable que tanto los actos del lenguaje de la afirmación y de la fundamentación, así como los del engaño y de la manipulación, sean necesarios en el mismo sentido. Con esto se destruye la agudeza de la oración trascendental pragmática. Esta consiste en que, la prueba de la falta de alternativa de ciertas reglas determinadas del pensamiento, del habla o de la conducta, pasa por alto la exigencia de la fundamentación de dichas reglas. Alexy debilita la falta de alternativa con la frase: “a quien se quiera entender con otros seres humanos no le queda ninguna otra alternativa que utilizar las reglas del discurso”. La relación medio-fines, esto es, que el cumplimiento de las reglas del discurso constituye el único medio adecuado para alcanzar el objetivo presupuesto del entendimiento, resulta accesible mediante investigaciones empíricas. Dicho conocimiento empírico no podría, en forma alguna, cumplir la función de la fundamentación de las reglas del discurso con contenido moral.

B. Las reglas del discurso específicas como fundamento de posibilidad del acto del lenguaje argumentativo

También la segunda premisa de los argumentos trascendentales, esto es, aquella según la cual las reglas de la afirmación resultan constitutivas para el significado de la expresión afirmación, resulta cuestionable. Dichas reglas que van del (1) al (4) resultan presupuestos necesario para el acto del habla del orador.³⁹¹ No se puede renunciar a dichas reglas, pues de otra forma, no existiría afirmación alguna. Para Alexy resulta de hecho irrenunciable que la significación de la afirmación descansa precisamente en las reglas de la afirmación propuestas por él mismo. Esto, según él, debido a que, sólo estas reglas poseen las ideas de universalidad y autonomía. Si uno permitiera que una cuestión pura fuera una definición adecuada, que correspondiera al significado de la expresión afirmación, resulta que la estimación de Alexy descansaría sobre una definición arbitraria. La tesis del significado esencial se pronuncia frente al reproche que Keuth hiciera valer en contra de una comprobación trascendental pragmática, según la cual determinadas reglas son irrefutables.³⁹² Keuth recomienda como experimento del pensamiento, poner a discusión con un oponente una regla tomada de la multitud de reglas que el proponente ha introducido como constitutiva del acto del lenguaje. De esta forma, se obtienen dos juegos lingüísticos diferentes que bien pueden ser denominados como afirmación (1) y como afirmación (2). En la realización del experimento del pensamiento, cada regla del juego del lenguaje puede ser sustituida por otra regla, de tal forma que al final del juego del lenguaje la afirmación (1) y la afirmación (2) no tengan más ninguna regla común. Según Keuth, de aquí se puede concluir que ninguna regla irrefutable para la afirmación es irrenunciable. Si uno pudiera entender por la expresión afirmación, lo que uno quisiera, entonces sería

³⁹¹ *Ibidem*, p. 135.

³⁹² Keuth, Hebert, *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie*, 1983, p. 334.

inútil la empresa de demostrar determinadas reglas del orador como presupuestos necesarios de la afirmación.

Alexy fundamenta la tesis contraria del significado esencial de la expresión “afirmación”, en la advertencia consistente en que las afirmaciones se pueden diferenciar de otros actos del lenguaje, tales como de las expresiones de reacciones emocionales, o de la simple toma de posición.³⁹³ No obstante que este punto de vista es correcto, la diferencia entre diversos tipos de actos del lenguaje es siempre posible, sin importar el sentido que se les dé. Sin embargo, las diferencias radican en cada caso en que las características de la significación que se atribuyen a un acto del lenguaje A, se niegan a un acto del lenguaje B.

Alexy elige otro camino para la determinación de la esencia de la significación; de esta manera, fundamenta la regla (1) “quien algo afirma, hace valer una pretensión de verdad o corrección”, en el hecho de que, “una contradicción performativa surge cuando ella se controvierte”.³⁹⁴ Quien quiere negar esta regla sosteniendo: “yo sostengo que llueve, y afirmo que esto es falso”³⁹⁵ incurre en una autocontradicción, pues una parte de aquello que se dice contradice aquello que con el acto de la afirmación se presupone de manera necesaria, concretamente la pretensión de verdad o corrección.³⁹⁶

La forma de argumentación de la autocontradicción performativa fue criticada como insuficiente en la referencia a Habermas. Como punto débil de Alexy viene en consideración el hecho de que, bajo presupuestos cambiantes de su postulado, resulta a todas luces imposibles utilizar este argumento en forma esperanzadora. Habermas tiene derecho a establecer que la autocontradicción performativa tiene que ser algo más que una mera autocontradicción semántica. Ésta última se lleva a cabo en convenciones lingüísticas que son cambiantes. Aquél que dice: “yo

³⁹³ Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., p. 135.

³⁹⁴ *Idem.*

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 136.

³⁹⁶ *Idem.*

sostengo que llueve, y afirmo que esto es falso”, puede objetar en contra del reproche de haber caído en una autocontradicción, que utiliza la expresión afirmar en otro sentido, en el que no se encuentra implícita la pretensión de verdad. A efecto de cerrar este camino viene en consideración el argumento de la autocontradicción performativa, cuya esencia consiste en que el acto del lenguaje de la afirmación se realiza conforme a un conocimiento previo intuitivo que no se encuentra a disposición del orador. Quien en una exteriorización de un acto del lenguaje viola este saber intuitivo de la regla y de esta forma incurre en una autocontradicción performativa, no podría superar esta contradicción mediante el simple cambio de la regla de significado. Según Habermas, esta posibilidad no le queda abierta, pues debido a que el objetivo del lenguaje es el entendimiento y a que cada acto del lenguaje de manera necesaria tiende a la realización de dicho objetivo, el lenguaje queda vinculado por las reglas del entendimiento. Debido a que cada sujeto capaz de hablar y de actuar ha reconocido como tal el objetivo del entendimiento, las reglas del entendimiento no se encuentran a disposición.

Alexy abandona la tesis, según la cual el objetivo del lenguaje es el entendimiento, cuando refuta el postulado de Habermas que sostiene que, un ser humano que consecuentemente se niegue a entablar relaciones de entendimiento terminara en un callejón sin salida existencial. Con esto, Alexy abandona también los presupuestos bajo los que Habermas puede sostener la indisponibilidad del conocimiento previo intuitivo relativo a las reglas del entendimiento. Esta indisponibilidad fue el fundamento de la autocontradicción performativa. Con esto, se superan las barreras que debían evitar el camino de la modificación unilateral de lo que nosotros queremos entender bajo el concepto de “entendimiento”. Una autocontradicción performativa puede ser reprochada al orador en la medida en que haga suyo el concepto de Alexy del entendimiento auténtico. Sin la resistencia insuperable que ofrece el objetivo del lenguaje nadie queda impedido para formar un concepto de afirmación que contenga los componentes de

significado pragmáticamente incorporados de universalidad y de autonomía.

Con esto, fracasa el intento de Alexy de demostrar un significado esencial del concepto afirmación por medio de la autocontradicción performativa. Alexy no alcanza el significado de lo que realmente quiere decir afirmación, fuera de un mero establecimiento convencional.

El abandono de la premisa consistente en que el objetivo del lenguaje es el entendimiento, conduce a una laguna en el proceso argumentativo de Alexy. Aún cuando tiene que ser aceptado que existe un significado esencial de la afirmación y que no puede ser definido a placer, con esto, no se ha demostrado que las reglas pragmáticas son constitutivas de este significado esencial. Alexy presupone que sólo bajo la inclusión de un nivel pragmático puede ser aclarada la expresión afirmación. Más claramente sale a la luz la dimensión pragmática cuando se aduce como regla constitutiva para el acto del lenguaje del orador, el que se hace valer con afirmaciones de pretensiones obligatorias a derechos iguales, ausencia de violencia y universalidad;³⁹⁷ sin embargo, la cuestión no es ¿debido a qué causa la argumentación no puede ser entendida como el resultado de juicios que sean o no verdaderos?, sino que más bien, la misma tiene que ser comprendida como una serie de conductas lingüísticas entre participantes en la comunicación. Habermas con base en su premisa, según la cual el objetivo del lenguaje es el entendimiento, pudo por lo menos, hacer plausible debido a qué causa el nivel pragmático debe ser considerado. Si es cierto que el objetivo del entendimiento se encuentra unido de manera necesaria con cada acto del lenguaje, entonces resulta propio de las condiciones del entendimiento de una expresión la medida en que la misma contribuye al entendimiento universal. Habermas resume esta situación en su afirmación: “sólo entendemos una manifestación si sabemos lo que la hace aceptable”.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 138.

La aceptabilidad de una expresión depende de los fundamentos con base en los cuales pueden ser intercambiadas las diferentes pretensiones de validez. Por su parte, los fundamentos sólo pueden ser entendidos desde la perspectiva de los participantes, y no desde la perspectiva del observador. Pues sólo desde la perspectiva de los participantes viene en consideración el objetivo del entendimiento con todos los restantes participantes de la comunicación. Sólo como participante, se plantea el argumentador en una relación de vida concreta, la tarea de coordinar su lenguaje y sus conductas con las de los otros y regularlas con base en relaciones del entendimiento. Sólo desde la perspectiva de los participantes, que se adopta como consecuencia del cambio pragmático, se entiende suficientemente que el objetivo del lenguaje es el entendimiento. Precisamente debido a que, según Habermas, el entendimiento es una tarea ineludible para los hombres ya que, sin embargo, la misma sólo puede ser formulada y resuelta de manera suficiente mediante la inclusión del nivel pragmático, este nivel resulta irrenunciable. Tal y como se ha expuesto, Alexy abandona estas premisas de Habermas. Alexy no proporciona una fundamentación de que para la determinación del significado esencial del concepto de afirmación resultan necesarias reglas pragmáticas, Alexy.

C. La necesidad de las reglas del discurso

Aun cuando dejáramos intocadas las premisas de Alexy, éste no podría inferir a partir de ellas la conclusión de que las reglas del discurso tienen validez universal, por lo menos para aquellos que tengan un interés en la corrección. Pues las reglas del discurso específicas tiene la forma de “a cada quien le está permitiendo...”. Con base en el postulado que él sostiene como necesario, bien podría formular la regla: “quien ocasionalmente busca llegar a un entendimiento con otros hombres tiene que expresar afirmaciones y proporcionar fundamentaciones”. De ninguna forma se podría sostener que, del hecho que en este intento limitado de

entendimiento, cada quien debe participar en procesos discursivos y que a cada cual le está garantizado el respeto a las reglas del discurso.

3. La maximización de utilidades y la tesis de los intereses empíricos en la corrección

La segunda parte del argumento sólo debería demostrar que las reglas del discurso también pueden ser justificadas frente a aquél que no tiene interés en la corrección, y sobre todo, que se trata de la maximización de sus utilidades. Al respecto, se puede decir que Alexy confirma la aseveración empírica según la cual siempre existe un número de personas que tienen un interés en la corrección y que en consecuencia, se esmeran en las justificaciones argumentativas. Si las reglas de la justificación argumentativa se violan de manera permanente, entonces se provocaría, de una u otra forma, oposición por parte de este grupo de personas. A partir de esta afirmación empírica se infiere la tesis según la cual, que también para aquel quien piensa sólo en categorías de maximización de utilidades, resulta ventajoso a largo plazo aceptar las reglas del discurso, por lo menos de manera externa.³⁹⁸

Alexy ilustra el curso de su pensamiento mediante el ejemplo de una élite política, que por una parte, desea conservar el poder, y por otra, quiere explotar a sus subordinados, y por lo mismo los reprime.³⁹⁹ Es cierto que ambos objetivos pueden coincidir, de tal manera que aquel que tiene un interés en el control político estable, se esfuerza por tener un mínimo de legitimación política; sin embargo, resta responder la pregunta: ¿cómo se fundamentan las reglas del discurso frente a fanáticos religiosos que actúan según la máxima: “Los miembros de esta o aquella religión deben ser destruidos, cueste lo que cueste”? Para un fanático, el beneficio individual no es un criterio sobre la racionalidad de su conducta,

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 144.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 142.

lo que lo lleva incluso, a sacrificar su propia vida para lograra sus objetivos. Frente a aquel al que no le importa su propio beneficio, no podrían ser fundamentadas las reglas del discurso con el argumento consistente en que para él sería ventajoso a largo plazo, por lo menos, sólo cumplir las reglas del discurso externamente.

De acuerdo con lo anterior, parecería acertado para el logro del objetivo del mantenimiento del poder buscar la legitimación por medio de las reglas del discurso; sin embargo, cabría preguntarnos si esto también vale cuando existe un interés del grupo en el poder de explotar a los ciudadanos y precisamente se pretende poder maximizar dicha explotación. Los miembros del grupo en el poder se podrían decir a sí mismos que, no pueden justificar su poder en la violencia por un largo tiempo, pero que en el momento que les sea llegado el momento de perder el poder, se habrán enriquecido en tal grado que podrán vivir en el exilio con todas las comodidades para el resto de sus vidas. Para este grupo tampoco vale que para ellos resulta ventajoso, observar las reglas del discurso y renunciar a la violencia. La dificultad que este ejemplo pone de relieve es la siguiente: no obstante que se acepte, que en el largo plazo resulta ventajoso renunciar a la violencia, existen situaciones en las que para las conductas orientadas por la utilidad no resulta racional planear a largo plazo. La fundamentación de Alexy de las reglas del discurso, frente a aquellos que carecen de interés por la corrección, padece del error consistente en que él toma estos grupos de manera homogénea y les atribuye intereses que no deberían tener, tal como en el caso en que un grupo político debería tener intereses a largo plazo de un poder estable.

Aún cuando Alexy sostenga que las personas actuantes tienen un interés en el poder estable, la consecuencia de esto es que no resulta obligatorio que para el mantenimiento de sus beneficios a largo plazo tengan que observar las reglas del discurso. Pues quien tiene un interés en un poder individual absoluto, no tolerará las limitaciones a su poder que la observación de las reglas del discurso le imponen; el preferirá la posibilidad a largo plazo de

un ejercicio inestable del poder absoluto frente a un poder seguro, pero limitado y a corto plazo.

Otra debilidad del argumento se presenta debido a que cualquier tesis sobre la corrección moral puede ser defendida con dicho argumento. De esta forma, un hombre religioso para el que es una obligación moral todo lo que coincida con la voluntad divina argumentará que, existen muchos hombres que no respetan la voluntad de Dios y desobedecen sus mandamientos. Pensará que, sin embargo, existen otros hombres que actúan correctamente al reconocer validez a los mandamientos que se derivan de la voluntad divina. Estos hombres se opondrán a aquellos que actúan en contra de la voluntad divina. Con esta oposición deberán de contar en su cálculo de costos y utilidades, aquellas personas que no tengan interés alguno en la corrección. Por eso sería digna de respeto la voluntad divina, por lo menos de manera externa, para este grupo de personas. Esta argumentación puede ser hecha valer, de manera evidente, para cualquier posición moral.

Otra debilidad en la teoría de Alexy, consiste en que de manera encubierta tiene que fundamentar, que también en el futuro un número considerable de personas tendrán interés en la corrección. Si uno confirma la comprobación empírica relativa a que, siempre ha habido un número importante de hombres que han tenido este interés en la corrección, esto no significa que así deberá ser en el futuro. Para poder concluir que la misma constante se mantendrá en el futuro, Alexy tuvo que evitar proporcionar una fundamentación de dicha circunstancia. Mientras el que no tiene un interés en la corrección, de manera razonable no tenga que creer que también en el futuro habrá una multitud de hombres con el mismo interés, no tendrá que incorporar su influencia en su cálculo de costos y utilidades.

Alexy tampoco puede fundamentar su teoría en el campo de la maximización de utilidades. Esto debido a que lo que causa la maximización de utilidades debería decidirse por el cumplimiento de las reglas del discurso en aquellos casos, en que muy probablemente, una violación a las reglas del discurso permanecería

sin que nadie lo notara. Pues en este caso, dentro del cálculo de costo utilidades no se debería contar con una sanción.

Además, se debe hacer notar que la versión propuesta por Alexy de una fundamentación trascendental-pragmática no resulta adecuada para evitar el trilema de Münchhausen. Este trilema se presenta tan pronto como alguien se pregunta por la fundamentación de las reglas específicas del discurso normativo. Debido a que una fundamentación de expresiones normativas queda excluida mediante una variedad de expresiones no normativas, pareciera necesaria la mención de normas de base más profunda, las que en todo caso requerirían nuevamente una fundamentación. Esto trae consigo el peligro de un regreso al infinito. El intento de Habermas de superar la refutación del trilema con el argumento consistente en que el objetivo del lenguaje es el entendimiento, parece prometedor, por lo menos desde este punto de vista. Pues cuando el entendimiento puede ser eliminado como una praxis inevitable de la existencia humana, entonces ya no habría para ella ninguna alternativa. De esta forma, resultaría irrelevante la duda que viene unida a la exigencia de la fundamentación de las reglas del discurso. La realización de la existencia humana misma hace que ésta carezca de objeto, y la refuta cuando el dudoso tiene que hacer valer lo que él mismo duda. Esta estrategia de fundamentación fracasa, no obstante, en la prueba de la falta de alternativa de las conductas orientadas por el entendimiento y el habla. Habermas solamente puede afirmar que, en el marco de un concepto de la razón comunicativa, la única alternativa razonable es actuar y hablar orientados por el entendimiento.

A la fundamentación trascendental pragmática debilitada de Alexy no le queda abierto el camino a la demostración de la falta de alternativa de las reglas del discurso, en el sentido de una praxis humana inevitable. Las conductas y el lenguaje orientados por el entendimiento, carecen de alternativa si se considera que todos los seres humanos alguna vez en su vida se tienen que entender con alguien. Esto plantea la pregunta sobre cuándo nosotros debemos actuar frente a alguien orientados por el lenguaje.

Una justificación para el cumplimiento de las reglas del discurso de validez universal no puede ser considerada dentro de esto. Mucho menos resulta adecuado el recurso a la maximización de utilidades para oponer la fundamentación de las reglas del discurso al trilema de Münchhausen. Sólo cuando alguien pretenda maximizar sus beneficios tendría que observar las reglas del discurso, y esto siempre y cuando dicha observancia resulte un medio adecuado para la maximización de utilidades. Tanto para el caso de un interés en la corrección producida procesalmente, como en el de un interés en la maximización de utilidades, la validez de las reglas del discurso descansa en una decisión contingente. Para aquel que no tiene ni un interés en una corrección procesal, ni en la maximización de sus utilidades, no queda evidenciada en forma alguna la obligatoriedad de las reglas del discurso.

4. Interferencias con el principio de autonomía

Este segundo paso de la fundamentación de Alexy conduce a su teoría de la tensión inmanente, pues la prueba de la validez se encuentra limitada a la dimensión de la validez objetiva de las reglas del discurso, misma que se relaciona solamente con las conductas externas de los destinatarios. Una fundamentación con base en lo que el destinatario debe hacer desde el punto de vista moral, se descarta desde un principio. Esto debido a que para Alexy la validez subjetiva aparece como imposible. Con esto, Alexy renuncia a la fundamentación de la dimensión moral de las reglas del discurso, a las que ya no podrá fundamentar como moralmente obligatorias. Se fundamenta una cuasi moral, la que sólo obliga a sus destinatarios para observar externamente las reglas morales.

El fundamento de validez no será ya la autonomía del individuo, sino el buen entendimiento de los intereses propios, los que le aconsejarán evitar las consecuencias que se pudieran producir con motivo del no cumplimiento de dichas reglas; sin embargo, precisamente en el hecho que el destinatario de las reglas del dis-

curso toma a éstas como ley de su conducta por razones estrictamente internas, se manifiesta su autonomía.

El recurso al interés propio no corresponde a la posición de la autonomía que este concepto adquiere en la teoría de la autonomía. Pues la fundamentación de la validez objetiva de las reglas del discurso descansa en el potencial de amenaza del que debe disponer el teórico del discurso para poder amenazar con una consecuencia suficientemente importante, para el caso de que no se observen las reglas del discurso. En su lugar, la fundamentación teórica de las reglas del discurso tendría que mostrar que sólo mediante su desarrollo, la autonomía del destinatario de las reglas del discurso puede llegar a que, dicho destinatario, considere a todos los otros participantes del discurso como libres e iguales. En cambio, Alexy sigue una estrategia doble, de tal forma que la autonomía se fundamenta frente a quien tiene un interés en la corrección en el sentido de la teoría del discurso y que, en consecuencia, reconoce a todos los otros como libres e iguales.

Frente a quienes no se tiene el interés en esta corrección discursiva, sino más bien se pretende defender intereses religiosos o metafísicos que no reconocen las ideas de autonomía, igualdad o universalidad, la regla se hace valer con una amenaza de sufrir un daño, para el caso en que el que no actúe, por lo menos exteriormente, según lo exige la regla correspondiente. Esto constituye una violación en contra del principio de autonomía que representa Alexy, según el cual se debe respetar el derecho de los participantes del discurso para enjuiciar libremente lo que se sostiene como verdadero o falso. Esta doble estrategia conduce a un concepto de fundamentación doble. Por una parte, se le suministra a aquel frente al que se tiene un interés en la corrección, una fundamentación de las normas con base en una razón práctica entendida discursivamente. Por la otra, frente a aquel que no tiene un interés en la corrección, en el sentido de Alexy, sólo se debería fundamentar debido a qué causa sería aconsejable para él mismo, por lo menos, actuar de tal manera, como si él tuviera

estos intereses. Con esto no se fundamenta la corrección de la norma, sino sólo que para él sería ventajoso, en razón de las sanciones previstas, observar la norma.

5. Interferencias con la capacidad de juicio de los participantes en el discurso

Si dejáramos de lado los reproches expresados en el punto inmediato anterior, todavía queda por demostrar si la fundamentación propuesta por Alexy resulta incompleta. Esto depende del hecho consistente en que, Alexy hace énfasis en la capacidad de juicio de los participantes particulares en el discurso como una premisa esencial para la teoría del discurso.⁴⁰⁰

Para poder reconocer las deficiencias que se derivan de la argumentación, debemos tener muy claras las diferencias que existen entre Alexy y Habermas, y de donde se deriva la introducción de esta premisa. La capacidad de juicio que Alexy les atribuye a los participantes en el discurso coloca a estos en la situación de poder diferenciar, sin comunicación con otros, razones buenas de razones malas con las que fundamentan afirmaciones sustanciales.⁴⁰¹ Consecuentemente, Alexy confirma también la posibilidad de una prueba monológica de las normas.⁴⁰² En cambio, Habermas descarta, desde un principio, la posibilidad de un examen monológico. Para éste, una persona aislada por sí misma, no podría reconocer la verdad de una afirmación o la corrección de una norma. Además, el sentido de la verdad y corrección no se pueden expresar, sin referencia alguna, a una comunidad de comunicación ideal. La diferencia entre la corrección y la incorrección, entre verdad y falsedad, se adquiere bajo la consideración de la dimensión pragmática de la comunicación, tal y como esto sucede en el marco de la teoría del consenso de la verdad y de la

⁴⁰⁰ Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., p. 120.

⁴⁰¹ *Idem.*

⁴⁰² Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., pp. 104 y 116.

corrección. Es precisamente por esto, que Habermas pudo fundamentar la pragmática como pragmática universal.

Debido a que la comunicación orientada por el entendimiento resulta constitutiva para la verdad y para la corrección, las reglas pragmáticas de comunicación discursiva son, condiciones de validez universal de la posibilidad de la verdad y de la corrección. Esta tesis resulta ciertamente cuestionable, pues no resulta claro, sobre todo, con base en qué criterio se tienen que orientar los participantes particulares del discurso para confirmar una expresión o norma. Alexy pretende eliminar esta situación al introducir el presupuesto de la capacidad de juicio. Si uno considera, no obstante, las propuestas realizadas por Habermas, entonces quedará claro que Alexy con la introducción de esta premisa hace vibrar los fundamentos de la teoría del discurso. Esto en razón de que, si puede ser comprobada la corrección de una norma por cada uno de los participantes en el discurso, en principio, también mediante un pensamiento monológico, esto significa que el discurso pierde su posición trascendental. El discurso pretende mantenerse en una instancia de certeza, aunque haya corrección y verdad independientemente de los discursos. Con esto, se separa la dimensión de validez de la comunidad de comunicación ideal. No obstante con este cambio de situación, Alexy permanece en el nivel pragmático cuando por ejemplo, ve a la siguiente regla como constitutiva para el acto del lenguaje de la afirmación: *“las pretensiones de derechos iguales, ausencia de violencia y universalidad se hacen valer mediante fundamentos”*.⁴⁰³ Estas pretensiones adquieren sentido sólo en el nivel pragmático de las relaciones recíprocas de los participantes en el discurso. Por esto es, también para Alexy inevitable recurrir a la dimensión pragmática. La empresa de fundamentar obligatoriedades con validez universal y categórica de una determinada concepción del lenguaje, sólo ofrece posibilidades de éxito si en el concepto de lenguaje queda comprendido como aspecto necesario la di-

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 138.

mención del lenguaje universal del uno con el otro. Sólo de esta forma podremos esperar que puedan ser inferidas del lenguaje normas morales obligatorias.

Con la nueva situación que se produce a raíz de la introducción de la capacidad de juicio, se plantea la pregunta: ¿cómo puede justificar Alexy la tesis según la cual, para el desarrollo del concepto de corrección discursiva se tiene que recurrir al nivel pragmático? Habermas había exigido la prolongación de la teoría del significado y de la verdad hacia la dimensión pragmática con base en su concepción según la cual, sólo puede ser comprendido el sentido de validez de los actos del lenguaje bajo la consideración de una comunidad de comunicación ideal. La validez significa siempre en Habermas, la comprobación de la validez de una norma frente a alguien. Las pretensiones de validez universal, tales como la verdad y la corrección, exigen la referencia a una comunidad de comunicación ideal. Con esto, Alexy tiene ante sí la tarea de aclarar, debido a qué causa tiene que ser elegido un nivel pragmático para la investigación de la validez de expresiones y normas. Alexy presupone este nivel pragmático como evidente, lo que constituye una laguna en su argumentación. Que la interpretación pragmática, por ejemplo, de juicios afirmativos, no es obligatoria, lo muestra la semántica formal de Tugendhat.⁴⁰⁴

En contra de la tesis de una semántica formal, Habermas pudo hacer valer el argumento según el que, la pragmática tiene que ser considerada en la teoría de la verdad y de la significación, para lo que recurrió a su tesis según la cual, la dimensión pragmática contiene las condiciones de validez fundamentales. Este recurso ya no resulta posible en Alexy, pues su significación pragmática de las reglas constitutivas para sus afirmaciones se erige sobre el supuesto orientado por el resultado, según el cual sólo a partir de un concepto pragmático del lenguaje se pueden inferir afirmaciones moralmente relevantes. Quien no comparta la posición de

⁴⁰⁴ Tugendhat, Ernst, *Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, capítulo B.II.3.

Alexy, ya no tendrá razón para aceptar la interpretación pragmática de las reglas del discurso.

6. *Resumen*

La propuesta de Alexy para fundamentar las reglas del discurso fracasa. El reproche del razonamiento circular no pudo ser eliminado mediante la variante que introdujo Alexy en la fundamentación. La significación moral de las reglas especiales del discurso presupone lo que habría tenido que ser fundamentado, en primer lugar, mediante la fundamentación de las reglas del discurso, en concreto, la validez universal de los correspondientes contenidos morales.⁴⁰⁵

IV. EL CONCEPTO DE CORRECCIÓN EN ROBERT ALEXY

La premisa adicional introducida consistente en la capacidad de juicio de los participantes en el discurso se traduce en un nuevo concepto de la corrección discursiva, el que resulta diferente al que sostiene Habermas.

Alexy introduce el concepto de capacidad de juicio para poder aclarar, debido a qué causa el mismo se ha ganado el derecho de poder ser calificado como el resultado de un procedimiento discursivo. Dicho concepto es el vínculo entre las simples reglas del discurso formales y procesales, por una parte, y la corrección material de las reglas del discurso, por la otra. Debido a que, según Alexy, se nos permite presuponer esta capacidad de juicio, bien puede ser sostenida la corrección del resultado discursivo. El criterio de corrección decisivo no es, por lo mismo, alcanzar un consenso, sino más bien, la realización del discurso.

⁴⁰⁵ Thienel, Rudolf, *Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz. Zugleich eine Kritik an Hans Alberts Konzept einer sozialtechnologischen Jurisprudenz*, Wien, 1991, p. 154, y Braun, Carl, "Diskurstheoretische Normenbegründung in der Rechtswissenschaft", *Rechtstheorie* 19, 1988, p. 257.

1. *La corrección como corrección consensual*

En este punto, Alexy se deslinda de Habermas cuya teoría del consenso aproxima a la verdad y a la corrección con el concepto de consenso. El objetivo de Habermas es la prueba de que las normas morales son fundamentables. Para este propósito Habermas se avoca a la tarea de comprobar la posición fundamental de igualdad de pretensiones de verdad y de pretensiones de corrección. La igualación entre ambas pretensiones de validez sucede en el marco de una teoría consensual cimentada en una forma universal pragmática. Según esto, la verdad y la corrección son pretensiones de validez que de manera necesaria vienen unidas a cada acto del lenguaje, y que en los discursos que siguen reglas del discurso determinadas, dichas pretensiones se intercambian mediante fundamentos.

Consenso en el sentido de un consentimiento potencial de todos, es entonces un criterio para la corrección de normas y sobre la verdad de las expresiones.⁴⁰⁶ Los conceptos de corrección y de verdad sólo pueden ser comprendidos en su real significación, cuando los mismos se perciban en relación con un consenso ideal. La teoría consensual es la consecuente continuación de la teoría de la significación universal pragmática, según la cual sólo podemos entender un acto del lenguaje si sabemos lo que lo hace aceptable.

⁴⁰⁶ Habermas sostiene que entiende la teoría del discurso de la verdad de tal forma que no se deba caracterizar el consenso alcanzado como criterio de verdad; más bien debe explicar, con base en el intercambio discursivo de pretensiones de validez, el sentido de aquel momento de incondicionalidad que relacionamos intuitivamente con el concepto de verdad. Debido a que, según Habermas, no resulta posible la separación estricta entre la significación del concepto de verdad y la explicación de su relevancia criteriológica, el consenso conserva en el marco de una situación ideal del lenguaje, su función como criterio de verdad y de corrección. Habermas, Jürgen, *Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walter Schilz*, Pfullingen, 1973, p. 239; Habermas, Jürgen, *Entgegnung*, p. 352, y Habermas, Jürgen, *Die neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt am Main, p. 228.

Debido a que las pretensiones de validez son universales, nosotros sólo entendemos la significación de una expresión, si sabemos lo que la hace aceptable, esto es, si sabemos si en el marco de un discurso ideal podemos alcanzar entendimiento con todos los otros. Habermas complementa su teoría del consenso con la teoría del sometimiento necesario de la situación del lenguaje. Esto a efecto de evitar que, con respecto a la respuesta de la pregunta sobre si un consenso fáctico efectivamente cumple las condiciones del discurso, se caiga en un regreso al infinito. La única posibilidad para poder superar las debilidades de estas teorías puede ser la de no unir de manera inmediata el concepto de corrección con el concepto de consenso.

2. La corrección como corrección procesal

Alexy se deslinda de Habermas cuando pone fin a la conexión entre los conceptos de consenso y conceptos de corrección. Ni se aclara el significado de corrección mediante el concepto de consenso, ni un consenso puede servir como un criterio seguro de verdad. Con esto, resulta inapropiado atribuir a la teoría del discurso que, ella vea al consenso como fundamento de corrección o de verdad. No es el consenso, sino la realización de procedimientos con base en las reglas del discurso, el verdadero criterio de corrección de la teoría del discurso.⁴⁰⁷ En consecuencia, Alexy califica a toda concepción que resulte de un procedimiento discursivo como correcta, esto es, como correcta con relación al procedimiento. Por eso, en el campo de las posibilidades discursivas, pueden ser mencionados como correctos también los resultados discursivos contradictorios entre sí, sin que esto signifique una contradicción lógica. Aquí radica el peligro de que se introduzca la irrelevancia personal de los conceptos de verdad y de corrección. Al respecto, cabe preguntarse si el postulado de Alexy puede ser tomado como una teoría de la corrección o, si

⁴⁰⁷ Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., p. 119.

sólo constituye una teoría del sostener algo como correcto. En realidad, la teoría procesal del discurso es una teoría de la corrección, pues el conocimiento práctico es algo más que una simple facultad para sostener algo como correcto. El conocimiento práctico hace valer una pretensión de validez objetiva.⁴⁰⁸

Dentro del concepto de conocimiento práctico se pueden diferenciar tres aspectos relevantes. En primer lugar, (a) el conocimiento práctico existe cuando una persona alcanza la convicción de que la norma N es correcta. En segundo lugar, (b) si N es correcta. Finalmente, (c) si existe una justificación de que N es correcta.⁴⁰⁹ El elemento (b) es tomado en cuenta por Alexy cuando formula la corrección práctica como criterio libre de definición de la siguiente manera: “*el enunciado X es debido*”, resulta correcto si X es debido.⁴¹⁰ La peculiaridad del postulado discursivo teórico consiste en preferir una definición procesal del concepto de corrección,⁴¹¹ mediante la cual se colocan en una relación estrecha los elementos de la corrección (b) y de la fundamentación discursiva (c). Una norma N es correcta si puede ser el resultado de un procedimiento de fundamentación discursiva.⁴¹²

Con lo anterior, Alexy quiere expresar que, solamente se puede hablar de corrección en relación con la fundamentabilidad, y que la fundamentabilidad sólo puede ser comprobada en el marco de un procedimiento determinado. Los conceptos de corrección, procedimiento y fundamentación sólo pueden ser explicados en su significación en una relación mutua del uno

⁴⁰⁸ Si bien es cierto que Alexy sostiene que el examen discursivo no conduce a un conocimiento seguro, no obstante, va más allá de la simple opinión, y de sostener algo por cierto. *Ibidem*, p. 126.

⁴⁰⁹ Estos tres aspectos se orientan por el concepto de conocimiento clásico, pero el concepto de conocimiento práctico de Alexy no corresponde en todas sus particularidades a aquel concepto. Kutschera, Franz, *Grundfragen der Erkenntnistheorie*, Berlin-New York, 1981, p. 16.

⁴¹⁰ Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., p. 118.

⁴¹¹ *Idem*.

⁴¹² *Ibidem*, p. 110.

con el otro. Por esto es que solamente puede ser explicada la corrección de una afirmación normativa, o de una norma, con base en su fundamentabilidad.

La posibilidad de diferenciar entre argumentos válidos y argumentos no válidos, no significa la capacidad de verdad de las expresiones normativas, sino más bien, la capacidad de verdad de estas expresiones presupone la posibilidad de dicha distinción.⁴¹³ De esta forma, el concepto de corrección está unido de manera inseparable con el de fundamentación procesal. Por eso, para Alexy resulta inevitable la referencia a este procedimiento, debido a que en cada caso en que se encuentren involucradas cuestiones prácticas en las que se trate esencialmente de interpretaciones y conciliación de intereses no existe razón alguna que por sí misma resulte buena o mala.⁴¹⁴ La exigencia de que una norma N puede ser el resultado de un procedimiento P, debe ser asegurada de tal manera que N pueda ser mostrada como el resultado de un procedimiento de fundamentación hipotético que los particulares se representen monológicamente.⁴¹⁵

A. Consecuencias relativistas del concepto de corrección

Se debe evitar toda combinación entre, por una parte, el juicio según el cual la norma N es correcta (a), y por la otra, aquel que sostiene la corrección de la norma N (b). El sostener algo por correcto y fundamentado no permitiría arribar a concluir que la norma es correcta. Si cada convicción apoyada en fundamentos fuera de la misma forma correcta, no se podrían diferenciar entre sí diversas versiones relativistas del concepto de corrección. Si a cada quien que haya llegado a sus convicciones de corrección en el curso de un discurso de justificación, le está

⁴¹³ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt Main, Suhrkamp, 1991, p. 113.

⁴¹⁴ Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., p. 120.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 104.

permitido estimar dicha convicción como correcta, entonces no se entiende debido a qué causa un participante en la argumentación debería abandonar su punto de vista por otro igualmente correcto. Al concepto de corrección le faltaría obligatoriedad.⁴¹⁶ Si el principio procesal mencionado se tuviera que entender de esta forma, entonces la teoría del discurso no podría valer más como teoría de la corrección. Existen dos argumentos que podrían evitar este resultado; por una parte, el concepto de la corrección absoluta que se diferencia del de la corrección relativa, y por el otro, el del concepto de la necesidad discursiva.

a. *El concepto de corrección absoluta*

La idea regulativa de la corrección absoluta supera el ámbito de la simple corrección relativa, y nos lleva a preguntarnos cuál de dos posiciones de corrección relativa debe ser considerada realmente como la correcta.⁴¹⁷ Parece sensato poner en relación el concepto de corrección relativa, con sostener algo por correcto;⁴¹⁸ así como, relacionar el concepto de corrección absoluta con la corrección en sentido estricto. La circunstancia en que distintas convicciones puedan ser sostenidas como correctas, no relativiza el concepto de corrección absoluta, ni tampoco el hecho sobre cómo puede surgir una contradicción lógica entre diversas concepciones de corrección, pues estas concepciones de diferentes personas se hacen propias. Por lo mismo, Alexy sostiene que los problemas de contradicción se han atenuado, debido a que el concepto de corrección relativa fue desplazado al ámbito del sostener algo por correcto.

Debido a lo anterior, parecería proscrito el peligro de la relatividad del concepto de corrección; sin embargo, ciertas dudas se

⁴¹⁶ Weinberger, Ota, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 51, 1993, p. 43.

⁴¹⁷ Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., p. 126.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 125.

derivan de la tesis según la cual, un discurso ideal práctico puede llevarnos a sostener como correctas dos normas contradictorias entre sí.⁴¹⁹ Con esto, parecería que bien puede haber dos normas que se contradigan entre sí y que ambas resultaran correctas en un sentido absoluto. Debido a que carece de sentido preguntarnos cuál de estas normas realmente es correcta, se perdería absolutamente la claridad del concepto de corrección. No obstante, aún habría diferentes grados de corrección con base en los cuales podríamos sostener una afirmación normativa como correcta; sin embargo, debido a que un tal resultado sería devastador para una teoría del conocimiento práctico, no nos estaría permitido aceptarla de manera apresurada.

Una salida colateral la ofrece la propuesta de disolver la coordinación que existe entre los conceptos de corrección absoluta y relativa, del discurso ideal. En lugar de esto, el discurso ideal conduce sólo a la corrección relativa, aunque siempre con un mayor grado de seguridad en el resultado si se le compara con un discurso real. Mientras la corrección relativa incluye un alto grado de inseguridad,⁴²⁰ un discurso ideal concluido consensualmente no garantiza, en forma alguna, una certeza definitiva, aunque sí en un alto grado la seguridad de que el discurso puede ser aceptado como un criterio de corrección.⁴²¹ Al respecto, resulta aplicable la afirmación de Alexy en el sentido de que, el discurso ideal es infinito sólo de manera potencial y no infinito actualmente, de tal manera que en la realización de un discurso ideal tengamos que contar con nuevos argumentos.⁴²²

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 121.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 126.

⁴²¹ Más correcto hubiera sido no caracterizar al acuerdo consensual del discurso ideal como un simple criterio, sino, en el mejor de los casos, como un indicio serio de corrección. La certeza que se obtiene mediante la fundamentación discursiva sólo permitiría una conclusión sobre la corrección objetiva, cuando se tratara de una certeza irrefutable e indudable. Una certeza de este tipo sólo se podría defender en el campo de los programas de fundamentación última, del que Alexy se distancia desde un principio. *Ibidem*, p. 117.

⁴²² *Ibidem*, p. 115.

Como una conclusión provisional de este intento de interpretación, se ha comprobado que el concepto de corrección absoluta como idea regulativa, es irrelevante para las personas y para el discurso, y desconoce consecuencias relativas. En discursos reales e ideales alcanzamos un grado mayor de seguridad sobre si una norma es correcta en sentido absoluto. Un consenso en un discurso potencial infinito incorpora un alto grado de seguridad, de tal manera que puede valer como un criterio de corrección provisional.

b. *Los conceptos de necesidad y de imposibilidad discursivas*

Otro punto importante para evitar la relativización del concepto de corrección absoluta, nos lo ofrecen los conceptos de necesidad y de imposibilidad discursivas. Este recurso, sin embargo, no sería muy prometedor debido a que también la necesidad discursiva de la relativización con relación al momento del discurso, de los participantes y de su ámbito, queda sujeto al cumplimiento de las reglas del discurso.⁴²³ La consecuencia sería que, lo que ha valido como discursivamente necesario, posiblemente resulte en el futuro sólo como discursivamente posible, pues el consenso al respecto se pudo haber fracturado. También las normas discursivas necesarias tendrían sólo el estatus de normas que se sostienen como correctas, las cuales se someterían a un cambio permanente.

Alexy distingue entre necesidad discursiva e imposibilidad, en un sentido estricto y en un sentido amplio.⁴²⁴ Sólo la necesidad discursiva en amplio sentido está excluida en la relativización mencionada. En el sentido estricto, son normas discursivamente necesarias que, independientemente de la realización de discurs-

⁴²³ *Ibidem*, p. 123.

⁴²⁴ Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., p. 146.

sos particulares, valen sólo con base en la teoría del discurso.⁴²⁵ Éstas resultan accesibles a una fundamentación inmediata, mientras una fundamentación mediata descansa en un proceso político realmente efectuado. A diferencia del concepto de corrección absoluta como idea regulativa, la corrección absoluta como una pretensión de validez intercambiable se entiende para las normas discursivas necesarias en sentido estricto.

El reconocimiento de la corrección absoluta de este tipo de normas no se encuentra unido con una certeza dudosa. En un caso elemental, se puede diferenciar con seguridad suficiente, lo que sería discursivamente necesario de un resultado imposible.⁴²⁶ El consenso pronosticable en un discurso ideal funge aquí como criterio de corrección. Resulta claro que la fundamentación de tales normas por Alexy, muy particularmente en el campo de los derechos humanos, no descansa en este pronóstico, sino más bien, en un argumento de dos niveles, en el que carecería de importancia un consenso hipotético que alcanzarían personas reales bajo condiciones ideales.⁴²⁷ Un criterio de corrección que para la definición de la corrección de una norma no resulte aplicable, resulta en efecto, una curiosidad a la que volveremos más adelante.

B. La separación estricta de ser correcto y de sostener algo por correcto

Como resultado final, cabe señalar que la corrección relativa que permite calificar como correctas diferentes normas que resultan contradictorias entre sí, se debe considerar dentro del campo del sostener algo por correcto, en tanto que la corrección absoluta como idea regulativa y la necesidad discursiva en sentido estricto, representan para las personas el concepto irrelevante de corrección. Esta versión que se mantiene alejada de las con-

⁴²⁵ *Idem.*

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 157.

⁴²⁷ *Idem.*

secuencias relativistas del concepto de corrección, se basa, por una parte, en la separación estricta entre las convicciones fundamentadas de corrección y la corrección de las normas, por la otra.

3. *Crítica del concepto de corrección*

Del principio procesal según el cual una norma N es correcta, cuando la misma puede ser el resultado de un procedimiento P, surge un conflicto. Esta definición del concepto de corrección resulta insostenible de manera ilimitada en el campo de la versión propuesta. En contra de dicha definición del concepto, se pueden hacer valer varias objeciones. En primer lugar, Alexy hace valer para un tipo de normas, más concretamente para las reglas del discurso, un concepto de corrección que no resulta suficiente para la definición del concepto. En segundo lugar, no existe la equivalencia entre el juicio: “la norma N es correcta” y el juicio: “La norma N puede ser el resultado de un procedimiento P”. En tercer término, la circunstancia en que la norma N puede ser el resultado de un procedimiento P, no es ningún criterio manejable de corrección.

A. *Corrección procesal como criterio de corrección*

Para comenzar con la última objeción, se debe decir que Alexy está de acuerdo en que la inseguridad del uso de un criterio no implica su inutilidad o ineptitud.⁴²⁸ Lo decisivo es, sin embargo, que el pronóstico sobre la sustanciación de un discurso hipotético no resulta inseguro, sino más bien, que desde un principio se encuentra descartado, ya que no existe procedimiento alguno para pronosticar la conducta de personas reales bajo las condiciones no reales supuestas.⁴²⁹ Precisamente, porque con el discurso práctico se trata de interpretación y de conciliación de intereses, no

⁴²⁸ Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., p. 117.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 115.

existe posibilidad de prever quién con relación a que intereses y como los debe interpretar y valorar. Para poder prever la sustanciación de tal discurso, se tendrían que conocer de manera segura los fundamentos decisivos. No se podrían conocer éstos debido a que los mismos aún no han sido expresados en el momento de la previsión. Pero si aún así se pudieran conocer tales fundamentos, el discurso ya no sería condición alguna de corrección, sino sólo una instancia de corroboración que permitiría comprobar los fundamentos que hubieran sido comprobados como buenos anteriormente. Esta consecuencia no se podría eludir al sostener que, sólo con base en el discurso se podría diferenciar entre fundamentos buenos y malos.

B. El uso de un concepto de corrección no procesal

El primer reproche se fundamenta en que Alexy utiliza un concepto de corrección que no resulta compatible con el principio procesal. Las reglas del discurso así mismas se tienen que sostener como correctas, sin que previamente puedan ser examinadas por cuanto hace a su validez mediante un procedimiento de justificación. Su corrección se acepta independientemente de la realización de un procedimiento por medio del cual se fijen estas reglas que permitan un procedimiento de justificación adecuado. Debido a que estas reglas son constitutivas para lo que significa fundamentación en el sentido propio del término, su corrección tiene que ser más profunda que la que se logra mediante la ejecución del procedimiento de justificación.

Existen formulaciones de Alexy que parecen apoyar este resultado. Con relación al trato del problema sobre cómo pueden ser fundamentadas las reglas del discurso racional, Alexy explica que existen cuatro posibles modelos de fundamentación: el técnico, el empírico, el definitorio y el universal pragmático. En el discurso sobre las reglas del discurso⁴³⁰ no se puede proce-

⁴³⁰ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation...*, cit., p. 233.

der, sólo según las reglas fundamentadas. Debido a que, por una parte, no resulta posible llevar a cabo dicho discurso sólo con las reglas previamente fundamentadas, y por otra parte, resulta racional activar la discusión sobre las reglas del discurso, es razonable llevar a cabo este discurso con base en las reglas no fundamentadas.⁴³¹

Si resultara correcta la tesis, según la cual las normas sólo pueden ser calificadas como correctas, cuando ellas son el producto de un procedimiento de justificación, entonces no podrían ser calificadas como correctas las reglas del discurso no fundamentadas. Se podría objetar en contra de esta crítica, que existe una diferencia entre la corrección de las reglas del discurso y la corrección de normas morales y jurídicas, y que el principio procesal sólo se refiere a estas últimas; sin embargo, el mismo Alexy niega la posibilidad de esta solución debido a que las mismas reglas del discurso contienen de manera implícita las reglas fundamentales de tipo moral y jurídico. No debe negarse que la corrección que sirve de base a las reglas del discurso pueda ser tematizada y que puedan ser hechos valer fundamentos para la validez, los que legitiman la corrección posteriormente. Resulta decisivo para la cuestión sobre si el principio procesal explicita el concepto de corrección adecuada que, la corrección que se hace valer no tiene nada que agradecer a la realización del procedimiento de fundamentación.⁴³²

Alexy desarrolla un proceso para la fundamentación de los derechos discursivos necesarios, con lo que las partes de la fundamentación no recurren a la realización hipotética de un

⁴³¹ Arnio, Aulus *et al.*, "Grundlagen der juristischen Argumentation", en Krawietz, Werner y Alexy, Robert (comps.), *Matatheorie juristischer Argumentation*, Berlín, 1983, p. 50.

⁴³² Otfried Höffe reprocha a Habermas el hecho de que las reglas procesales semánticas-lógicas son presupuestos que en efecto se tematizan en el discurso, pero que, sin embargo, no pueden quedar más a disposición. Höffe, Otfried, *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*, Frankfurt am Main, 1990, p. 387.

procedimiento de justificación. Con esto, la corrección de las normas no depende de un procedimiento de fundamentación, y por lo mismo, se puede explicitar independientemente de dicho procedimiento. Esto se puede llevar a cabo con base en un esbozo del programa de fundamentación de este tipo de normas. Resulta suficiente utilizar como ejemplo el derecho fundamental más general del hombre, según el cual cada quien tiene el derecho de juzgar lo que está mandado y lo que resulta bueno, y para actuar en consecuencia.⁴³³

La fundamentación se desarrolla en dos pasos: en el primer nivel, se fundamentan las reglas del discurso, y en el segundo, se exponen estas reglas, cuya validez para el discurso ya fue demostrada, también como adecuadas para el campo de las conductas. Para los derechos discursivamente necesarios en sentido estricto se lleva a cabo una fundamentación inmediata, lo que significa que se demuestra que determinados derechos valen sólo con base en la teoría del discurso e independientemente de la realización factual de los discursos particulares.⁴³⁴ Alexy designa a estas premisas: argumento de autonomía, argumento de consenso y argumento democrático. De aquí se sigue que las normas que son necesarias en el sentido discursivo necesario, no llegan a ser tales debido a que sean el resultado de un proceso de justificación. Ellas pueden ser el resultado de un procedimiento, pero aún si no lo fueran, no pondrían en tela de juicio su corrección. El concepto de su corrección no se forma con base en su procedimiento de corrección, sino más bien, presupone tal procedimiento.

También, el recurso a la capacidad de juicio de los participantes particulares en el discurso pone en predicamento al concepto procesal de corrección. Alexy califica a la capacidad del juicio de los participantes particulares en el discurso, como un presupuesto de la teoría del discurso. Con base en la capacidad de juicio, los participantes en el discurso se encuentran en la posibilidad de

⁴³³ Alexy, Robert, "*Diskurstheorie und Menschenrechte*", p. 153.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 146.

diferenciar, en los juicios sustanciales, entre fundamentos buenos y fundamentos malos.⁴³⁵ El hecho de que tengan que ser introducidos estos presupuestos adicionales, hace claro que no resulta suficiente el recurso a un procedimiento de justificación para explicitar el concepto de corrección en su dimensión de validez objetiva. La sustanciación de un procedimiento de justificación no asegura que se impongan los mejores fundamentos para una norma. Si una norma N se apoya en fundamentos incorrectos, entonces N no resulta correcta, ni en el sentido absoluto, ni en el sentido relativo del término. Evidentemente, las reglas del discurso tampoco garantizan que la capacidad del juicio de los participantes en el discurso se traduzca en su despliegue, pues entonces Alexy no tendría que introducir presupuestos adicionales. Con la capacidad presupuesta para emitir juicios apropiados, viene en consideración una referencia al contenido que no era posible con el simple concepto de procedimiento. Esta referencia al contenido posibilita superar el ámbito del simple sostener algo por correcto; sin embargo, Alexy omite aclarar en qué consiste esta referencia al contenido. La misma, no puede ser explicada con base en la sustanciación de un procedimiento de fundamentación, pues la posibilidad de una adecuación incorrecta al contenido, no obstante la realización de un proceso, ha conducido a trastocar la capacidad de juicio de los participantes en el discurso.

Asimismo, la capacidad de juicio de los participantes en el discurso los coloca en la situación de comprobar, fuera e independientemente del discurso, si una norma es correcta. Con esto, el discurso ya no es más un presupuesto indispensable para corroborar la corrección. De esta forma, el discurso sólo será un medio eficiente para producir argumentos buenos; sin embargo, la corrección ya no dependerá de la realización del discurso, sino sobre todo de si los argumentos esgrimidos resultan adecuados. En contra de esta conclusión, Alexy establece que en las cuestiones prácticas no existe ningún fundamento que por sí mismo

⁴³⁵ Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., p. 120.

resulte bueno. Esto sería plausible en el único caso que se pueda mostrar que las operaciones, que según Alexy resultan necesarias para la prueba de la corrección, solamente sean posibles de manera discursiva. La simple afirmación de que dichas operaciones en el discurso resultan posibles de mejor manera, no resulta suficiente. La corroboración de intereses y su valoración no se encuentra ligada a un discurso, mucho menos que la operación de la universalización. En efecto se puede defender, que sólo los mismos afectados pueden evaluar si sus intereses fueron valorados adecuadamente y esto solamente puede ser evidenciado en un discurso en el que ellos participen. No obstante, Alexy cree en las normas necesarias en el sentido estricto, cuya corrección se comprueba independientemente de la realización de un procedimiento de fundamentación dentro del que se lleva a cabo una valoración imparcial de los intereses de los afectados. Si esto resulta posible para esta clase de normas, no se ve debido a qué causa no debería ser posible también para otro tipo de normas.

Además, se debe reflexionar sobre una teoría del conocimiento práctico que, a diferencia de una teoría del sostener algo por correcto, sólo puede afirmar el concepto de corrección por su referencia a un procedimiento de corrección, cuando ella representa un programa de fundamentación última. Pues sólo con base en el concepto de fundamentación última, con base en el cual se encuentre permitido establecer la corrección de normas a partir de ciertas concepciones de corrección, se puede concluir sobre la fundamentabilidad de la corrección. De esta forma, se supera el ámbito del simple sostener algo por correcto. Debido a que Alexy renuncia a la fundamentación última, aunque asimismo defienda una Teoría del Conocimiento Práctico, requiere de un concepto de corrección que no se obtenga mediante la realización de un programa de corrección. Cuando se formula el concepto de corrección haciéndolo depender de un procedimiento de fundamentación que no conduce a una certeza de última fundamentación, entonces este concepto de la corrección fundamentada discursivamente no trasciende a la dimensión del sostener algo por

correcto. De esta forma, Alexy se encuentra frente al dilema de colocar el concepto de corrección en relación con un procedimiento de corrección que conduzca a la certeza de última fundamentación, o bien, a plantear la equivalencia entre corrección y procedimiento de justificación.

C. No existe equivalencia entre corrección y procedimiento

El segundo reproche consiste en que la equivalencia que se expresa en el principio procesal: “la norma N es correcta cuando puede ser el resultado del procedimiento P”, resulta insostenible. Debido a que para Alexy el procedimiento P es un procedimiento discursivo que se dirige a la fundamentación de normas mediante fundamentos, se puede decir que la norma N resulta correcta cuando es fundamentable discursivamente. De acuerdo con esta tesis de equivalencia, la fundamentabilidad discursiva de la norma N es la condición necesaria y suficiente para la corrección de la norma, esto es:

- 1) Sólo cuando la norma N es discursivamente fundamentable es correcta.
- 2) Siempre que la norma N es discursivamente fundamentable es correcta.

Se contradice al juicio (1) cuando a una norma N se le califica como correcta, sin que se lleve a cabo un procedimiento de justificación discursivo para el efecto. Como se vio, Alexy justifica los derechos humanos fundamentales sin recurrir a un procedimiento de justificación discursivo. También para la corrección de las reglas del discurso vale el hecho de que tiene que ser tomada en cuenta, independientemente de la realización de un procedimiento P.

El juicio (2) se contradice cuando una norma N es el resultado de un procedimiento P. Alexy está obligado por razones lógicas, a reconocer la posibilidad de normas incorrectas que hayan pa-

sado por un procedimiento P. Esto debido a que, como Alexy lo establece, cuando normas contradictorias entre sí pudieron ser el resultado de igual forma del procedimiento P, esto significa, que ambas se fundamentan en fundamentos contradictorios. De entre estos fundamentos unos deberían ser adecuados y los otros inadecuados, de tal forma que con Alexy uno se podría preguntar: ¿cuál de las normas relativamente correctas es absolutamente correcta? Uno llegaría al mismo resultado si uno pensara en la dimensión temporal del procedimiento discursivo. Suponiendo que en el momento de tiempo t_1 , la norma N_1 , apoyada en el fundamento G_1 , resiste el proceso discursivo, entonces se podría decir que dicha norma es relativamente correcta. En el momento de tiempo t_2 se reconoce que, G_1 no resulta suficiente. La norma es discursivamente incorrecta. Debido a que el fundamento que anteriormente había sido considerado como suficiente, no es hasta el tiempo t_2 incorrecto, sino lo fue desde el tiempo t_1 , la norma fue desde un principio incorrecta, no obstante que, pudo haber soportado el correspondiente proceso discursivo.

Bien se podría limitar el fundamento procesal, estableciendo que el mismo explicita las condiciones autorizadas para sostener algo por correcto. Esto se podría expresar de la siguiente forma:

Una norma N se sostiene de manera autorizada por correcta, si puede ser el resultado de un procedimiento P. Esto significa:

- 1) Sólo cuando N puede ser el resultado de P, se puede sostener por correcta de manera autorizada.
- 2) Siempre que N puede ser el resultado de P, se sostendrá de manera autorizada por correcta.

Tampoco en esta versión del fundamento procesal, la corrección de la norma resulta sostenible de manera ilimitada. La realización del procedimiento P no es, según Alexy, condición suficiente alguna a efecto de que N de manera autorizada pueda ser sostenida por correcta, pues con la introducción de los presupuestos de la capacidad del juicio, Alexy muestra que la realiza-

ción del procedimiento P por sí mismo no resulta suficiente para descartar fundamentos inadecuados y con eso, sostener algo por correcto no autorizado. En el resultado final, sólo las siguientes formulaciones resultan compatibles con las explicaciones de Alexy: sólo cuando en un procedimiento P los participantes en el discurso en el uso de su capacidad de juicio investigan la norma N por cuanto hace a su corrección, la norma N se puede sostener de manera autorizada por correcta.

4. *Resumen*

El concepto de corrección de Alexy, a diferencia del de Habermas, no se orienta por el concepto de consenso, sino por la realización del procedimiento discursivo. Esto, debido a las debilidades de la teoría del consenso, de la verdad y de la corrección de Habermas, representa una ventaja. La necesidad del concepto de corrección en la realización del procedimiento discursivo conduce a que toda norma que resiste el procedimiento discursivo sea correcta. Debido a que Alexy afirma que, diferentes normas que resultan contradictorias entre sí bien pueden soportar un procedimiento discursivo, existe el peligro de que, dos normas que se contradicen entre sí puedan resultar de igual manera correctas. De esta forma, la posibilidad de un conocimiento práctico quedaría descartada, pues la corrección, en el sentido del conocimiento práctico, no se aviene con la relatividad del resultado del discurso. Alexy intenta enfrentar este peligro mediante la distinción entre corrección absoluta y relativa. De esta forma, se debe entender la corrección absoluta en el sentido de una idea regulativa que caracteriza el objeto del discurso práctico de cualquiera. Por el contrario, la corrección relativa se subordina al campo del sostener algo por correcto y no al campo del ser correcto al que se refiere con el concepto de corrección absoluta. Esta interpretación del concepto de corrección que se evita mediante la relativización del concepto de corrección, se basa en la separación estricta entre la convicción

de corrección asegurada mediante fundamentos y la corrección normativa. A partir de esta separación inevitable surge un conflicto con los principios procesales, según los cuales una norma resulta correcta si puede ser el resultado de un procedimiento. P. Alexy sostiene la corrección de las reglas del discurso en un sentido en el que no deben ponerse en consonancia con la definición de corrección. En segundo lugar, la equivalencia sostenida en la definición de corrección entre corrección y fundamentación procesal, ya no se puede mantener. En tercer lugar, la fundamentación procesal no resulta ningún criterio aplicable en los casos en los cuales se pueda hacer referencia en futuros procedimientos discursivos.

V. LA RACIONALIDAD DE LAS DECISIONES DE VALORACIÓN

Cuando cambiamos la atención de la fundamentabilidad de las reglas del discurso a su aplicación y nos ocupamos de la cuestión: ¿qué preferencias puede mostrar la ética del discurso en el tratamiento de problemas concretos morales y jurídicos?, advertimos otra ventaja de la teoría del discurso de Alexy. Mientras Habermas recomienda para la solución de problemas prácticos un intercambio universal de roles, e independientemente de una advertencia sobre la necesidad de la ponderación de intereses divergentes,⁴³⁶ no proporciona indicación alguna hacia donde se debe dirigir una ponderación de ese tipo; Alexy en cambio, desarrolla un procedimiento con diferentes pasos para las decisiones de ponderación. Este modelo de ponderación debe ayudar a hacer efectiva la pretensión de racionalidad que viene unida a la ponderación.

Alexy ha tratado la estructura de la decisión de ponderación en relación con las colisiones de derechos fundamentales de una forma muy detallada. La unión entre la argumentación jurídica y una argumentación práctica general —moral—, debe superar la pre-

⁴³⁶ Habermas, Jürgen, *Moralbewusstsein und...*, cit., p. 75.

tensión del conocimiento práctico. En consideración con el cuidado con el que Alexy intenta aclarar la racionalidad de la decisión de ponderación, se ofrece investigar, con base en el ejemplo de ponderaciones, si y en qué medida se encuentra justificada la pretensión de racionalidad de la teoría del discurso. Al respecto, no se debe desconocer que, la pretensión de racionalidad de Alexy es ciertamente débil en distintos aspectos. Esto debido a que Alexy renuncia a la pretensión por medio de la cual puede ser encontrada, mediante el uso de argumentos prácticos generales, una solución correcta en las decisiones de ponderación.⁴³⁷ Por lo mismo, el discurso práctico se caracteriza por una apertura en su resultado. Los resultados buscados no aparecen como infalibles.⁴³⁸

Alexy sólo pretende haber descubierto la estructura racional de las decisiones de ponderación, y con ello haber elevado la claridad de tales decisiones. Además, las reglas de argumentación como condiciones de fundamento, aseguran una decisión racional en donde no queda permitido omitir en las ponderaciones las ideas de autonomía e igualdad. Según Alexy, aquellos resultados que no han tomado en cuenta estos puntos de vista fundamentales, de ninguna manera se pueden fundamentar racionalmente. Determinados resultados de la ponderación pueden ser omitidos como discursivamente imposibles. Esto debido a que los principios jurídicos de igualdad jurídica y de libertad dependen de la argumentación que se realice en su favor.⁴³⁹ En esta pretensión de racionalidad moderada se encuentran fundamentadas las fortalezas y debilidades de esta posición. La fortaleza consiste en que Alexy no tiene que partir de un orden de valores predeterminado y en sí mismo existente, que se conciba con base en una facultad especial del conocimiento.⁴⁴⁰ Además, se ata el elemento decisorio con la decisión jurídica y moral, y no se refuta y se sustituye

⁴³⁷ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, p. 519.

⁴³⁸ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des...*, cit., pp. 224 y 358.

⁴³⁹ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, p. 380.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 136.

mediante conocimientos prácticos.⁴⁴¹ La apertura en el resultado pone en evidencia la circunstancia en que, a menudo, en los discursos jurídicos y morales se sostienen una serie de resultados diferentes.

No obstante, el modelo de racionalidad de Alexy no puede hacer frente al reproche, según el cual ahí donde se hace valer la pretensión de razón práctica, no puede ser demostrada la racionalidad de la ponderación en el marco de un procedimiento discursivo, sino más bien, su corrección, sin ser eliminada, tiene que ser minimizada. Para poder hacer frente a este reproche tienen que ser bosquejadas las piedras angulares del modelo de la ponderación.

1. *El modelo de la ponderación*

Las ponderaciones ayudan a resolver las colisiones entre derechos fundamentales. Alexy procede con gran cuidado para determinar la diferencia conceptual entre reglas y principios. Al respecto, establece que entre ambos tipos de normas existe no sólo una diferencia gradual, sino también cualitativa.⁴⁴² Todas las normas son reglas o principios.⁴⁴³ El criterio de diferenciación fundamental consiste en que los principios son mandamientos de optimización, realizables en diferentes grados.⁴⁴⁴ Para la realización de una máxima de optimización que proviene de principios que coliden y de reglas que se contradicen, junto a las fronteras limitadas factualmente, surgen fronteras jurídicas.⁴⁴⁵ Por el contrario, las reglas son normas que o bien, se cumplen, o bien, no se cumplen. Cuando con motivo del cumplimiento de una regla se cumplen asimismo los presupuestos de un principio, esto no

⁴⁴¹ *Ibidem*, pp. 143, 494 y 501.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 134.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 77.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 76.

⁴⁴⁵ *Idem*.

significa que, también se realiza la consecuencia del principio. Si por el contrario, se realizan los presupuestos del supuesto de una regla aplicable, entonces las consecuencias se deben producir de manera definitiva.

La diferencia cualitativa entre reglas y principios se puede apreciar en la diferente forma en que se resuelven las colisiones entre reglas y principios. Cuando dos reglas establecen de igual forma la misma hipótesis para resolver el mismo conflicto, pero la consecuencia jurídica que ambas prevén resulta contradictoria, debido a que por ejemplo, una sanciona lo que la otra simplemente permite, dicho conflicto sólo se puede resolver en la dimensión de la validez. Una de ambas reglas debe ser declarada como válida, mientras la otra deberá ser invalidada.⁴⁴⁶ En cambio, cuando dos principios entran en conflicto vale más bien la dimensión de su peso. Un principio que colide con otro no se descarta como inválido, o se declara como inaplicable, sino más bien, a uno de ellos se le asigna un peso mayor en consideración de las circunstancias concretas del caso. La cuestión decisiva consiste en si dicho peso de los principios es posible por causas racionales y cuál es la posición que corresponde al concepto del conocimiento práctico en la decisión de ponderación. Para dar respuesta a esta pregunta se deben llevar a cabo ciertos pasos necesarios para una ponderación.⁴⁴⁷

La solución de las colisiones entre principios consiste en el establecimiento de una relación de jerarquía condicionada⁴⁴⁸ entre los principios que coliden. Esta relación de jerarquía expresa a cuál de los principios en conflicto le corresponde un mayor peso en razón de las circunstancias relevantes del caso. Debido a que la construcción de la relación de jerarquía no debe proceder de una voluntad caprichosa, la ponderación de los principios tiene que ser justificable argumentativamente. La exigencia

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 77.

⁴⁴⁷ Alexy, Robert, *Theorie der..., cit.*, pp. 84, 139 y 150, y Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs..., cit.*, p. 29.

⁴⁴⁸ Alexy, Robert, *Theorie der..., cit.*, p. 81.

de la justificación racional no implica que el procedimiento de ponderación conduzca en cada caso, de manera necesaria, a un resultado preciso.⁴⁴⁹ No obstante que el resultado queda abierto y de la inseguridad que de esto se deriva, resulta justificado que el establecimiento de la relación de jerarquía deba ser visto como un resultado emanado del conocimiento práctico y no como el resultado de una decisión caprichosa.

En la construcción de una relación de jerarquía se pueden distinguir tres pasos básicos de la argumentación. En primer lugar, la indagación de los derechos fundamentales que coliden. En segundo término, la determinación de las condiciones de la jerarquía entre los principios. Finalmente, la ponderación de los principios, la que a su vez se subdivide en la determinación de las consecuencias de hecho; la comprobación del grado en que se ven perjudicados los principios y, finalmente, la proporcionalidad del grado de perjuicio —la ley del sopesamiento—.

Con relación a la indagación de los derechos humanos que coliden, en primer lugar, se deberían investigar los principios que tienen que ver con las máximas de optimización relevantes y que vienen en consideración en el caso concreto. La ponderación sólo resulta racional cuando se han considerado todos los principios que resultan aplicables al caso. Cuando esto ya ha sucedido, se debe comprobar si dichos principios entran en contradicción y de qué forma. En seguida, se procede a examinar si la Constitución misma concede jerarquía a alguno de los principios que entran en conflicto.

En la determinación de las condiciones de jerarquía, se tienen que conocer con cierta profundidad las circunstancias empíricas del caso particular. Esto sucede en los juicios sobre hechos que pueden ser verdaderos o falsos. El resultado de la ponderación sólo resulta fundamentable, si las circunstancias del caso han sido indagadas de manera adecuada. Esto debido a que la ponde-

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 143.

ración de principios se apoya en las circunstancias del caso que efectivamente han sido consideradas como relevantes.

En la ponderación de los principios, en primer lugar, se deberían determinar las consecuencias factuales que se producirían si alguno de los principios quedara sin consideración, o por lo menos, fuera considerado en un grado menos importante. No obstante que la ponderación no se agota en la valoración de las consecuencias, una ponderación sin la valoración de las consecuencias queda desde un principio descartado.

Partiendo de las consecuencias indagadas de uno de los principios en contradicción, se debe explicar con qué intensidad se perjudicarían los principios particulares. Alexy, siguiendo al Tribunal Constitucional de Alemania, distingue entre una ponderación general y una ponderación particular, de tal manera que se diferencia entre grados de perjuicio, por una parte, en un caso típico hipotético y, por la otra, en un caso concreto.

En el caso de la proporcionalidad del grado del perjuicio, se debe decir que al respecto no alcanzaría la ponderación de los principios en conflicto. También un perjuicio serio de alguno de los principios puede adquirir menos valor que un perjuicio leve de otro principio. Es precisamente por esto, que los grados de perjuicio comprobados tienen que ser puestos en una relación del uno con el otro. Para el efecto, Alexy precisa su ley de ponderación según la cual, entre más alto resulta el grado del no cumplimiento o perjuicio de un principio, más importante tendrá que ser el cumplimiento del otro.⁴⁵⁰ La ley de ponderación carece de un criterio material por medio del cual se pudiera determinar a qué perjuicio le corresponde un valor mayor. Se precisa que ante una intensidad ascendente de perjuicio en un principio, más importante tendrá que ser el cumplimiento del principio contradictorio. La tasación del grado de perjuicio y del de importancia, depende de valoraciones por parte del aplicador de la norma.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 146.

⁴⁵¹ *Ibidem*, pp. 151 y 154.

Si la pretensión de la fundamentabilidad racional de las decisiones de ponderación es legítima, entonces dichas valoraciones de una fundamentación racional tienen que ser accesibles. Para esta fundamentación se remite a la teoría de la argumentación jurídica propiamente dicha y a la teoría de la argumentación práctica.⁴⁵² Para fundamentar las valoraciones se debe recurrir a argumentos de la dogmática jurídica, de la jurisprudencia, a argumentos empíricos y, en general, a argumentos prácticos generales.⁴⁵³ Se debería observar que en estas valoraciones también se hacen valer principios formales, por ejemplo, el principio de obediencia frente a las decisiones del legislador.⁴⁵⁴

Para poder observar con mayor detalle la forma de fundamentación para este tipo de valoraciones, se debería de seguir de cerca la decisión del Tribunal Constitucional alemán en el caso Lebach.⁴⁵⁵ De especial consideración resulta establecer la manera en que la argumentación general práctica y la argumentación jurídica interactúan: ¿cuál sería la función propia de la argumentación general práctica? y ¿hasta qué punto este tipo de argumentación se encuentra en la posibilidad de garantizar la corrección de la argumentación? pues, según Alexy, gracias a la relación entre la teoría de la argumentación jurídica y la teoría de la argumentación moral, las ponderaciones en los casos de colisiones entre derechos fundamentales pueden ser calificadas como racionales.⁴⁵⁶

En la decisión del caso Lebach se hizo efectiva la valoración consistente en que para la determinación del daño previsible de la resocialización de un delincuente antes de su excarcelación, resulta de menor peso el principio de la protección de la personalidad frente al principio de la libertad de prensa y radio. La mo-

⁴⁵² Alexy, Robert, *Theorie der..., cit.*, p. 154, y Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs..., cit.*, p. 45.

⁴⁵³ Alexy, Robert, *Theorie der..., cit.*, p. 145.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 267.

⁴⁵⁵ BVERGE 35, pp. 202 y ss.

⁴⁵⁶ Alexy, Robert, *Theorie der..., cit.*, p. 167; Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs..., cit.*, p. 45.

tivación del Tribunal Constitucional para el efecto consistió en que en el marco de la ponderación general habría que conceder preeminencia a los intereses de información del público frente a los intereses de la protección de la personalidad. Esto debido a que aquél que como delincuente quebranta la paz social y lesiona los bienes jurídicos de otro, tiene que tolerar que se dé satisfacción a los intereses de información que se generaron con motivo de la perpetración del delito, lo que asimismo, resulta habitual en un orden democrático que se caracteriza por la libertad de expresión. Asimismo, la información sobre la sustanciación del procedimiento judicial también ayuda al mismo procesado.⁴⁵⁷

En cambio, en el marco de la ponderación concreta, el Tribunal consideró que mientras más se repite la información, habrá un menor interés en la misma y que la resocialización del delincuente se verá afectada por la emisión del programa informativo. En este caso, se concederán a los derechos de protección de la personalidad del delincuente una mayor jerarquía. Esto debido a que, según lo sostuvo el Tribunal, existe una concepción generalmente aceptada en el derecho penal según la cuál, la resocialización constituye un objetivo fundamental de la pena. Este objetivo también se estampó en el proyecto legislativo del gobierno alemán relativo a la Ley de Ejecución de Penas. De igual forma, la sociedad tiene que estar dispuesta a reintegrar a los delincuentes una vez que ya han purgado su pena. Desde un punto de vista del delincuente, esto se deriva de los artículos 1o. y 2o. de la Constitución de Alemania. Desde el punto de vista de la sociedad, esto se infiere del principio del Estado social que exige el cuidado y la atención de los delincuentes. Finalmente, sirve la resocialización a la protección de la sociedad misma, pues sólo de esta forma queda garantizado que el delincuente no reincida.⁴⁵⁸

A los anteriores argumentos sirven de base diversas valoraciones. Al público le corresponde un interés legítimo a recibir infor-

⁴⁵⁷ BVerfGE 35, pp. 231 y ss.

⁴⁵⁸ BVerfGE 35, pp. 234 y ss.

mación sobre los hechos delictivos. Mientras más graves resulten los delitos, mayores serán los intereses de información legítimos. Pues el ciudadano respetuoso del derecho tiene la facultad de saber la función que cumple el derecho penal. Sólo así puede mantener su confianza en la protección estatal de sus bienes jurídicos. Quien incurre en una conducta delictuosa, debe contar desde un principio, en que será objeto de la atención pública. El autor de la conducta delictuosa tiene la posibilidad de evitarlo si decide no llevar a cabo dicha conducta, en caso contrario, tendrá que asumir las consecuencias extrapenales de su conducta; sin embargo, los intereses de la información legítima del público no resultan ilimitados, mucho menos en la medida en que, al delincuente le queda permitido hacerse objeto de la atención pública. Que alguien haga uso de su derecho para generar información, no significa que pueda disponer de la posibilidad de que el delincuente se reintegre en el futuro a la sociedad. Resulta inhumano privar a alguien de la consideración de sus semejantes por un largo tiempo y retirarle la esperanza de recuperar la autoestima de su propio valor.

Según la concepción de Alexy, las valoraciones expuestas no sólo se fundamentan en una razón práctica, que no sólo confirma un objetivo prescrito por un orden jurídico de manera casual, sino también en un objetivo mandado por la razón práctica, que consiste en que un delincuente debe ser reintegrado a la sociedad como individuo valioso. Todas las conductas que tiendan a impedir la realización de este objetivo son irracionales. Entretanto, las mismas hagan imposible una resocialización atentan en contra de la dignidad humana. El valor que se encuentra implícito en este argumento no es solamente jurídico, sino también moral y se cimenta en la razón práctica.⁴⁵⁹

Se plantea la pregunta sobre si y en qué medida las reglas y formas de la argumentación mencionadas por Alexy resultan

⁴⁵⁹ Alexy, Robert, *Theorie der..., cit.*, pp. 154 y 167; Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs..., cit.*, p. 45; Alexy, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg, München, 1994, p. 131.

adecuadas para fundamentar valores que regularmente requieren una ponderación. Bajo este punto de vista deberían ser comprobadas las reglas particulares del discurso.

2. *La fundamentación racional de los valores con base en las reglas del discurso general práctico*

En principio cabría preguntarse sobre la forma en que las reglas del discurso general práctico facilitan la fundamentación de la ponderación típica de los valores. Esto debido a que, la instrucción decisiva para la fundamentación de estos valores se debe esperar exclusivamente de dichas reglas de fundamentación,⁴⁶⁰ tal y como lo muestra una consideración superficial de las diferentes reglas del discurso general práctico. Alexy distingue seis diferentes tipos de reglas del discurso general práctico: reglas fundamentales; reglas de razón; reglas de carga de la argumentación; formas de los argumentos; reglas de fundamentación y reglas de transferencia.⁴⁶¹

Debido a que, las formas de los argumentos⁴⁶² del discurso general práctico permiten justificar juicios y reglas normativas,⁴⁶³ carecen de relevancia para la fundamentación de valores determinados.

Lo anterior vale también para las reglas de fundamento. La regla según la cual “a ningún interlocutor le está permitido contradecirse” remite a una regla de la Lógica y, por lo mismo, no resulta relevante para la fundamentación de los valores. La regla que afirma que “cada interlocutor debe afirmar solamente aquello en lo que el mismo crea” asegura la sinceridad del discurso, por lo que no puede servir como criterio para las valoraciones materiales. Las reglas que establecen, por una parte, que “cada inter-

⁴⁶⁰ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen..., cit.*, p. 174.

⁴⁶¹ *Ibidem*, pp. 361 y ss.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 362.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 250.

locutor que utilice un predicado «F» para cierto objeto «A», debe estar dispuesto a utilizarlo nuevamente para otro objeto que sea igual a «A» en todas las cuestiones relevantes” y, por la otra, que “cada interlocutor sólo debe sostener aquellos juicios de valor y sobre obligaciones, que el mismo ha sostenido en todas aquellas situaciones que entre sí resultan iguales en todas las cuestiones relevantes” deben garantizar el uso de conceptos por diferentes interlocutores y no ofrecen base alguna para la fundamentación de valoraciones determinadas.

Las cuatro reglas de la carga de la argumentación consistentes en: 1. “Quien pretenda tratar a una persona A en forma diferente a una persona B, se encuentra obligado a fundamentarlo”; 2. “Quien hace valer una afirmación o norma, que no es objeto de un discurso, tiene que ofrecer un fundamento para el efecto”; 3. “Quien hace referencia a un argumento, se encuentra obligado ante la existencia de un contraargumento a hacer valer nuevos argumentos”, y 4. “quien hace valer una afirmación o una manifestación sobre sus ideas, deseos o necesidades en el discurso, que no se relaciona como argumento con una manifestación precedente, tiene que fundamentar cuando se le pida, debido a que causa ha introducido dicha manifestación”, no ofrecen punto de apoyo alguno para establecer la razonabilidad de valoraciones determinadas.

Las tres reglas de transferencia se pueden formular de la siguiente forma: 1. “A cada interlocutor le resulta posible en todo tiempo, pasar a un discurso teórico empírico”; 2. “A cada interlocutor le resulta posible en todo tiempo pasar a un discurso de análisis del lenguaje” y; 3. “A cada interlocutor le es posible en todo tiempo pasar a un discurso sobre la teoría del discurso”, no resultan adecuadas para la fundamentación de valores determinados. Esto debido a que las mismas, en el paso a un discurso no práctico, deben garantizar sobre todo que se encuentren a disposición los conocimientos factuales necesarios para un discurso práctico.

Debido a que según Alexy, el principio de generalización habermasiano deriva inmediatamente de las reglas de razón, determinadas estructuras del discurso y dicho principio de generalización deben asumir la carga de la fundamentación de valoraciones. Por esto, tampoco podemos esperar de dichas reglas de razón alguna capacidad de fundamentación independiente que no se encuentre ya en las reglas de la fundamentación. Las reglas de razón sostienen que: 1. “Cada interlocutor debe fundamentar lo que sostiene cuando otro se lo pida, a menos que pueda dar razones que justifiquen negar una justificación”. Esto corresponde a lo que Habermas denomina como una “situación ideal de diálogo” según la cuál: 1. “Cualquier persona que pueda hablar puede participar en una discusión”; 2. “Cualquier persona puede problematizar o traer al diálogo nuevas afirmaciones y expresar sus posiciones deseos y necesidades” y 3. “ningún interlocutor debe ser impedido a ejercer sus derechos mencionados en los dos puntos anteriores por medio de la violencia, ya sea que ésta se ejerza dentro o fuera del discurso”.

Las reglas de fundamentación restantes resultan inadecuadas para la fundamentación de las valoraciones materiales y esto, sobre todo, si consideramos las limitaciones del concepto de fundamentación de Alexy, según el cual la fundamentación racional no es posible en muchos casos debido a que sólo es posible una única solución definitiva. La idoneidad para la fundamentación de valores sólo resulta si dichas reglas de fundamentación se enriquecen con los valores sostenidos como razonables por el aplicador de las reglas. Estas valoraciones proceden de una determinada concepción particular de la vida y de la vida en común. Esto se encuentra en contradicción con la pretensión de universalidad de la teoría del discurso, según la cuál los valores expresados en las reglas del discurso se derivan de un concepto de razón práctica, el que resulta obligatorio para todos los seres humanos. En seguida se desarrollará de manera más precisa esta crítica.

3. *La crítica de las reglas de la fundamentación*

A. *Las reglas de fundamentación*

Las reglas de la fundamentación que consisten en: 1. “Las normas morales en que se fundamentan las concepciones morales de un interlocutor deben de poder ser sometidas a un examen por cuanto hace a su génesis desde un punto de vista histórico y crítico. Una regla no soporta tal análisis: a) en caso de que originalmente hayan estado justificadas racionalmente, pero que en el transcurso del tiempo hayan perdido su justificación o, b) cuando anteriormente no se hayan encontrado justificadas racionalmente y cuando no existan razones presentes en que se puedan justificar” y 2. “Las reglas morales en que se fundamentan las concepciones morales del interlocutor tienen que poder soportar el análisis de la historia de su surgimiento. Una regla moral no soporta tal análisis cuando resulta incapaz para justificarse con base en condiciones de socialización”, deben posibilitar dar expresión al surgimiento histórico social e individual de las concepciones normativas en diferentes niveles de desarrollo y comprobar su racionalidad. En los diferentes niveles de desarrollo se puede corroborar en qué medida se realizaron las condiciones del discurso racional.⁴⁶⁴ El objetivo último consiste en criticar a una norma mediante la referencia a su surgimiento.

El juicio sobre si y en qué medida resultan racionales las concepciones normativas en el curso de su desarrollo, presupone un estándar de racionalidad que no se podría inferir directamente de las reglas de fundamentación referidas en el párrafo inmediato anterior. Un procedimiento de génesis crítica sólo se podría cumplir cuando una norma, desde un principio, haya sido sometida a un discurso como requisito para su aceptación. El presupuesto para el efecto sería un criterio según el cual hubiera sido enjuiciada la norma en un discurso racional; sin embargo, debido a que se

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 253.

trata de una fundamentación de tales valoraciones que forman el criterio, no se podría esperar del procedimiento de génesis crítica, que siempre hace valer tales valoraciones, ninguna aclaración sobre su fundamentabilidad.

En contra de la regla que establece que “las reglas morales en que se fundamentan las concepciones morales del interlocutor tienen que poder soportar el análisis de la historia de su surgimiento” se puede mencionar además, que Alexy no aclara lo que se debe entender en el sentido de esta regla bajo el concepto de condiciones sociales justificantes. La crítica de Hilgendorf⁴⁶⁵ consistente en que, debido a esta razón, la regla resulta inaplicable, resulta procedente. Por lo mismo, ni esta regla ni aquella que hace referencia al análisis histórico del surgimiento normativo resultan aptas para la fundamentación particular de valoraciones.

La regla de fundamentación según la cual “*se deben observar las fronteras fácticas dadas de la realizabilidad*” resulta de poca aplicación.⁴⁶⁶ Esta regla establece una excepción para que algo que resulte imposible factualmente llegue a ser objeto de una obligación moral; sin embargo, no establece nada sobre la razonabilidad de los valores. La regla de fundamentación según la cual “*toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general*” no proporciona ningún criterio de juicio para determinar la racionalidad de una valoración. Esto debido a que esta regla sólo sirve para evitar que existan reglas válidas que provengan estrictamente del fuero interno de alguien y que sin su conocimiento por los demás se pretendan imponer con obligatoriedad general. Mientras aquél que lleva a cabo la valoración se encuentre dispuesto a exponer y defender sus valoraciones frente a otros, cualquier posible valoración resultaría compatible con esta regla.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ Hilgendorf, Eric, *Argumentation in der Jurisprudenz. Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritische Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, Frankfurt am Main, 1991, p. 200.

⁴⁶⁶ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen...*, cit., p. 363.

⁴⁶⁷ La imposibilidad de la regla propuesta por Alexy, según la cual “ofrece una promesa aun en el caso que no la puedas sostener”, no descansa en el hecho

Después de estas consideraciones resulta claro que la carga de la fundamentación descansa en las reglas de fundamentación, según las cuales: 1. “Cada interlocutor debe poder aceptar las consecuencias de las afirmaciones que ha sostenido sobre las normas para la satisfacción de los intereses de cada persona en particular, también para el caso hipotético en que el mismo se encontrara en la situación de esta persona” —principio de cambio de roles— y de la regla conforme a la cual 2. “Las consecuencias de cualquier norma para la satisfacción de los intereses de cada persona tienen que poder ser aceptados por todos” —principio de consenso—.

Con la primera de las dos reglas establecidas en el párrafo inmediato anterior, se pretenden hacer valer los principios de universalidad de Haresch, mientras que con la segunda el de Habermas.⁴⁶⁸ Según la fundamentación de la primera, nos deberíamos preguntar, si uno mismo a partir de un interés particular y medido con base en los propios parámetros normativos, podría consentir las consecuencias de una regla que se sostiene, también para el caso hipotético en que estuviera en la situación del directamente afectado. Según la segunda de las reglas referidas en el párrafo que precede, se debería comprobar si todos podrían consentir la

que ella no pueda ser enseñada en forma abierta y general. La insensatez de esta regla resulta del hecho de que el concepto ofrecer, según su significado semántico implica que, el promitente se muestra dispuesto a sostener su promesa. Cuando alguien promete algo, trae asimismo en consideración que, si de acuerdo con dicha regla, él en el futuro no sostendrá su oferta, violará el concepto semántico del concepto de promesa. Que la regla de fundamentación según la cual “toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general” carece de relevancia criteriológica, resulta del hecho que aún la esclavitud o el genocidio se pueden enseñar abiertamente y en forma general. En efecto, alguien puede tomar distancia a partir de su revelación, debido a que considera que, a causa de la contradicción esperada con otros, puede alcanzar de una manera más sencilla su objetivo con su disimulación. Esta reflexión que se orienta conforme las concepciones morales dominantes, no cambia nada en la posibilidad fundamental debido a que se muestran abiertamente tales conductas inmorales. Asimismo, son tales reflexiones irrelevantes para las pretensiones del conocimiento práctico. Alexy, Robert, *Theorie der juristischen...*, cit., p. 128.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, pp. 251 y 252.

regla en cuestión. La diferencia entre ambas reglas de fundamentación consiste en que, en el caso de la primera, son los propios intereses y los parámetros normativos del que enjuicia la base del juicio. Mediante esta regla se impedirá que quien enjuicia acepte la regla que el mismo no aceptaría si él se encontrara en la situación del afectado.⁴⁶⁹ Por el contrario, para la segunda regla de fundamentación referida, la base del juicio de corrección la constituyen los intereses y premisas comunes alcanzadas en el discurso. Debe quedar descartado que se decida sobre un afectado más allá de su voluntad, sobre cuáles son sus intereses y sobre con base en que premisas normativas deben ser enjuiciados dichos intereses.

Mi objeción consiste en que la fundamentación de un valor por medio de las mencionadas reglas exija recurrir a valoraciones pasadas que no son fundamentables por medio del discurso, sino que más bien, se encuentran enraizados en las concepciones particulares de la buena vida.⁴⁷⁰ Esto se puede derivar de la tesis de Alexy según la cual la teoría del discurso se dirige a la capacidad de juicio de los participantes en el discurso y se muestra en la cuestión de la capacidad discursiva.

B. La capacidad de juicio de los participantes en el discurso

Resulta indispensable fundamentar la tesis según la cual la remisión a la capacidad de juicio de los participantes particulares en el discurso termina por disolver el ámbito de la teoría del discurso y, en su lugar, remite a las valoraciones particulares sobre la vida, que no son fundamentables en el campo de la teoría del discurso.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 104.

⁴⁷⁰ A un resultado similar llega Carl Braun cuando contrasta una dependencia de la teoría del discurso de las formas de vida culturalmente condicionadas, con las aseveraciones de Alexy relativas a la universalidad de la forma de vida considerada en su propio punto de vista. Braun, Carl, “*Diskurstheoretische Normenbegründung in der Rechtswissenschaft*”, vol. 19, 1988, p. 254.

La capacidad de juicio ubica a los participantes del discurso en una situación en la que pueden diferenciar entre buenos y malos fundamentos. En relación con las reglas del discurso que resultan idóneas para el discurso moral, los participantes en el discurso podrían valorar, con base en su capacidad de juicio, si los fundamentos sostenidos, con base en una norma moral, resultan buenos o malos. Con relación a las reglas según las cuales: 1. “Cada interlocutor debe poder aceptar las consecuencias de las afirmaciones que ha sostenido sobre las normas para la satisfacción de los intereses de cada persona en particular, también para el caso hipotético en que se encontrara en la situación de esta persona” —principio de cambio de roles— y 2. “Las consecuencias de cualquier norma para la satisfacción de los intereses de cada persona tienen que poder ser aceptados por todos” —principio de consenso—, la capacidad de juicio de cada participante permitiría comprobar si las consecuencias que resultan del cumplimiento general de una norma son razonables o no. Para el efecto, resulta decisivo que la capacidad de cada participante en el discurso se encuentra en una relación indisoluble con las concepciones de la buena vida, las cuales sostienen los diferentes participantes del discurso. Medida, con base en estas diferentes concepciones, la línea divisoria entre fundamentos buenos y malos, resulta en cada caso diferente. Un fanático religioso enjuiciará las consecuencias de una norma en una forma diferente que un ateo, y un racista de una manera diversa que un defensor de los derechos humanos.

Por cuanto hace a la relación de jerarquía, tal y como se formuló en el caso Lebach, resultaría idónea una concepción para el mantenimiento de una comunidad de vida, de cultura y de valores, cuyas consecuencias se valoraran en una forma diferente cuando se trate de una concepción sobre la protección de la personalidad de los particulares. Para los presupuestos de la capacidad de juicio hechos valer por Alexy, existen dos tipos de lecturas que eliminan ambos reproches. El primer tipo de lectura es que Alexy toma referencia de la generalidad de las diferentes

capacidades de juicio de los participantes en el discurso y a cada manifestación de las mismas, le asigna la facultad para distinguir entre buenos y malos fundamentos. Con esto, se harían válidas diferentes concepciones de la vida en común. A favor de esta interpretación habla el hecho que Alexy remite, sin mayor precisión, simplemente a la capacidad de juicio de los participantes del discurso y de aquí deriva que dicho autor con el concepto de corrección relativa permite aceptar diferentes tipos de capacidad de juicio de igual forma. El segundo tipo de lectura consiste en que Alexy reduce, aún sin decirlo expresamente, el concepto de la capacidad de juicio, a la posibilidad de expresar un juicio que se ejerce en el sentido de la Teoría del Discurso y que, de esta forma, descansa en la idea moral de autonomía y universalidad. Ambos tipos de lectura resultan problemáticos para las dos reglas de fundamentación que hemos comentado.

Si aceptamos la primera interpretación, entonces se hacen valer, junto con los diferentes tipos de capacidad de juicio, también todas las concepciones de buena vida que se contradicen entre sí. Con esto, se evita la posibilidad de hacer justicia a la pretensión de universalidad que debe ser intercambiada por medio de las reglas de fundamentación. Esto debido a que la aplicación de las reglas de fundamentación se encuentra dirigida a la capacidad de juicio de los participantes en el discurso, sin embargo, éstos mantienen diferentes ámbitos de validez del concepto de buena vida, cada uno de ellos, de acuerdo a la particular concepción de la forma de vida común que se encuentra incluida en la capacidad de juicio. Alexy hace énfasis en el hecho de que el uso de la regla de fundamentación según la cuál “cada interlocutor debe poder aceptar las consecuencias de las afirmaciones que ha sostenido sobre las normas para la satisfacción de los intereses de cada persona en particular, también para el caso hipotético en que el mismo se encontrara en la situación de esta persona”, presupone premisas normativas con base en las cuales se deben probar las

consecuencias de una regla a ser probada.⁴⁷¹ Asimismo, remite a que lo que una persona sostiene para sus propios intereses, junto con lo que acepta para los intereses de otro, dependa de sus ideas sobre lo que él mismo considera bueno o malo, o debido o prohibido.⁴⁷² Dichas ideas incorporan el ideal que alguien se haya formado en una vida y en una vida en común correcta. Un punto de partida para considerar lo que resulte compatible con el criterio de corrección de una determinada concepción de buena vida, no lo proporciona esta regla de fundamentación. Más bien, dicha regla deberá referirse a la capacidad de juicio presupuesta de los participantes en el discurso que ponga a disposición dicho criterio de corrección. Debido a que los valores que son presupuestos por Alexy como racionales al no resultar compatibles con cualquier concepción de la buena vida, la capacidad de juicio de cada participante en el discurso, cuya concepción de la buena vida no resulta compatible con los valores defendidos por Alexy, no podrá llegar a ser la base de la razonabilidad del resultado del procedimiento discursivo.

Resulta raro que Alexy no haga valer las objeciones que se derivan de la regla de la fundamentación según la cual “cada interlocutor debe poder aceptar las consecuencias de las afirmaciones que ha sostenido sobre las normas para la satisfacción de los intereses de cada persona en particular, también para el caso hipotético en que el mismo se encontrara en la situación de esta persona” en contra de Habermas, no obstante, también resultarían procedentes en este caso. La única diferencia entre estas reglas de fundamentación consiste en que la regla mencionada establece los intereses comunes compartidos y premisas normativas como un criterio de juicio. Si los participantes del discurso aislados no disponen sobre un criterio independiente de la buena vida, con base en el cual pudieran enjuiciar cuál de las concepciones en juego sería la preferente, entonces sería mucho menos

⁴⁷¹ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen...*, cit., p. 101.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 103.

defendible, de donde todos los participantes en el discurso pudieran disponer de una concepción común de buena vida a partir de sus concepciones particulares e independientes la una de la otra. En el marco de la teoría del discurso, no puede ser aclarado en qué forma los participantes en el discurso real, y a pesar de sus respectivas representaciones contradictorias sobre lo que significa una buena vida, pueden alcanzar un consenso en el desarrollo de un discurso real que pueda ser aceptado por todos ellos. Cuando se analiza el concepto de corrección de Alexy, no queda claro debido a qué causa un participante en el discurso debería tomar distancia de sus propias concepciones sobre lo que es la buena vida, pues según Alexy, la concepciones de valor de los participantes del discurso, por lo menos, resultan discursivamente posibles y, con ello, también relativamente correctas.

Con relación al problema sobre cómo puede ser obtenido un punto de vista moralmente común, a partir de diferentes concepciones contradictorias entre sí de la buena vida y por medio de un intercambio universal de roles, bien se puede decir que Habermas no ofrece una respuesta concluyente. Su posición consiste en que este punto de vista general compartido es siempre actual y que se encuentra presente en las estructuras presupuestas de la comunicación. Esto significa que se encuentran en el hombre mismo, o más precisamente, en su lenguaje y que la socialización a que éste lleva, incorpora potenciales normativos con validez general que son reconstruibles en el marco de la pragmática universal. Por su parte, Alexy no hace suya tal teoría del lenguaje y de la comunicación. Pues a los valores que incorporan las reglas del discurso les falta, desde un principio, la base que les concede Habermas mediante su teoría de la comunicación y del lenguaje. Con base en ellas, los correspondientes valores adquieren el estatus de simples postulados, los que uno bien podría compartir, pero no tendría que hacerlo.

Tampoco el segundo tipo de lectura del concepto de capacidad de juicio nos conduciría a un resultado más favorable. Cuando Alexy recurre a la capacidad de juicio, mismo que se encuentra

impregnado desde un principio de la idea de autonomía y universalidad, presupone la superioridad de la concepción del discurso teórico frente a las concepciones de buena vida concurrentes. Estas valoraciones ya no se fundamentan más en el marco de los discursos, pues las reglas de fundamentación mismas se pueden aplicar exclusivamente en el sentido de los valores presupuestos. El presupuesto adicional de la capacidad de juicio que Alexy incorpora en su teoría del discurso, presupone una elección entre los conceptos concurrentes de la buena vida.

Sólo la consideración de la verdadera capacidad de juicio garantiza la razonabilidad del resultado del discurso. En el marco del discurso no se podría responder la pregunta: ¿cuál de los participantes en el discurso dispone realmente de una capacidad de juicio? Esto debido a que es a cada participante en el discurso a quien corresponde valorar la cuestión sobre su propia capacidad de juicio y esto lo hace con base en sus propias concepciones sobre la buena vida. En la búsqueda de la definición de la capacidad de juicio adecuada se repite la contienda entre las concepciones concurrentes de la buena vida.

C. La capacidad de discurso de los participantes del discurso

Otro reproche que se puede hacer valer en la misma dirección, consiste en que la cuestión de la discursividad no puede ser contestada con los medios de la teoría del discurso. Más bien, para el efecto se debe recurrir a una concepción determinada de la buena vida que sería de inferior jerarquía que las concepciones concurrentes de Alexy. En la cuestión relativa a la capacidad del discurso, quedan a elección las diferentes concepciones de buena vida como posibles respuestas, lo que plantea de nuevo el problema sobre cuál de entre dichas concepciones es a la que corresponde la preferencia. Debido a que la teoría del discurso de Alexy no puede tratar el problema de la capacidad discursiva con los medios de la teoría del discurso, queda como única salida la de banalizar esta cuestión, esto es, siempre considerarla

como ya contestada. La diferente relación entre moral y teoría moral en Habermas y en Alexy adquiere aquí un especial significado. En tanto que en Habermas la cuestión sobre la capacidad del discurso se tiene que tratar como cuestión de teoría moral y se tiene que buscar una respuesta trascendental que esclarezca las condiciones de posibilidad de un auténtico discurso, en Alexy se trata, desde un principio, de una cuestión moral, que se reconoce como idónea para someterse a un discurso. En el reconocimiento de la idoneidad discursiva se reconoce en Alexy una anticipación circular, la que posteriormente en el curso del discurso supuestamente se deberá fundamentar.⁴⁷³

El uso de la reglas de fundamentación según las cuales 1. “las normas morales en que se fundamentan las concepciones morales de un interlocutor deben de poder ser sometidas a un examen por cuanto hace a su génesis desde un punto de vista histórico y crítico. Una regla no soporta tal análisis: a) en el caso de que originalmente hayan estado justificadas racionalmente, pero que en el transcurso del tiempo hayan perdido su justificación o, b) cuando anteriormente no se hayan encontrado justificadas racionalmente y cuando no existan razones presentes en que se puedan justificar” y 2. “Las reglas morales en que se fundamentan las concepciones morales del interlocutor tienen que poder soportar el análisis de la historia de su surgimiento. Una regla moral no soporta tal análisis cuando resulta incapaz para justificarse con base en condiciones de socialización”, presupone el conocimiento, sobre quién participa en un discurso ideal. Ahora, en consideración a la esencia de la capacidad discursiva se debería examinar, si las consecuencias de una norma propuesta resultan compatibles con sus intereses. La respuesta a la cuestión relativa a la capacidad discursiva consiste en dos aspectos: ¿frente a quién debemos fundamentar? y ¿de quién son los intereses que se tienen que considerar? Si cerramos el círculo, se eliminan intereses susceptibles de ser considerados, de tal manera que el

⁴⁷³ Thienel, Rudolf, *Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz...*, cit., p. 154.

resultado de un discurso de ese tipo, a causa de la violación de reglas del discurso elementales, es desde un principio incorrecto. Si ampliáramos el círculo excesivamente, el resultado no será mejor. Esto debido a que, se limitan los intereses autorizados de los participantes del discurso en consideración con los intereses no susceptibles de ser considerados de otras especies.

A primera vista, la cuestión sobre la capacidad discursiva parece poco problemática. Capaz de un discurso es aquel que tiene capacidad para preguntar, para afirmar algo y para fundamentar.⁴⁷⁴ Debido a que dichas capacidades son propias de cada ser humano como tal, el análisis de las implicaciones que se relacionan con las mismas significa un esclarecimiento de la naturaleza del ser humano.⁴⁷⁵ Aparentemente, se trataría de llevar a cabo una comprobación empírica sobre si alguien tiene o no estas capacidades. Cada acto cotidiano de nuestro lenguaje somete a prueba a estas capacidades. No obstante, esto no nos debe hacer caer en el engaño de que la comprobación y reconocimiento de la capacidad discursiva resultan posibles sólo con base en elementos de tipo empírico. Reconocer a alguien como discursivamente capaz, exige una correspondiente valoración. Reconocer la capacidad discursiva de alguien significa: X es una esencia capaz de lenguaje y, por lo mismo, tiene que ser incorporado en un discurso como un camarada con los mismos derechos. Esto se expresa más claramente si uno hablara, en lugar de la capacidad discursiva, de la dignidad discursiva. Llama la atención que, la capacidad argumentativa comprobable empíricamente apenas y ofrece un punto de contacto.

Cuando Habermas sostiene una responsabilidad análoga a la moral frente a los animales, éstos no podrían argumentar en el sentido humano, pues esto comprueba que el reconocimiento de la dignidad discursiva no depende de si alguien puede participar en un discurso argumentativamente. Lo decisivo es sólo la valo-

⁴⁷⁴ Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., p. 140.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 141.

ración, que los intereses de alguien o de algo son dignos de valor y que, por lo mismo, para esos intereses se requiere un representante en el discurso, para el caso en que, las esencias dignas de discurso no puedan argumentar por sí mismas. Alguien o algo son dignos del discurso cuando él o eso merecen ser tratados de tal manera como si se tratara de un ser humano que pudiera participar en un discurso real.

La valoración que se encuentra unida a la comprobación de la capacidad discursiva puede permanecer oculta, pues la extensión de los conceptos de la capacidad discursiva comprobable empíricamente y de la dignidad del discurso, resultan iguales en los casos más graves. Todos los seres humanos, independientemente de su religión, color de piel, etcétera, son aptos para participar en el discurso; asimismo, estas personas dignas del discurso, tienen también la capacidad empíricamente comprobable del lenguaje. Con esto, sólo vale la afirmación: “todos los seres humanos son dignos y capaces del discurso”. En cambio, no así la frase: “todos los seres humanos son dignos del discurso debido a que ellos son capaces del discurso”. El hecho de que esta última frase no valga, se muestra en los casos en los que los teóricos del discurso ponderan la extensión de la dignidad del discurso, también para los casos en los que la capacidad empírica de hablar no existe. Si uno no pierde de vista esto, entonces la respuesta a la pregunta sobre la capacidad del discurso pierde su evidencia. Por el contrario, se muestra que con el reconocimiento de la dignidad del discurso se encuentra en una decisión previa importante y una determinada valoración aparece como la preferente.

La debilidad decisiva de la teoría del discurso es, de esta manera, la cuestión sobre qué o a quién se debería tratar como digno discursivamente hablando, y que dicho criterio deba valer como anterior al ingreso en un discurso auténtico con otras esencias dignas de discurso. Debemos conocer la respuesta a esta pregunta para así poder participar en un discurso auténtico. La respuesta a esta cuestión no se puede dejar para ser planteada y resuelta durante la realización del discurso. Pues una solución obligatoria

y definitiva sólo resulta posible en un auténtico discurso. Para poder llevar a cabo éste, tenemos que saber previamente, en qué forma se distinguen un discurso auténtico, de uno no auténtico. La cuestión sobre a quién le está permitido participar en el discurso y a quién no, resulta fundamental para la distinción entre un discurso auténtico, de uno no auténtico. Debido a que la respuesta a esta cuestión debe preceder a cualquier discurso, la valoración en que se fundamenta esta cuestión, se obtiene a partir de una concepción particular de la buena vida. Diferentes concepciones del concepto de la buena vida, dan lugar a diferentes respuestas. Una concepción de este concepto, por ejemplo, que se le conceda el más alto valor al mantenimiento de la especie humana, no tendría que promover una responsabilidad análoga a la de la moral en favor de los animales. Una postura que sostenga la espiritualidad de las esencias humanas y la existencia de Dios como origen de toda la naturaleza, no sólo le reconocería la dignidad del discurso al reino animal, sino también al vegetal. Las valoraciones que se encuentran unidas al establecimiento de la dignidad discursiva no poseen el estatus de un conocimiento práctico reconocido discursivamente, sino sólo representan un simple postulado.

D. Resumen

Se debería comprobar que la fundamentación racional que sirve de base a la ponderación de las valoraciones mediante las reglas de fundamentación según las cuales 1. “Las normas morales en que se fundamentan las concepciones morales de un interlocutor deben de poder ser sometidas a un examen por cuanto hace a su génesis desde un punto de vista histórico y crítico. Una regla no soporta tal análisis: a) en el caso de que ellas originalmente hayan estado justificadas racionalmente, pero que en el transcurso del tiempo hayan perdido su justificación o, b) cuando anteriormente no se hayan encontrado justificadas racionalmente y cuando no existan razones presentes en que se puedan

justificar” y 2. “Las reglas morales en que se fundamentan las concepciones morales del interlocutor tienen que poder soportar el análisis de la historia de su surgimiento. Una regla moral no soporta tal análisis cuando resulta incapaz para justificarse con base en condiciones de socialización”, descansa en un punto de vista que se encuentra unido de manera inseparable con una determinada concepción del concepto de buena vida y que sólo resulta fundamentable en el campo de esta concepción. Pues el recurso a las valoraciones, que se fundamenta en las concepciones particulares de la buena vida, permite hacer uso de las reglas de fundamentación. La racionalidad de estas valoraciones no se fundamenta mediante las reglas de fundamentación en sí, sino más bien, las reglas de fundamentación toman estas valoraciones como racionales. Dichas valoraciones no son el resultado del conocimiento práctico. El recurso a una determinada concepción de la buena vida, se muestra en la valoración de las consecuencias de una norma, la que sólo se puede efectuar por la capacidad de juicio de un participante en el discurso particular y mediante el tratamiento a la pregunta de la capacidad discursiva.