

F



## FACULTAD DE INVESTIGACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La expresión “facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación” tiene diversas significaciones. Por un lado, puede entenderse como un mecanismo de control de la constitucionalidad porque vigila que los actos de autoridad se ajusten al texto constitucional; formalmente es judicial ya que los conflictos que se dirimen son resueltos por un órgano calificado para realizarlo, con las características de imparcialidad, objetividad e independencia, es decir, por un órgano judicial y jurisdiccional. De la misma forma, puede entenderse como un procedimiento administrativo porque el resultado no culmina en una resolución judicial, sino en un mero informe con “peso moral especial”. Las resoluciones judiciales forman parte de los actos de los órganos jurisdiccionales y deben diferenciarse de los actos de ejecución y de los actos de administración que resuelven de manera definitiva una controversia, y que pueden ser estimatorios cuando le otorgan la razón al demandante, ya sea un particular o una autoridad, es decir, la pretensión se estima y con ello se validan las peticiones que se solicitan, y desestimatorias o absolutorias, en el supuesto de que se consideren infundadas las pretensiones que hace valer el actor o la autoridad, pero también pueden ser mixtas, en donde se reconocen parcialmente las pretensiones de ambas partes.

En este procedimiento, el desarrollo y la culminación de la investigación no se concluye con una resolución judicial en los términos vertidos, sino que se integra un informe con todas las actuaciones realizadas, pero a manera de recomendación, es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en este proceso solo se limitaba a pronunciarse sobre la suficiencia de la investigación; determinar si existieron violaciones graves a las garantías individuales; señalar a las autoridades involucradas en dichas violaciones, y determinar los órganos y autoridades competentes para actuar en el caso, así como los demás elementos que el ministro o ministros dictaminadores consideraran necesarios.

La facultad investigatoria se estableció como un procedimiento de naturaleza extraordinaria, por virtud del cual se otorgaban competencias a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y cuyo objetivo era determinar la existencia de una violación “grave” a las garantías individuales o al voto público, entendido este último como un verdadero derecho fundamental y no con aquella imprecisión que la propia historia constitucional otorgaba al concepto de “garantías individuales” al entender que su referencia correspondía a los derechos humanos, en su caso, derechos fundamentales.

El antecedente más remoto de la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia se registró el 24 de junio de 1879, cuando algunos marinos del barco *Libertad* se sublevaron en Veracruz contra el gobierno de la República. Luis Mier y Terán, entonces gobernador de la entidad y teniendo conocimiento de dicho pronunciamiento, avisó a Porfirio Díaz, quien era presidente de la República, para informarle lo sucedido, y en respuesta recibió la orden de matar a los insurrectos. El gobernador comenzó las ejecuciones la madrugada del 25 de junio; ante esto, el juez de distrito local, Rafael de Zayas Enríquez, se trasladó a las instalaciones del Batallón 23, donde encontró que nueve de los doce detenidos ya habían sido fusilados. Después de aquel acontecimiento, el

D. R. © 2014. UNAM. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*

juez declaró que los restantes se encontrarían bajo la protección y amparo de la justicia federal.

Los anteriores acontecimientos generaron un escándalo público, y con ello la posibilidad de que sin que mediara procedimiento alguno se generaría un procedimiento extraordinario que permitiera la protección por parte de la justicia federal de las personas que hubieran sufrido alguna violación grave a sus derechos humanos.

La facultad de investigación se incluyó en el texto constitucional de 1917 y, a decir de diversos especialistas en la materia, de manera imprevista, fue presentado por Carranza el proyecto constitucional. A través de dicho procedimiento se otorgaban atribuciones indagatorias, destinadas a garantizar no solo la vigencia eficaz de los derechos fundamentales del gobernado en general, sino además los derechos político-electORALES de los ciudadanos en particular, con lo cual se garantizaba el Estado de derecho, pues contemplaba la posibilidad de su procedencia por violaciones graves a los derechos fundamentales que pudieran verse lesionados por una autoridad, en este procedimiento, se contemplaba una investigación documental que, a la postre, llegaría a producir “una opinión autorizada con un peso moral especial”, por tratarse de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien emitía dicho dictamen, aunque carecía de algún tipo de coerción.

Al proclamarse la Constitución federal de 1917, en el tercer párrafo del art. 97 se estableció por primera vez la facultad de investigación, señalando que la Suprema Corte podía nombrar a alguno o algunos de sus miembros, o algún juez de distrito o magistrado de circuito, o designar a uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgara conveniente o lo pidiere al Ejecutivo Federal, o alguna de las cámaras de la Unión, o el gobernador de algún Estado, únicamente para que averiguara la conducta de algún juez o magistrado federal, o algún hecho o hechos que constituyeran violación de alguna garantía individual, o la violación del voto público, o algún otro delito castigado por la ley federal.

En 1977 se eliminó del texto constitucional lo referente a la violación del voto público y se creó uno especial para regularlo, es decir, la reforma de ese año dividió el artículo en dos partes, para formar dos párrafos, el segundo y el tercero; estableciendo de manera inmediata violaciones a las garantías individuales, en el segundo y cambiando de lugar su intervención respecto a la violación del voto público, que se incluyó en el tercer párrafo, indicando que la Suprema Corte de Justicia estaba facultada para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyeran la violación del voto público, pero solo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la Unión. Los resultados de la investigación se tendrían que hacer llegar oportunamente a los órganos competentes. En virtud de la evolución jurídica y política de la materia electoral y con la creación del Tribunal Electoral como un órgano especializado e independiente y su inclusión al Poder Judicial de la Federación, hoy los asuntos de esta naturaleza son resueltos por un órgano cualificado para ello, como única y última instancia.

La facultad de investigación permitía que los comisionados que realizaban dicha actividad fueran nombrados por el Pleno de la Corte en un procedimiento que tenía eficacia inmediata, por lo que la Suprema Corte estimó que no existía la necesidad de que se detallara en una ley o reglamento y, en ausencia de disposición normativa emitida por el órgano legislativo, expidió un acuerdo que indicaba cuál sería el procedimiento para la tramitación de los asuntos sometidos a su competencia.

Este procedimiento no tiene carácter jurisdiccional, ya que toda investigación se limitaba exclusivamente a los hechos consumados determinados por el Pleno en la resolución en la que se acordara el ejercicio de la facultad de investigación. Las investigaciones podrían durar hasta seis meses, correspondiendo al Pleno decidir si dicho plazo podría ser ampliado cuando la investigación así lo requiriera, asimismo, solicitar la colaboración de las personas físicas o morales que resultara necesaria para la investigación, a fin de que manifestaran los hechos o datos que les constaran. Dentro de los quince días siguientes a la designación de la Comisión investigadora, ésta debía elaborar el protocolo de investigación, y lo haría del conocimiento del Pleno, el cual tenía las facultades de modificarlo en cualquier momento.

El ejercicio de la atribución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para investigar este tipo de violaciones solo podía originarse en dos supuestos: *a)* por solicitud del presidente de la República, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión o el gobernador de algún estado y *b)* cuando la Suprema Corte lo juzgara conveniente. La distinción con los sujetos anteriores, que pueden solicitar su ejercicio, radica principalmente en que al surtirse la primera hipótesis, la actuación es obligatoria, mientras que en el segundo supuesto constituía una facultad discrecional.

En noviembre de 2007, después diversas críticas a la disposición contemplada en el art. 97 constitucional correspondiente a las violaciones graves del voto público, se suprimió el párrafo tercero, dejando sin esa facultad a la Corte. En 2011, con la reforma constitucional en derechos humanos del 10 de junio, la facultad que aún se contemplaba por violaciones graves a los derechos humanos, y con la finalidad de fortalecer el sistema de tutela no jurisdiccional de los derechos humanos, se trasladó a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, dejando sin esta atribución al tribunal constitucional.

Fabiola Martínez Ramírez

## FEDERALISMO

El tema del federalismo, como una forma que puede adoptar el Estado, ha sido objeto de incontables estudios. Desde los bien conocidos documentos de *El Federalista*, escritos por Hamilton, Madison y Jay, hasta la fecha se ha producido gran cantidad de trabajos que, desde diversas perspectivas y teniendo en mente distintos objetivos, han tratado de dar luz acerca de la naturaleza y el funcionamiento de dicha forma estatal, bajo la cual viven en la actualidad por lo menos 25 países.

Sin embargo, a pesar de la abundancia de los trabajos sobre este tema, no existe en la literatura una definición de federalismo que a todos satisfaga

y que a la experiencia de todos los sistemas federales corresponda. Algunas definiciones, por ejemplo, se han desarrollado en un terreno estrictamente institucional. Tal sería el caso de la definición de K. C. Wheare, para quien hablar de una Federación significa aludir a un tipo de organización política en el cual dos niveles de gobierno, el federal y el regional, son independientes uno del otro pero operan de manera coordinada. En esa misma perspectiva podríamos ubicar a Preston King, para quien una Federación es un Estado soberano que se distingue de otros Estados por el solo hecho de que su gobierno central incorpora, a nivel constitucional, a unidades regionales dentro de su proceso de toma de decisiones. Por su parte, Carl Friedrich estima que solamente es posible hablar de federalismo cuando un conjunto de agrupaciones políticas coexisten e interactúan como entidades autónomas, unidas en un orden común que también tiene su propia autonomía.

Otros autores, como W. S. Livingston, han intentado enfatizar la base social o material del federalismo como una variable básica de la que depende cierto tipo de estructura institucional. Así, para este autor, “la esencia del federalismo” se encuentra no en la estructura institucional o constitucional, sino en la sociedad misma. Una organización de tipo federal es un instrumento por medio del cual las cualidades federales de una sociedad son articuladas y protegidas. A su vez —según King— una sociedad tiene la calidad de federal cuando la diversidad (económica, religiosa, racial, histórica) de la población están agrupadas territorialmente.

No pretendemos en este comentario resolver la cuestión relativa a la definición de lo que es el federalismo. Los problemas semánticos de tal definición, que por lo demás son bastante comunes en la definición de los conceptos básicos de las ciencias sociales, ya han sido ampliamente expuestos por King. Sin embargo, podemos intentar construir un concepto de federalismo que nos permita apreciar una lógica común, compartida por ciertos Estados, que a la vez sirva para distinguirlos de otras formas de organización política.

Para delimitar el concepto de federalismo, en primer lugar, hemos de decir que no vamos a aludir a una connotación ideológica o filosófica, es decir, como una serie de principios cuya adopción se recomienda y prescribe como la forma ideal de organizar políticamente a una sociedad. Tampoco hemos de adoptar una noción sociológica de federalismo que, como la de Livingston, ponga el acento en la diversidad social como la variable independiente. Al desechar estas dos perspectivas no queremos negar su importancia para explicar el surgimiento, el funcionamiento y la conservación de un Estado federal.

En cambio, en el presente comentario nos limitamos a afirmar que, desde una perspectiva político-institucional y como forma que puede adoptar un Estado, el federalismo se puede caracterizar a través de las siguientes notas:

- a) La existencia de órganos de poder federales (o centrales) y órganos de poder locales (o regionales) con autonomía garantizada por la Constitución.
- b) La división constitucional de competencias entre los órganos centrales y los órganos locales.

c) La existencia de alguna forma de representación de las entidades locales en el gobierno federal y de participación en la formación de la voluntad federal.

*José Ma. Serna de la Garza*

## FUEROS ARAGONESES

El derecho de la Alta Edad Media en los reinos de la Península ibérica fue recogido parcialmente en textos que reciben la genérica denominación de *Fueros*. La palabra romance “fuero” deriva de latín *forum*, que significa foro y hace referencia al compilado de normas que implican privilegios y exenciones otorgados a una población, mismos que representan, en general, mayor beneficio respecto de otras localidades o respecto de las leyes generales del reino, y tienen su origen en la costumbre o en las decisiones judiciales. Regularmente dichas exenciones son de naturaleza fiscal o militar, y los privilegios se relacionan con condiciones de autogobierno, condición privada de los vecinos o con privilegios para regular la materia criminal y procesal. Los fueros aragoneses reflejan esencialmente una garantía de libertad de la población frente a la autoridad regia, y son fruto de la actividad que en conjunto realizaron el rey y los estamentos representados en las Cortes.

Desde el punto de vista del desarrollo del ordenamiento foral en la península, podemos hablar de tres etapas, es decir, la *formación* de fueros “breves” (siglos X y XII); la *difusión* de fueros que da lugar al fenómeno de las “familias de fueros”, periodo que, a su vez, marca la etapa de plenitud del ordenamiento foral (siglos XI y XII), y finalmente el fenómeno de *recolección* por escrito de los fueros (aunque existen algunos fueros breves escritos), dando espacio a los llamados “fueros extensos” (siglo XIII), que se distinguen de los breves no solo por la extensión, sino porque intentan agotar toda la problemática jurídica de una localidad al regular no solo las cuestiones de gobierno y administración de la localidad, sino también de todas aquéllas relativas al derecho privado, criminal y procesal.

Desde el punto de vista de los contenidos esenciales de los fueros en el derecho alto medieval aragonés (siguiendo la propuesta del historiador del derecho español Sánchez-Arcilla Bernal) se pueden clasificar en los *fueros nobiliarios* (Fueros de Sobrarbe y Buenos Fueros de los infanzones de Aragón), los *fueros burgueses* (como el Fuero de Jaca de 1603 o 1604, que es uno de los más emblemáticos y trascendentales fueros del reino de Aragón, y que será base importante de los Fueros de Aragón de 1247), y los *fueros de frontera* (Fuero de Zaragoza).

Atendiendo a los grandes fenómenos históricos, podemos relacionar los fueros, por una parte, con la *reconquista* (expulsión de los musulmanes de los reinos peninsulares), pues tras ella, y con la respectiva misión de *repopulación* de los territorios recuperados, los fueros concedidos a la población que habría de habitar esos territorios (junto con las Cartas de población) se convirtieron en uno de los principales instrumentos normativos de la época. Por otra parte, la historia de los fueros guarda estrecha relación con el fenómeno histórico-jurídico de la *recepción del derecho romano justiniano*, que de fondo implicaba la necesidad

de evitar la dispersión del derecho y con ello facilitar la labor jurisdiccional. En esta última etapa es donde ubicamos a los Fueros de Aragón, conocidos también como Código de Huesca o Compilación de Huesca, por ser promulgados solemnemente en una curia celebrada en Huesca el 6 de enero de 1247.

Dichos Fueros de Aragón de 1247 son el resultado de la labor recopiladora y de sistematización desarrollada por el obispo de Huesca, Vidal de Canellas, por encomienda de Jaime I, esto con la intención de terminar con el grado de inseguridad jurídica que había provocado la labor de los prácticos del derecho que, desde inicios de siglo XIII, habían realizado sus prácticas con base en colecciones privadas que contenían ese derecho foral aragonés dispersos de los siglos anteriores y sobre las que se hacían interpretaciones conforme a las necesidades de la época. Debido a este problema de seguridad jurídica se solicitó la intervención del rey para que se procediera a ordenar en texto oficial el derecho del reino, dejando sin valor oficial al resto de las colecciones privadas una vez promulgados dichos Fueros de Aragón. Aunque no hay unanimidad entre los historiadores del derecho español a la hora de reconocer la autoría de dichos fueros, no se niega como trascendente la labor de Vidal de Canellas al proyectar el fuero a la luz de formación romanista para la práctica, como queda demostrado en la obra que el obispo redactó como complemento y aclaración de los Fueros de Aragón, conocida como *Vidal Mayor*, facilitando con ello la penetración, indirecta, del *ius commune* en Aragón (de ahí deriva la idea de acudir al sentido natural o la equidad para resolver los pleitos en caso de que en el derecho recogido no se encontrara respuesta). Sobre esta obra tampoco existe unanimidad doctrinal a la hora de reconocer el grado de reconocimiento oficial que ha tenido.

Los Fueros de Aragón se redactaron originalmente en latín y fueron organizados en ocho tomos que abarcaban principalmente temas de derecho privado, penal y procesal, tomando como modelo para su estructura una *summa* del Código de Justiniano. Sin embargo, tras su promulgación, se fueron agregando nuevos libros que contenían “fueros” derivados de la actividad conjunta del rey y del reino reunidos en Cortes (de ahí la característica de “paccionados”), de esta forma se incrementó hasta 12 tomos.

Esa actividad conjunta (del rey y los estamentos) pronto se identificó como una pugna que derivó en grandes limitaciones impuestas al poder regio. En ello jugó un papel fundamental la figura del “Justicia Mayor”, una institución en principio creada para resolver los pleitos entre el rey y los nobles o entre éstos, era un juez privativo, nobiliario. Su naturaleza cambió con las Cortes de Zaragoza de 1283 al comenzar a conocer de los pleitos de los habitantes de las ciudades, representando los intereses del reino contra los abusos de la Monarquía. Su fuerza radicaba en su independencia judicial, la cual estaba basada en su inamovilidad. Por otra parte (como señala, entre otros, el historiador del derecho español, Gacto Fernández), ejercía “la función de juez de contrafueros, con facultades para juzgar los agravios al derecho tradicional aragonés del que era su más potente instrumento defensivo”. El trabajo de reflexión y argumentación del Justicia Mayor o de sus lugartenientes para aclarar el sentido real de los fueros se refleja en las llamadas *Observancias*, las que se han considerado trascendentales no solo por la misión de protección fo-

ral, sino porque a través de ellas se completa el derecho tradicional (contenido en los fueros) con el derecho común, lo que constituye, en opinión de muchos historiadores, otra manera indirecta de romanizar el derecho aragonés, concluyendo (como señala Sánchez-Arcilla Bernal) que “a partir del siglo XV la vida jurídica aragonesa se puede decir que se encuentra totalmente romanizada”. Este control ejercido por el Justicia Mayor fue eficaz hasta finales del siglo XVI en que dicha institución quedó bajo el control del rey (Felipe II), quien adquiere el derecho de nombrar al titular de dicha función. En el siglo XVIII fue suprimida esta institución por Felipe V, sin embargo, se recupera en 1982, estando vigente hasta nuestros días a través del Estatuto de Autonomía de Aragón y reconocida por la propia Constitución Española de 1978.

En este contexto, los Fueros Aragoneses contienen un derecho que, de alguna manera, es un símbolo de identidad de la comunidad aragonesa desde la Alta Edad Media hasta nuestros días, pues en la actualidad el derecho civil aragonés mantiene raíces en los Fueros, lo cual implica una continuidad histórica, avalada no solo por la Compilación de Derecho Civil especial de Aragón, promulgada en 1967, sino por la propia Constitución Española de 1978, que ampara y respeta los derechos históricos de los territorios federales.

*Amelia Gascón Cervantes  
María Dolores Madrid Cruz*

## FUNDAMENTACIÓN DEFINITORIA

Según Robert Alexy (1983), la expresión “fundamentación definitoria” denota a una de las cuatro vías que posibilitan encontrar reglas del discurso que eviten lo que Albert (1968) ha designado como el “trilema de Münchhausen” (véase fundamentación empírica). Las otras vías son la fundamentación técnica, la fundamentación empírica y la fundamentación pragmático-trascendental o pragmático-universal.

La fundamentación definitoria se basa en el concepto de “juego de lenguaje” desarrollado por Wittgenstein en sus *Investigaciones filosóficas* (1953).

La influencia de este concepto wittgensteiniano en el pensamiento de Alexy es de gran trascendencia, lo que reconoce expresamente el autor en un epígrafe dedicado al tema en su *Teoría de la argumentación jurídica* (1983).

Con respecto a este concepto cabe decir que para (el segundo) Wittgenstein, el significado de una proposición es determinado por su uso dentro de cierto contexto, el cual es un reflejo de la forma de vida de los hablantes, es decir, de la manera en que se representan el mundo. A estos contextos, que constituyen una praxis vital común, es a lo que este filósofo se refiere con la expresión “juego de lenguaje”.

Los juegos de lenguaje son múltiples y no existe entre ellos una propiedad o conjunto de propiedades comunes que los caracterice, sino que más bien están relacionados como por “un aire de familia”. Algunos ejemplos de esta diversidad de juegos, citados por el propio Alexy, son: “ordenar y actuar según ordenes”, “describir un objeto”, “relatar un suceso”, etcétera.

Una propiedad relevante del concepto de juego de lenguaje es que no se restringe a los intercambios meramente lingüísticos o proposicionales, sino

D. R. © 2014. UNAM. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*

que se refiere a la totalidad de las actividades realizadas por los hablantes al momento de participar en el juego. Es decir, que hablar y actuar están estrechamente unidos.

Del hecho de que los juegos de lenguaje estén guiados por reglas no se sigue que dichas reglas determinen todo lo que puede ocurrir durante la actividad que tiene lugar durante el juego. Siempre hay espacios que deben llenar los jugadores durante el juego mismo. Por ejemplo, cuando una norma jurídica autoriza a la policía a irrumpir en un sitio donde podría estarse cometiendo un crimen no indica la fuerza con la que se deberá golpear la puerta para derribarla. En algún sentido, el juego se juega respetando las reglas, pero también haciendo camino al andar.

Para que cierto tipo de reglas y las razones que con base en ellas se puedan esgrimir tengan sentido es necesario considerarlas dentro del contexto natural al que pertenecen. Descontextualizar una regla es privarla de su sentido.

En conexión directa con el concepto de juego se encuentra el concepto de regla, y aquí, al igual que sucede con los juegos de lenguaje, no es posible encontrar un rasgo común y necesario que defina a todas las reglas, sino también una relación “de aire de un familia”. Por ejemplo, entre las reglas de la sintaxis, las reglas del ajedrez, las reglas de la política y las reglas jurídicas.

Del concepto de juego de lenguaje, Alexy destaca cuatro puntos fundamentales para su teoría del discurso práctico racional, del cual la argumentación jurídica es un caso:

1. El uso descriptivo característico de las ciencias no es el único juego de lenguaje posible, lo que excluye que para considerar racional al lenguaje normativo deba reducirse a lenguaje descriptivo. En este sentido, ambos juegos tienen el mismo nivel de importancia.

2. La lógica de los juegos del lenguaje solo puede ser comprendida si al lado de la dimensión estrictamente lingüística se considera a la totalidad de las actividades que despliegan los hablantes durante el juego (por ejemplo, la comunicación no verbal), es decir, concibe que el juego es una acción comunicativa a la manera de Habermas.

3. En tanto juegos del lenguaje, tanto el discurso moral como el jurídico son guiados por reglas.

4. Las representaciones del mundo y formas de vida en que se basan los juegos de lenguaje no son fundamentables, ni criticables, simplemente son.

Según Alexy, lo único importante en la fundamentación definitoria es que la presentación explícita de las reglas que definen al juego sea la motivación para las decisiones tomadas por parte de “los jugadores”. Esta propiedad hace que no sea excluyente de los demás modos de fundamentación, como sucede, por ejemplo, con la fundamentación empírica que implica que el juego sea efectivamente jugado en los hechos.

Con respecto a las debilidades de la fundamentación definitoria, señala Alexy, podría criticarse su estatus de fundamentación, toda vez que no implica aducir razones en favor del juego de lenguaje, sino que simplemente se limita a explicarlo y presentarlo. En este sentido, pareciera que encierra cierto grado de arbitrariedad, lo cual es opuesto a la razón.

Sin embargo, y en defensa de este modo de fundamentación, Alexy señala que el hecho de presentar de manera completa y explícita al sistema de reglas que caracteriza a un juego de lenguaje constituye una base para la decisión acerca de si seguir el juego o no.

Por otra parte, la fundamentación definitoria tiene la ventaja de hacer posible la construcción de sistemas de reglas totalmente nuevos, propiedad fundamental del juego de lenguaje que es el derecho.

Como sucede con los demás modos de fundamentación dirigidos a evitar el trilema de Münchhausen, la fundamentación definitoria es parte de los elementos constitutivos de la teoría del discurso racional que sirve de base para la teoría de la argumentación jurídica de Alexy.

Enrique Cáceres Nieto

## FUNDAMENTACIÓN EMPÍRICA

Según Robert Alexy (1983), la expresión “fundamentación empírica” denota a una de las cuatro vías que posibilitan encontrar reglas del discurso que eviten lo que Albert (1968) ha designado como el “trilema de Münchhausen”. Las otras vías son la fundamentación técnica, la fundamentación definitoria y la fundamentación pragmático-trascendental o pragmático-universal:

El contexto problemático y teórico en que se expone dicho concepto es el siguiente:

Inspirado en las teorías de ética analítica de Hare, Toulmin, Baier, así como en la teoría de la deliberación de la escuela de *Erlangen*, la teoría de la argumentación de Perelman, pero sobre todo en la teoría consensual de la verdad de Habermas, Alexy desarrolla una teoría de la argumentación jurídica como un caso del discurso práctico general, es decir, del discurso moral.

Junto con Habermas suscribe la tesis de que al igual que los problemas teóricos, los problemas prácticos (los problemas morales) también pueden decidirse de manera racional. Sin embargo, para que ello sea posible es necesario contar con un criterio de validez diferente al del discurso teórico. Mientras que para éste es la verdad, el criterio de validez de la razón práctica es el de corrección: todo argumento práctico se esgrime con la pretensión de ser correcto.

Inspirado en el concepto de acción comunicativa de Habermas, Alexy conceptualiza a la “argumentación” no como un sistema de proposiciones lingüísticas, sino como a un proceso de interacción comunicativa entre entes racionales.

Una propiedad esencial de la argumentación entendida como proceso racional estriba en la necesidad de la fundamentación de sus proposiciones normativas, entendiendo por tales a aquellas que expresan juicios de valor o de deber tales como: “A ha obrado mal”.

Inspirado en Hare y Toulmin, Alexy considera que quien aduce a favor de una proposición normativa N (“A ha actuado mal”), una razón G (por ejemplo, “A ha insultado a B”), presupone una regla R (por ejemplo, “es malo atentar contra la dignidad de los demás”), de la que, conjuntamente con G, se infiere lógicamente N. En esta caso, N queda fundamentada en G y R.

D. R. © 2014. UNAM. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*

Sin embargo, una de las propiedades del discurso racional es que ninguna fundamentación tiene garantías absolutas y siempre está abierta a debate, lo que significa que cualquier fundamentación puede ser objetada.

Cuando una fundamentación es objetada, quien deseé defender su argumento original se verá obligado a presentar una fundamentación de segundo nivel con respecto a la primera fundamentación. En congruencia con lo dicho, esta segunda fundamentación también podrá ser objetada, lo que implicará la necesidad de una nueva fundamentación, y así sucesivamente. Esta situación parece llevar a un indeseable callejón sin salida en el que: *a)* se cae en un regreso al infinito; *b)* hay que abandonar la fundamentación para adoptar una decisión sin fundamento, o *c)* se incurre en una circularidad. A este aparente callejón sin salida es a lo que Alexy, citando a Albert, se refiere como el “trilema de Münchhausen”.

Para Alexy, la aparente paradoja que el trilema implica puede evitarse si se encuentran reglas del discurso, es decir, reglas que, a diferencia de la lógica, no se dirijan únicamente a las proposiciones lingüísticas, sino a reglas sobre la actividad de fundamentación, es decir, sobre el comportamiento de los hablantes. Según este autor, para la posibilidad de encontrar dichas reglas se ofrecen cuatro vías: 1. Considerar a las regla del discurso como reglas técnicas, es decir, orientadas a fines; 2. Como reglas que definen un juego de lenguaje; 3. Como reglas de fundamentación pragmático-trascendental que determinan las condiciones de posibilidad de la comunicación lingüística y, finalmente, 4. Como reglas de fundamentación empírica.

Cada una de estas vías presenta diferentes inconvenientes y ventajas que finalmente Alexy termina integrando en una versión de fundamentación pragmático-trascendental.

La fundamentación empírica consiste en considerar a las reglas del discurso como aquellas que efectivamente se siguen en los hechos por parte de una comunidad lingüística, como consecuencia de seguir convicciones normativas realmente existentes.

El problema de esta vía es que del hecho de que en una determinada comunidad se sigan ciertas prácticas lingüísticas, no significa necesariamente que dichas prácticas sean racionales.

Por otra parte, en favor de esta vía se encuentra la presunción de una mínima racionalidad de las prácticas comunicativas por el hecho de haber persistido en la comunidad. Por otra parte, el análisis empírico de dichas prácticas puede revelar contradicciones e incompatibilidades entre las convenciones normativas que las soportan, lo que puede llevar a que ciertas prácticas sean abandonadas después de un ejercicio de fundamentación que las haga ver como irracionales.

En este sentido, dice Alexy, una fundamentación empírica es siempre provisional y depende de las correcciones que tengan lugar mediante otros modos de fundamentación dentro de la propia comunidad.

*Enrique Cáceres Nieto*