



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SAN LUIS POTOSÍ

**Facultad de Derecho
Facultad de Psicología
Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades**

“Análisis a la teoría hermenéutica de Gadamer y a la teoría de la argumentación jurídica de Atienza: un diálogo en referencia a sus aportaciones teóricas y prácticas a los derechos humanos”.

T E S I S

para obtener el grado de

MAESTRO EN DERECHOS HUMANOS

presenta

Alfredo Hernández Pérez

**Director de tesis
Mtro. Laurencio Faz Arredondo**



San Luis Potosí, S.L.P., a 28 de septiembre de 2015



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SAN LUIS POTOSÍ

Facultad de Derecho
Facultad de Psicología
Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

“Análisis a la teoría hermenéutica de Gadamer y a la teoría de la argumentación jurídica de Atienza: un diálogo en referencia a sus aportaciones teóricas y prácticas a los derechos humanos”.

Tesis presentada por Alfredo Hernández Pérez

Subcomité de tesis

Mtro. Laurencio Faz Arredondo (Director)
Dr. Alejandro Rosillo Martínez (Asesor)
Dr. José Luis Eloy Morales Brand (Asesor)

Jurado del examen de grado

Presidente _____ **Firma** _____

Secretario _____ **Firma** _____

Vocal _____ **Firma** _____

Resultado: _____



San Luis Potosí, S.L.P., a _____ de _____ de 2015



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SAN LUIS POTOSÍ

Facultad de Derecho
Facultad de Psicología
Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

“Análisis a la teoría hermenéutica de Gadamer y a la teoría de la argumentación jurídica de Atienza: un diálogo en referencia a sus aportaciones teóricas y prácticas a los derechos humanos”.

Tesis presentada por Alfredo Hernández Pérez

Subcomité de tesis

Mtro. Laurencio Faz Arredondo (Director)
Dr. Alejandro Rosillo Martínez (Asesor)
Dr. José Luis Eloy Morales Brand (Asesor)

Jurado del examen de grado

| | | | |
|------------|--|-------|----------------|
| Presidente | <u>Mtro. Laurencio Faz Arredondo</u> | Firma | <u>[Firma]</u> |
| Secretario | <u>Dr. Alejandro Rosillo Martínez</u> | Firma | <u>[Firma]</u> |
| Vocal | <u>Mtra. Marcela Fernández Camacho</u> | Firma | <u>[Firma]</u> |

Resultado: Aprobado por unanimidad con mención Honorífica



San Luis Potosí, S.L.P., a 27 de octubre de 2015

San Luis Potosí, S.L.P. a 28 de septiembre de 2015

**COMITÉ ACADÉMICO DE LA
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS
PRESENTE**

Estimados miembros del Comité Académico.

Los suscritos, miembros del subcomité de tesis de la estudiante **Alfredo Hernández Pérez**, generación 2013-2015 de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, como resultado de un proceso de acompañamiento, donde hemos evaluado el fondo, la forma y la metodología de la tesis **“Análisis a la teoría hermenéutica de Gadamer y a la teoría de la argumentación jurídica de Atienza: un diálogo en referencia a sus aportaciones teóricas y prácticas a los derechos humanos”**,

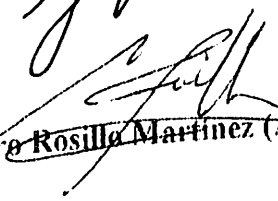
HACEMOS CONSTAR

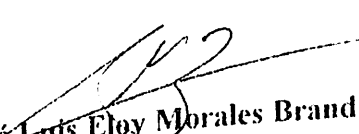
Que la referida tesis realizada por **Alfredo Hernández Pérez** para obtener el grado de Maestro en Derechos Humanos cumple con los requisitos necesarios para acceder al examen de grado.

Sin más por el momento, nos despedimos.

Atentamente


Mtro. Laurencio Faz Arriola (Director de tesis)


Dr. Alejandra Rosillo Martinez (Asesor)


Mtro. José Luis Eloy Morales Brand (Asesor)

DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS

A Dios quien es el motor de mi universo

La principal dedicatoria es para mi madre y para mi padre, quienes con su ejemplo y amor, hoy puedo aspirar a ser una parte de lo que ellos son. Gracias a ambos, estas páginas pudieron ser escritas, y sólo gracias a ellos podré seguir escribiendo. Para ambos dedico estas páginas, para ambos mi infinito amor y respeto

A mis hermanas y a mi hermano quienes son parte fundamental en mi vida

Una especial dedicatoria y agradecimientos a mi comité de tesis y en general a todos los profesores de la maestría en derechos humanos y a la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, por la confianza y por todas las enseñanzas que me brindaron.

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I. DERECHO MODERNO: SU OBJETIVISMO CIENTIFICISTA EN CONTRASTE CON LOS DERECHOS HUMANOS | 5 |
| 1.1. Introducción..... | 5 |
| 1.2.- El derecho y la modernidad (derecho moderno) | 6 |
| 1.2.1. Positivismo jurídico: la concepción del derecho como resultado de la modernidad..... | 9 |
| 1.2.1.1. Principales doctrinas del positivismo jurídico..... | 10 |
| 1.2.1.2. La producción estatal y el carácter cientificista y objetivista | 14 |
| 1.2.1.4. La interpretación jurídica como proceso metodológico de la lógica formal | 22 |
| 1.2.3. El positivismo jurídico: un balance sobre sus límites y alcances | 23 |
| 1.3. Los derechos humanos y el pensamiento jurídico moderno | 24 |
| 1.3.1. Los derechos humanos: como proceso de comprensión y aplicación del derecho..... | 28 |
| 1.4. Conclusión | 29 |
| CAPÍTULO II: LA TEORÍA HERMENÉUTICA Y SUS APORTES AL PENSAMIENTO JURÍDICO | 31 |
| 2.1. Introducción..... | 31 |
| 2.2. La hermenéutica: su origen e historia | 31 |
| 2.3. La hermenéutica: su concepto y relevancia universal..... | 34 |
| 2.4. La filosofía del conocimiento en las principales teorías hermenéuticas | 37 |
| 2.4.1. La hermenéutica Romántica (Schleiermacher) | 37 |
| 2.4.2. La hermenéutica historicista (Dilthey) | 38 |
| 2.4.3. La teoría hermenéutica ontológica (Gadamer) | 39 |
| 2.4.3.1. El prejuicio: sentido negativo y positivo | 40 |
| 2.4.3.2. La tradición | 41 |
| 2.4.3.3 La historicidad | 42 |
| 2.5. La filosofía hermenéutica y el proceso de la comprensión..... | 43 |
| 2.6. Hermenéutica jurídica metodológica | 45 |

| | |
|--|-----------|
| 2.6.1. El derecho como objeto dado | 46 |
| 2.6.2. El derecho construido en su <i>praxis</i> interpretativa/aplicativa..... | 47 |
| 2.7. Conclusión..... | 49 |
| CAPÍTULO III: LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ATIENZA: COMO FORMA DIALÉCTICA DE JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO | 51 |
| 3.1. Introducción..... | 51 |
| 3.2. ¿Qué es argumentación? | 52 |
| 3.3. Teorías de la verdad | 53 |
| 3.4. La argumentación: la lógica formal y la lógica material | 55 |
| 3.5. La construcción de la argumentación desde un ámbito externo | 55 |
| 3.5.1. La tópica en la argumentación: su distanciamiento a la analítica positivista | 57 |
| 3.5.2. La retorica a partir del planteamiento filosófico de Perelman y Olbrecht- Tyteca | 58 |
| 3.5.2.1. Sus elementos principales de la retorica | 59 |
| 3.5.2.2. Sus aportaciones y límites | 65 |
| 3.5.2.3. Lo que nos queda de la retorica de Perelman y Olbrecht-Tyteca para la el pensamiento de Manuel Atienza..... | 69 |
| 3.6. La argumentación en el derecho | 70 |
| 3.6.1. La argumentación jurídica en relación con las concepciones del derecho | 74 |
| 3.6.1.1. La concepción del derecho a través del formalismo jurídico..... | 75 |
| 3.6.1.2. La concepción del derecho a través del positivismo normativista..... | 76 |
| 3.6.1.3. La concepción del derecho a través del realismo jurídico..... | 78 |
| 3.6.1.4. La concepción del derecho a través del iusnaturalismo..... | 79 |
| 3.6.1.5. La concepción del derecho a través del escepticismo jurídico | 81 |
| 3.7. La teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza..... | 83 |
| 3.7.1. Las tres dimisiones de la teoría de la argumentación jurídica de Atienza . | 84 |
| 3.7.2. La teoría de la argumentación jurídica de Atienza y sus diversos acercamientos al pensamiento jurídico | 87 |
| 3.7.2.1. El acercamiento metodológico de la teoría de la argumentación de Atienza..... | 87 |
| 3.8. Conclusión..... | 93 |

| | | |
|--|--|------------|
| CAPÍTULO IV: LAS APORTACIONES Y LOS LÍMITES DE LA HERMENÉUTICA Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: SU DIÁLOGO COMO POSIBILIDAD DE LA CONCRECIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO | | 95 |
| 4.1. Introducción..... | | 95 |
| 4.2. La hermenéutica (Gadamer) vs la argumentación jurídica (Atienza): el debate filosófico | | 96 |
| 4.2.1. La ontología hermenéutica y la filosofía analítica: sus contrastes y diferencias | | 98 |
| 4.3. La hermenéutica (Gadamer) y la argumentación jurídica (Atienza): un dialogo que concilié sus aportaciones al pensamiento jurídico | | 108 |
| 4.4. La hermenéutica analógica de Beuchot: entre lo equivoco y lo univoco | | 110 |
| 4.4.1. La hermenéutica analógica y el derecho | | 113 |
| 4.4.2. La hermenéutica analógica y los derechos humanos | | 116 |
| 4.4.3. La Hermenéutica analógica: sus aportaciones y límites al diálogo entre Gadamer y Atienza | | 117 |
| 4.5. Los derechos humanos: una teoría como proceso de comprensión y como herramienta pragmática. | | 120 |
| 4.6. Conclusiones..... | | 123 |
| CONCLUSIONES | | 125 |
| BIBLIOGRAFÍA | | 128 |

INTRODUCCIÓN

La modernidad y el pensamiento ilustrado han dotado epistémicamente de científicidad y objetividad a las ciencias naturales; cuestión que también se ha reflejado en las ciencias del espíritu permeándolas de la sustancia racional que busca la verdad como una situación estrictamente objetiva y dada.

Esta cuestión, se fue introduciendo no solo en las ciencias naturales, sino también en las ciencias sociales, entre ellas el derecho. A causa de ello, el derecho mostro rasgos modernos e iluministas en su forma de concepción y fundamentación, considerándose autómeta y científicista como conocimiento dado y objetivo en el trasfondo de la ley.

El derecho moderno se sustenta en la creación moderna del estado de derecho, y a partir de ello, en la creación de la vigencia de la norma jurídica, como aquella derivada de la autoridad facultada para su emisión. Esta circunstancia trajo consigo nuevas concepciones del derecho y formas de asimilar su discurso y legitimidad.

A partir de la emisión de la norma, aquella que es vigente, por parte del estado de derecho, la comprensión del derecho y su fundamentación se volcó a las intenciones objetivistas de asimilar al derecho, así como a su pensamiento teórico y filosófico como una simple extensión de la facultades y límites que otorga ley.

El derecho vislumbro sus pretensiones de objetividad y especificidad como una ciencia exacta calculable y medible a la par de racionamiento científico. A partir de ello, el positivismo jurídico que determina al derecho solamente como al uso irrestricto de la norma contenida en la ley. El positivismo jurídico es reflejo epistémico de la modernidad, que trata de comprender al derecho desde la vista de lo previo, lo dado y lo objetivo, así como denostar el distanciamiento que ponga en riesgo la rigurosidad univoca en la que se fundamenta.

El positivismo jurídico, define al pensamiento jurídico en la comprensión abstracta, limitada y principalmente univoca, debido a que cree que la verdad es sólo ostentada a cabalidad en la ley, y sin ésta, simple y sencillamente el derecho se encontraría fuera de toda connotación objetiva y racional. Del positivismo jurídico,

trasciende la comprensión de la regla que es contenida en la normatividad, la función del derecho pasar a ser automatizada por las decisiones establecidas por el legislador y plasmadas en la norma, sus criterios de validez no son más que los elementos meramente formales, es decir, aquellos necesarios para la construcción de la norma del Estado por parte de la autoridad correspondiente. Es aquí que el positivismo jurídico cierra sus posibilidades a través de una concepción jurídica formalista-normativista, la cual argumenta el imperio de la ley sobre la decisión y comprensión de sujeto consiente, es decir el juez.

El positivismo jurídico desde su concepción formalista-normativista constriñe la comprensión y la aplicación del derecho, así como su concreción judicial. Al dar el carácter de “la verdad” a la ley, esto se vuelve inderogable y conforma un sistema que se comprende como perfecto. Ante tal supuesto, la necesidad de la protección de los derechos en forma judicial, el aplicador del derecho considera esa inderogabilidad de la ley como límite a su discrecionalidad, es decir, el aplicador de la norma se concibe a sí mismo como un autómata de la ley que no hace más que reproducir el sentido dado por la norma jurídica.

Bajo esa tesis, la comprensión del derecho solamente consiste en aplicar la norma como procedimiento de subsunción deductiva, es decir, encuadrar el hecho en la norma prevista por la ley arrojando los resultados que esta también prevé. La subsunción deductiva es el proceso de comprensión y aplicación del derecho imperado en el positivismo jurídico asume la posición monista y unívoca del derecho principalmente por su precomprensión asumida ante la ley como fundamento y única fuente del derecho, o incluso como su sinónimo perfecto.

Sin embargo, y pese a que la teoría positivista del derecho, se encuentra en crisis, al igual que la postura epistémica de la objetividad en las ciencias del espíritu, esta cuestión se evidencia de manera más clara y contundente con la crisis ideológica del discurso monista del derecho, es decir, con la falta de legitimación en la concepción formalista-normativista, que describe al derecho como una fuente de pensamiento complejo ávido de una fundamentación filosófica propia.

En esa oleada surge la (re)fundamentación de los derechos humanos, que en aras de aportarles un fundamento propio que les dote de materialidad más allá de las

posturas positivistas, termina por apuntalar el quiebre del pensamiento moderno, al evidenciar su indeterminación y sus falencias teóricas y prácticas como conocimiento de la verdad. La concepción de los derechos humanos, en un principio se contrapone con el monismo fundamental que el pensamiento jurídico le atribuye a la ley, convirtiendo a la concepción jurídica como algo que no se encuentra delimitado por los alcances de la norma vigente, lo que pasa a abrir los alcances del pensamiento jurídico.

Este momento coyuntural para el positivismo, también hace colisionar la metodología epistémica de comprensión y aplicación del derecho, dentro de su concreción judicial. Ya que al refutar el discurso formalista-normativista deja insustentable la metodología jurídica de la subsunción deductiva, debido a que esta, queda desfasada al momento de comprender y contrastar la realidad con el texto jurídico. Bajo esta tesitura, se observa que un sistema judicial basado o fundamentado en el respeto y protección de los derechos humanos necesita una nueva teoría que construya un acercamiento como proceso de comprensión ontológico del pensamiento jurídico y una teoría pragmática que funja de metodología jurídica.

Es a partir de esta problemática, que surge el contexto, la justificación y relevancia de abordar una tesis que maneje temáticas metodológicas y filosóficas que ayuden a la concreción de los derechos humanos, a través del estudio de aportaciones teóricas que se traduzcan en fundamentos que se constituyan en la práctica.

Como respuesta a lo anterior, se pone sobre el análisis el uso de la teoría hermenéutica de Gadamer y la teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza, como herramientas filosóficas de comprensión, así como criterios metodológicos que concatenados puedan fundamentar un acercamiento al pensamiento jurídico que tenga en cuenta su enfoque teórico y práctico en relación a los derechos humanos. Ambas tradiciones teóricas se han perfilado como la opción válida ante a las faltas sobre las cuales ha caído el derecho moderno positivo; sin embargo, y a pesar de que analógicamente, ambas teorías epistémicas comparte

elementos en común, sus diferencias hasta ahora han sido trazadas como rupturas insuperables, y por ende completamente incompatibles.

Por ello, la principal función de esta tesis, será analizar estas dos corrientes teóricas, representativas de la filosofía de la comprensión y de la metodología analítica, a efecto de sintetizar los resultados arrojados y verificar sus aportaciones, sus limitaciones y, consecuentemente, verificar si es viable el uso en conjunto de ambas teorías.

Abordaremos la teoría de la hermenéutica desde el pensamiento y obra de Gadamer, así como las inspiraciones que él toma de otros autores para el desarrollo de su trabajo. Por su parte analizaremos la teoría de la argumentación desde las perspectivas teóricas que maneja Manuel Atienza. De esta manera se tratará de concretizar los temas que serán el objeto de estudio de la presente investigación, para posteriormente desarrollar un dialogo entre el pensamiento de estos autores con el objeto de encontrar, si es posible, un conceso teórico que nos permita tener tanto un acercamiento filosófico-ontológico y metodológico de la fundamentación y (re)significación que los derechos humanos aportan para el pensamiento jurídico.

CAPÍTULO I. DERECHO MODERNO: SU OBJETIVISMO CIENTIFICISTA EN CONTRASTE CON LOS DERECHOS HUMANOS

1.1. Introducción

Este primer capítulo se encuentra enfocado a establecer las directrices y límites sobre los cuales se centrara la problemática de la investigación, es decir, la concepción del derecho desde su acercamiento teórico y práctico. Para ello, abordamos la teoría del derecho desde una perspectiva epistemológica que determine su interrelación con la *modernidad*, así como el desarrollo del pensamiento moderno de diversos autores, para determinar un punto en común sobre el tratamiento que se le dará al *positivismo jurídico*.

Posteriormente, desarrollaremos al positivismo jurídico como un concepción del derecho, que bebe de la inspiración del *conocimiento moderno* en cada uno de sus postulados, para así abordar la critica que desde el punto epistémico se le determina al derecho desde la óptica, científica y objetiva.

El tratamiento metodológico con el que se abordara este capítulo, tiene como intención desarrollar un breve análisis desde una óptica muy particular y concreta del positivismo jurídico, su relación con la modernidad, así como su incapacidad actual para concretizar el pensamiento jurídico como una ciencia de lo humano que logre la cohesión de la sociedad y la satisfacción de las necesidades humanas que requieren ser juridizadas, pero principalmente garantizadas.

Ante tal problemática, es menester relacionarla dinámicamente con la profundidad que los derechos humanos agregan al pensamiento jurídico; como una forma que además de complejizar el pensamiento y la *praxis* jurídica, contienen un elemento que *a priori* dotan al derecho de nuevas herramientas teóricas y prácticas para el desarrollo del mismo. Es por ello, que los derecho humanos pueden ser el nexo que logre (re)significar el pensamiento jurídico más allá del simple positivismo.

1.2.- El derecho y la modernidad (derecho moderno)

Para comenzar a realizar un estudio teórico conceptual y filosófico de un concepto dinámico como el derecho (según su contexto social, histórico, ideológico etc.) es primordial delimitar el objeto de estudio, así como la óptica fenomenológica; circunstancias sobre las cuales se encontrara encausada la investigación, a efecto de iniciar a construir el problema que en esencia abordaran las subsecuentes páginas.

El derecho como tal, se encuentra constreñido a un conjunto de saberes, métodos y ciencias que se interrelacionan con el objeto de sistematizar (al menos en su *prima face*) una disciplina que tenga relevancia y concreción valorativa en la sociedad. Para ello, es menester, redimensionar el derecho como un término que se vincula a la producción propia del conocimiento y la determinación epistemológica de su estudio, ya que esto nos proporcionara metodológicamente un guía de inicio de estudio sobre la problemática.

La consigna de estas páginas no se abocara, propiamente, al examen y análisis de la epistemología jurídica como objeto universal y principal, sino que, por el contrario, delimitaremos con los problemas contemporáneos sobre los cuales la filosofía y la praxis jurídicas se encuentra en constante tensión por la ya cada más evidente consolidación de una dinámica jurídica transformada por los derechos humanos, los cuales, han modificado las reglas del juego dentro del derecho.

De tal manera que, la controversia contemporánea que apuntaladamente arroja disertaciones en contrario ante la epistemología y la teoría de derecho se ven insoslayablemente evidenciadas en el tránsito de una *modernidad madura*¹ que inequívocamente muestra rasgos de cansancio teórico que, aparentemente, carece ya de justificación material para sus principales postulados.

¹ Es menester recalcar que esta investigación no se encuentra sesgada en la forma de aproximación de la teoría de derecho; al delimitarse a una construcción crítica-productiva a partir del *derecho moderno*. Esta cuestión se ve proporcionalmente relacionada con la intención material de las siguientes paginas al confrontar el derecho moderno con los derechos humanos y con un proceso filosófico de conocimiento, así como de una teoría pragmática de la su concepción y aplicación justificativa.

El derecho, así como la modernidad, son objetos de estudio, de los cuales, como ya se mencionó, no nos centraremos en analizar su sentido material y formal, sino su relación que, dentro de una epistemología jurídica, comúnmente lo denominan *derecho moderno*. Pese a lo anterior, es relevante destacar que tanto el derecho y la modernidad son conceptos equívocos que al interrelacionarse para su estudio dan pauta a la controversia descriptiva de su significado.

Ante tal cuestión, nos limitaremos a analizar a ambos conceptos en su interrelación teórica y filosófica, es decir, como *derecho moderno*, dando prioridad en la (re)significación que le otorga el segundo concepto al primero; en otras palabras, lo que la modernidad como concepción teórica le otorga al derecho, debido a que esta investigación pugna por desarrollar tintes filosóficos y metodológicos del derecho, por lo cual el definirlo ahora no tendría relevancia sin el estudio que, en contexto, se desarrollara a lo largo de estas páginas.

Podríamos decir que la modernidad es una etapa epistemológica que permea en el conocimiento en general, la cual se caracteriza por dejar a un lado el conocimiento procedente de lo antiguo, la tradición, de lo místico y lo religioso; dando paso el conocimiento razonado, es decir, el uso de la racionalidad como principio fundamental de la construcción del conocimiento. El ese sentido, la *modernidad* marca el final de la *edad media*, así como a la forma y desarrollo de la sociedad en todas sus entrelazados conceptuales, concretizando una nueva asimilación social, cultural y cognitiva entre conocimiento y sociedad.

La modernidad, como ya se ha planteado, permea todos los ámbitos; siendo identificable en la cultura de la sociedad occidental,² la cual se caracteriza por la asunción de la sociedad bajo el paradigma hegemónico burgués, la aparición de la racionalidad como la (re)significación del sentido y fuente de concomiendo para el ser humano. Asimismo, lo anterior lleva aparejado el crecimiento científico (como fuente de racionalidad), la metodología (como modelos unívocos de verdad) y el

² La modernidad como proceso histórico-social se suele relacionar con la transformación de los pueblos asentados en la Europa occidental y, aparejadas con los movimientos sociales burgueses-liberales, los cuales lograron asentarse en América Latina como producto de la colonización de los antiguos pueblos indígenas. en este sentido se hace referencia a la obra de Enrique Dussel, *Filosofía de la liberación*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

desarrollo científico y tecnológico que causaría la carrera industrial y a su vez el capitalismo-industrializado.

El paso a la *modernidad* viene cargado de la secularización de conocimiento, el abandono de lo antiguo, pero de aquello antiguo, místico y divino que fungía como fundamento o respuesta a las preguntas trascendentes a la *praxis* de vida. Es decir, la modernidad, separó el conocimiento de lo divino (natural) de uso de la razón, llevando a esta última hasta al perfeccionamiento de una razón instrumental.

Hablar sobre la *modernidad* es, en sí misma, una tesis a partir de múltiples posturas y enfoques que a la fecha son fuente de estudios para describir y comprender las transformaciones que ha vivido y sigue viviendo la sociedad occidentalizada. Sin embargo, centrándonos a la concreción teórica del *derecho moderno*, es menester, destacar que esta permeo profundamente en la producción del pensamiento jurídico occidentalizado; principalmente en los sistemas jurídicos germánicos-continetales e incluso en aquellos de tradición anglosajona, debido a la desbordada necesidad de legitimación y justificación de modelos burgueses y liberales que pugna por la protección del mercado.

La *modernidad* con su, entonces, cambio de paradigma logró asentarse en el mundo occidental; como muestra de la transformación y legitimación de nuevos parámetros, directrices, valores e ideas, las cuales fundamentan su consecución a través de la moderna teoría política, jurídica y social, así como en la asimilación de modernos sistemas *iuspublicisticos*.

La relevancia que lo anterior al pensamiento jurídico es innegablemente abrumador, tanto así, que constituye las bases de la transformación del pensamiento jurídico de concepción naturalista a la preferencia y perfeccionamiento de modelos positivos que se desarrolla aún más de lo que los racionalistas escolásticos pensaron en un inicio.

Es así que la modernidad, en conjunto con sus tesis reformistas, trae consigo la consolidación de la teoría y concepción jurídica *positivista*; la construcción de una nueva escuela jurídica que sería el objeto de estudio de innumerables juristas con el vaivén de la historia así como la consolidación de las perspectivas *objetivistas* que caracterizan al conocimiento moderno.

En merito a lo anterior, es momento de analizar casi de manera esquemática la los principales elementos del *positivismo jurídico*, para posteriormente confrontarlo con la fundamentación de los derechos humanos, ver lo que nos deja y pasar a estudiar dos paradigmas distintos, planteados por una filosofía del conocimiento (hermenéutica) y una postura analítica (la argumentación) así como su forma de concatenarse como una posibilidad y oportunidad de concretizar nuevas formas de renombrar el pensamiento jurídico, así como su interpretación/aplicativa.

1.2.1. Positivism jurídico: la concepción del derecho como resultado de la modernidad

El *positivismo jurídico* (*iuspositivismo*) logra instaurarse como la concepción del derecho predominante en la *modernidad*, ya que como se ha mencionado, este es resultado de la misma *modernidad*. El positivismo al igual que los otros conceptos que hasta ahora hemos manejado gozan de una bifurcación de diversas reinterpretaciones que a lo largo de los últimos años se han desarrollado a través de uno de los núcleos académicos dedicados al estudio del derecho que actualmente gozan de mayor preponderancia que la escuela académica *iusnaturalista*.

La diversidad y ambigüedad de la doctrina *iuspositivista* es tal, que puede llegar a confundirse y mal entenderse con profunda regularidad, es por ello que Agustín Squella nos dice sobre el positivismo jurídico que:

[...] es preciso hacer notar también que la expresión positivismo jurídico, incluso se examina por referencia únicamente a los autores del presente siglo, tienen distintos significados en la literatura jurídica. Con esto se quiere decir que hay varias maneras de entender el positivismo jurídico en nuestros días. Dicho de otro modo: son varias las tesis o doctrinas consideradas como prototípicas del positivismo jurídico, lo cual constituye una verdadera dificultad para cualquier intento de una caracterización general del positivismo jurídico.³

³ Agustín Squella, *Positivism jurídico, democracia y derechos humanos*, México, Fontamara, 2004, p. 10.

Squella juiciosamente nos dice que el positivismo jurídico es tan amplio que, para querer abordarlo, es necesario aproximarse a él de una forma rigurosamente analítica; ya que sería arriesgado hacer un estudio descriptivo y principalmente crítico, basándonos con elementos que comúnmente (en su mayoría erróneos) establecen una sentido de *iuspositivismo* con máximas y tesis generalizadas, cuando esta concepción aborda diversas formas y caracterizaciones teóricas y doctrinales.

Realizar un crítica al positivismo jurídico, necesita de una análisis que no se aproxime al positivismo de manera simplona y limitada, ya que si entendemos a esta concepción jurídica como la más importante en la actualidad, es menester, llevar a cabo una metodología que no se encuentre de entrada sesgada por prejuicios ideológicos y psicológicos.

Por ello, en las siguientes paginas se analizará lo anterior, no con la intención de hacer un estudio a profundidad del *iuspositivismo*, sino de verificar que al hablar de positivismo en el derecho nos referimos a muchas cuestiones, que apelan en sentidos y aporías distintas unas de otras, para al final sintetizar esta concepción de la forma más adecuada a la que se encuentra orientada esta investigación.

1.2.1.1. Principales doctrinas del positivismo jurídico

El positivismo jurídico ha sido desarrollado a lo largo de los años pasados; su ambigüedad es producto de la reinterpretación y del desarrollo teórico de los juristas contemporáneos por renombrar la realidad a través de algunas tesis principales sobre las que versa el *iuspositivismo*. Podemos decir que el positivismo jurídico ha visto sus falencias a través del devenir histórico, siendo señal de ello, su desarrollo teórico como muestra de readaptación y de reconfiguración latente en referencia a una sociedad cambiante y dinámica.⁴

⁴ Como muestra de ello podemos analizar las diversas escuetas y doctrinas generadas por el positivismo jurídico a lo largo del siglo XX y XXI, pasando de diversas configuraciones de asimilación epistemológica moderna hacia una (re)configuración posmoderna. Con la intención de mantener algunas de las tesis elementales del positivismo jurídico vigentes en el pensamiento jurídico, más allá de las concepciones posmodernas del derecho tales como la teoría crítica, el escepticismo jurídico entre otras nuevas variantes de las doctrinas marxistas así como del auge del realismo-materialista anglosajón. Véase en Manuel Atienza, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2012.

El positivismo jurídico se distingue por su amplio estudio y reflexión científica que han llevado a cabo numerosos autores, juristas y filósofos que, con el afán de mantener vigente al positivismo, han diversificado una concepción jurídica que hoy en día sería difícil de describirla esquemáticamente. Por ello, optaremos al igual que Agustín Squella en su obra *“El positivismo jurídico, democracia y derechos humanos”* el ahondar en el pensamiento de los juristas positivistas más representativos, como son el caso de Hans Kelsen, Norberto Bobbio y Herbert Hart.

Kelsen es reconocido como jurista positivista por excelencia, sin embargo, poco se ha extraído de sus obras a efecto de reconstruir su pensamiento, el cual es de suma relevancia al hacer un estudio del positivismo, así como la enraizada discusión de la moral y el derecho.⁵ Kelsen revitaliza la controversia al confrontar la moral y el derecho; Squella sintetiza el pensamiento Kelseniano en dos principales consecuencias:

- a) La distinción entre el derecho y la moral, como dos órdenes sociales diferentes, y la distinción consiguiente entre derecho y justicia por entender que la justicia es el modo como la moral se proyecta en el campo del derecho; y
- b) La idea de que todo derecho estatuido por quienes se hallan autorizados para producir normas jurídicas debe corresponder a la exigencia política y jurídica de la previsibilidad de la decisión jurídica y a la exigencia de la seguridad jurídica.⁶

La teoría pura del derecho de Kelsen, no busca inexorablemente dividir de manera tajante la moral del derecho, ni la justicia de la norma jurídica, más bien tiene por objeto evidenciar que ningún medio de racionalidad puede entablar de manera puramente objetiva o científica la asunción de normas plenamente justas y morales dentro del derecho positivo; visto como la última consecuencia anteriormente descrita.

⁵ Un estudio que intenta reconstruir el pensamiento de Kelsen, mal entendido generalmente, por causas imputables a él mismo, es la obra del autor Oscar Carreas, en la cual realiza un análisis y estudio hermenéutico sobre la constitución política de la división científica del derecho como perfeccionamiento de la teoría jurídica, y como separación de la ideologización de conceptos arraigados por intereses morales y económicos y sociales de grupos determinados. Véase Oscar Carreas, *El otro Kelsen*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

⁶ Agustín Squella, *ob. cit.*, nota 3, p. 11.

Kelsen intenta separar la moral y el derecho, debido a que los modelos racionales de valor no garantizan una decisión que atienda efectivamente a la búsqueda de la justicia y la imparcialidad.

Por su parte el jurista italiano Norberto Bobbio desarrolla una teoría histórica del positivismo jurídico a partir de tres aspectos esenciales los cuales no tienen que verse implicados entre sí, e incluso, distingue en que algunos positivistas solo tengan en sus obras referencia a uno o dos de estos aspectos. Bobbio nos dice en su obra *“El problema del positivismo jurídico”* como podemos distinguir al *iuspositivismo* desde tres aspectos históricos: “1) como una forma de acercarse al derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del derecho; 3) como una determinada ideología del derecho.”⁷ Esta división que, acertadamente, realiza Bobbio, describen las principales caracterizaciones en las cuales podemos encajar al positivismo jurídico como un proceso epistemológico, que sin bien, no está exento de críticas, bien podríamos decir que logra esquematizar la naturaleza jurídica y filosófica del positivismo desarrollado en la *modernidad*.

Al primer aspecto, Bobbio también lo llama como el “positivismo metodológico, porque consiste únicamente en un método de identificación y descripción de lo que se encuentra establecido como derecho.”⁸ Este tipo de acercamiento “metodológico” al derecho se retomará en paginas subsecuentes a efecto de concretizar los efectos teóricos sobre los cuales se basa el positivismo al que pretendemos dimensionar.

Al segundo aspecto, nos dice Squella que Bobbio lo identifica como teoría de derecho positivo, que vincula la existencia del derecho a la formación del estado y que entiende que todo derecho es producto de la actividad del Estado; el positivismo jurídico es más que un método y se caracteriza por la idea de la supremacía del derecho producido por el Estado y por la idea de que las leyes tienen mayor valor como fuentes de derecho.”⁹ Este sentido que reiteradamente han atribuido diversos

⁷ Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2014, p. 44.

⁸ Agustín Squella, *ob. cit.*, nota 3, p. 13.

⁹ *Ibidem*.

autores al positivismo jurídico es de vital importancia para su estudio y posterior crítica.

El último aspecto del cual nos habla Bobbio lo relaciona con la pérdida de directrices o valores por parte del positivismo jurídico; al descartar los juicios de valor o juicios morales sobre las normas que aparentemente podamos tildar de injustas, es decir, atribuir al positivismo jurídico más que una obediencia externa por temor a una sanción, una obediencia que interna como obligación moral de conciencia.

Por su parte Hart, el filósofo y catedrático de la universidad de Oxford, dedica su obra al estudio del positivismo jurídico, lo que le lleva a aportar una serie, o grupos de tesis, las cuales van cambiando según el perfeccionamiento de su teoría positivista. Sin embargo, nos centraremos en enunciar las cinco primeras tesis o postulado que él desarrolla siendo las siguientes: a) la idea de que las normas jurídicas son ordenes o mandatos; b) la idea de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral, o sea entre el derecho que es y el derecho que debe de ser; c) la idea de que el análisis de los conceptos jurídicos es algo que vale la pena, y que este análisis no debes ser confundido con las investigaciones históricas acerca del origen de las normas, con las investigaciones sociológicas, sobre la relación entre el derecho y otros fenómenos sociales, ni con las investigaciones estimativas que llevan a cabo una evaluación crítica del derecho; d) la idea de que el derecho es un sistema cerrado de normas en el que las decisiones de los jueces pueden ser deducidas, por medios lógicos, de normas generales de la legislación; y e) la idea de que los juicios morales, juicios de valor , no pueden ser demostrados racionalmente.

Estas primeras tesis que destaca Hart sobre el positivismo son aquellas que se pueden utilizar para un análisis crítico del positivismo; cuestión que el mismo autor anglosajón revalorizo al concretar una nueva conformación de su teoría positiva en lo que bien podríamos mencionar como una postura abiertamente axiológica que retomarían diversos autores de tilda *neopositivista*.

Habiendo hecho un brevísimo recorrido teórico y doctrinal del positivismo jurídico, es tiempo de retomar lo que queda de ellas, como un afán de sintetizar la concepción positivista dentro del derecho y sus límites actuales para el desarrollo del pensamiento jurídico y de la concepción y aplicación de los derechos humanos.

1.2.1.2. La producción estatal y el carácter científicista y objetivista

El retomar el pensamiento de Kelsen, Bobbio y Hart es de vital trascendencia para identificar bajo que tradición de pensamiento epistemológicamente se encuentra una concepción del derecho que tienda al sentido positivista que permea la *modernidad*. Bajo el análisis en conjunto de los principales aspectos de las doctrinas vertidas por estos autores podemos reconocer una tendencia, e incluso, demostrar un cierto rasgo metodológico entre sus diferentes tesis.

Para los efectos de esta investigación, creemos que quien aporta una estructura sólida sobre el positivismo jurídico es Norberto Bobbio; ya que lo dota de una composición abierta, aunque esta la haga como un punto de partida para la defensa del positivismo.

Son varias las posturas sobre las cuales podríamos elaborar un estudio del positivismo, sin embargo, es importante delimitar los enfoques sobre los cuales hablaremos. Por ello, el analizar las doctrinas positivistas de Kelsen, Bobbio y Hart debido a que nos dotan de un conocimiento previo de causa, así como los fundamentos de una postura dialéctica entre los autores y entre diversas concepciones jurídicas. Pero, qué es lo que nos deja o queda del análisis al pensamiento de los, hasta ahora multicitados, autores positivistas, son elementos coyunturales sobre los cuales emana el *positivismo modernista*, datándolo de caracterización histórica y conceptual que el pensamiento jurídico le suele atribuir.

Es menester retomar los tres aspectos sobre los cuales basa Bobbio al positivismo jurídico, destacado por dos tesis fundamentales: a) en base a su acercamiento al estudio del derecho y b) en base a ser una concepción teórica. Con ello, no quiere decir un tercer aspecto; el relacionado a asimilar al positivismo como una ideología, no sea acertado, sino que para efectos prácticos de esta investigación, lo observamos como un aspecto intrínsecamente interrelacionado con los dos primeros. Asimismo, podemos ubicar al pensamiento de Kelsen al abordar al positivismo jurídico desde la necesidad de separar la moral del derecho a efecto de concretizar una teoría pura del derecho. Y por su parte Hart, nos muestra las tesis de un positivismo maduro (si es que cabe la posibilidad de llamarlo así) que se

concatenan perfectamente con los tres aspectos que menciona Bobbio, así como con el pensamiento de Kelsen.

Del resultado de lo anterior, podemos arrojar una síntesis del positivismo (no absoluta, pero sí la idónea para estas páginas) como reflejo del pensamiento *moderno*, las cuales evidentemente se interrelacionan con una postura epistemológica que va más allá de una concepción jurídica; al mostrarnos una dinámica cultural, social y psicológica por mencionar sólo algunas de sus características.

Bajo las doctrinas hasta aquí expuestas podemos retomar los postulados de Bobbio, como ya habíamos mencionado, debido a que nuestro objeto de estudio se basará principalmente en hacer una crítica al positivismo como una forma de acercamiento al estudio del derecho y como una forma de estructuración o concretización de una teoría o concepción jurídica.

En primer lugar entender al positivismo jurídico como una forma de acercamiento al estudio del derecho, equivaldría en distinguir el derecho real y el derecho ideal, o como nos dice Bobbio, se trata de entender al derecho desde un acercamiento meramente científicista; resultado de la comprensión epistemológica moderna, la cual se enclaustra en el conocimiento como búsqueda de las tesis generalizadoras y objetivistas de pensamiento unívoco. En ese sentido Bobbio nos habla de la objetividad unívocista del positivismo jurídico a partir de que: “[...] la orientación científica en el estudio de los hechos morales está representada más que por el uso de ciertas técnicas, por la objetividad entendida como la abstención de toda toma de posiciones frente a la realidad observada, neutralidad ética [...]”¹⁰

El acercamiento que propone el positivismo jurídico al estudio del derecho se centra en descubrir (más no en demostrar) el valor de objetividad del derecho como conjuntos codificados que arrojan respuestas unívocas ante las problemáticas sociales. Lo anterior, en concordancia con inclinación “pseudo” kelseniana de la supresión de valores y juicios morales que tilden de eticidad política a las normas positivas. Este tipo de *approach* al estudio del derecho da la entrada a nuevas concepciones derivadas al positivismo tales como el *formalismo* (del cual se hablará

¹⁰ Norberto Bobbio, *ob. cit.*, nota 7, p. 47.

más adelante) concatenandola con las formas de creación del derecho. Asimismo, la postura pura y científicista del estudio del derecho lo vemos en las tesis de Hart que secularizan a la moral del derecho, así como la descripción de una conceptualización univoca que niegue el estudio del derecho con investigaciones históricas, sociales y fenomenológicas, es decir, una ciencia pura que, como tal, no ocupa de un sentido material y moral para acreditar que el estudio del derecho positivista como sinónimo del estudio de la vigencia de una norma positiva.

Para continuar, sería necesario determinar y conceptualizar la *vigencia* como único requisito que aunado al carácter científicista y objetivista del positivismo, niega la posibilidad o necesidad de observar y estudiar al derecho con una perspectiva crítica en cuanto a valores morales. En otras palabras, el hablar de un sentido univoco en el derecho, negamos la necesidad de los juicios de valor o materialidad sobre el estudio del derecho, desde su perspectiva de una justificación externa, es decir, bajo los paradigmas cognitivos de otras propuestas científicas.

Dotar de fundamento crítico al estudio del derecho concretiza más allá de la *vigencia*; como atención de la una óptica científica, un juicio de *valides*; que acompañe al estudio del derecho bajo instancias críticas morales y políticas, para lo cual Squella nos menciona la necesidad de:

[...] una doble exigencia que los juristas deben de satisfacer simultáneamente sin sacrificar una en beneficio de la otra. Porque cuando la vocación científica se subordina a la actividad y metas propias de la política, se empobrece nuestra comprensión de la realidad. Pero, por otra parte, cuando los juristas invocan el nombre prestigioso de la ciencia para eludir posiciones en terrenos de la política y de la moral, entonces quizá ocurra para ellos algo peor: verse disminuidos como hombres y como ciudadanos.¹¹

Squella nos menciona que, al igual que Kelsen (o mejor dicho retomándolo), que abstraer de cuestiones morales al derecho, con la intención de limitar los gustos y prejuicios que este sentido moral le puede otorgar desde la perspectiva subjetiva de quien le analiza y desarrolla, puede caer en un sentido acrítico y falto de *valides* a

¹¹ Agustín Squella, *ob. cit.*, nota 3, p. 25.

una concepción jurídica que asimile produzca y reproduzca derecho en forma moralmente inválida o injusta.

El sentido de *vigencia* como una forma de aproximación al derecho de carácter científico-acrítico sin la necesidad de los juicios morales; refleja una teoría del derecho, la cual se conceptualiza se forma y se materialización desde los postulados de una *modernidad estatal*.

El acercamiento al estudio del derecho desde una postura científica, se materializa a través de su forma de *producción*, es decir, de aquello en lo que se determina como derecho en estricto sentido, como instrumento regulador para la obtención de la paz y de garantizar las necesidades jurídicas. Sin embargo, como anteriormente mencionamos, esto se lleva a cabo desde la asunción de una *producción* jurídica por parte de un sistema *estatal moderno*. Bobbio, bajo la anterior postura nos dice que la función de *producción* y, la adaptación de las fuentes del derechos, es propia y exclusiva del Estado, ya que es este quien determina lo que es derecho, como norma coercitiva, en tanto que esta es inapelablemente justa. De ahí que verse su fundamento acrítico y falta de juicio de valor moral y material; reconociendo como derecho aquel objeto presupuesto como *dado* por los órganos que el Estado previamente les reconoce la facultad de emitir el derecho *puesto* y tangible para el conocimiento de cualquiera y, no con el objeto, de buscar una dialéctica que le legitime y reconozca como propio, sino con la intención de darse a conocer como derecho coercitivo de planteamiento universal y unívoco sobre el cual deban asumir su obediencia de forma moral y legal.

Cuando se le dota al derecho que es *producido estatalmente*, las características de univocidad y de fundamento acrítico moral y material se suele justificar propiamente bajo los parámetros de la certeza y la seguridad, es decir, de una imposición que, si bien pudiera radicar de injusta, busca la aceptación a través de una concepción jurídica que entienda y estudie al derecho así como su interpretación y aplicación, bajo parámetros delimitados para los aplicadores e intérpretes de derecho que, para estos instantes, es un sinónimo de ley o normatividad.

Bajo este paradigma *estatista* también se asimila el pensamiento temprano de Hart; al separar al estudio e investigación jurídica de las investigaciones históricas y

sociológicas, lo cual evidencia un acercamiento al estudio del derecho *univoco e interno*. Lo anterior lo reafirma al considerar al derecho como “sistema cerrado de normas”, así como la negación de los juicios morales o materiales debido a la poca eficiencia en cuanto a su racionalidad práctica.

En esa misma tesitura se encuentra Bobbio, quien nos aporta elementos que terminan por demostrarnos y describirnos un positivismo jurídico desde su aspecto teórico; reconociendo en la *producción jurídica estatal* las siguientes teorías que se encuentra relacionadas con lo anteriormente manifestado¹²:

1) con relación a la definición del derecho, la teoría de la coactividad, según la cual se entiende por derecho un sistema de normas [en la misma sintonía que Hart] que se aplican por la fuerza, o bien, de normas cuyo contenido es la reglamentación del uso de la fuerza en un grupo social; 2) con respecto a la definición de norma jurídica son mandatos, con todo un cortejo de subdistinciones (mandatos autónomos o heterónomos personales o impersonales, categóricos, hipotéticos, éticos, o técnicos, abstractos o concretos, generales o individuales; 3) con respecto a las fuentes de derecho la supremacía de la ley frente las otras fuentes y la reducción del derecho consuetudinario, del derecho científico, del derecho judicial, del derecho que deriva de la naturaleza de las cosas, al carácter de fuentes subordinadas o aparentes; 4) con respecto al orden jurídico en conjunto, la consideración del complejo de las normas como sistema al que se atribuye el carácter de plenitud o de ausencia de lagunas y, subordinadamente, también de coherencia o falta de antinomias; 5) con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica [...]¹³

En merito a lo anterior, podemos sintetizar de la obra de tres de los positivistas más representativos el carácter limitado o cerrado al cual le podemos atribuir al positivismo jurídico. Sin embargo, es importante ahondar en algunos aspecto que nos podrán dar un panorama aun más amplio en dos de los criterio que deseamos contrastar de una concepción jurídica positivista a una (re)construcción y

¹² cfr., Pese a que esta división de teorías relacionadas al positivismo jurídico en referencia a su acercamiento teórico y producción estatal, Bobbio la realiza con el afán de señalar que esta óptica del positivismo no se encuentra encarnada o asimilada por los positivistas de su época, ya que ellos mismos, no aceptan este *approach* meramente estatal. Véase Norberto Bobbio, *ob. cit.*, nota 7, p. 51.

¹³ Norberto Bobbio, *ob. cit.*, nota 7, p. 50.

(re)aplicación del pensamiento jurídico en relación con los derechos humanos. Para ello, en preciso destacar los últimos tres puntos transcritos de la obra de Bobbio, ya que de ellos podemos rescatar lo siguiente: 1) el proceso de acercamiento y filosofía del conocimiento en relación al derecho se encuentra enclaustrado en un sentido unívoco, que determina a la ley como fuente de conocimiento *dado* y pleno; y 2) la aplicación del conocimiento jurídico se limita a un carácter *reproductivo*, carente de nuevos criterios y postulados críticos, debido a su proceso metodológico lógico-formal deductivo.

El positivismo jurídico apela al sentido cientificista y acrítico característico de la producción jurídica exclusiva del Estado; esta cualidad en cuanto a su pedigrí, toma nuevos aires en lo que diversos autores han llamado: una subdistinción del positivismo, en cuanto a su producción y su metodología formal. Es por ello que se pasará a analizar someramente al positivismo desde una aproximación formalista así como normativista.

A. El derecho formal y su acercamiento al estudio y a la materialización normativista

Al hablar sobre la distinción que la *modernidad* ha intentado de dotar al derecho con fundamentos cientificistas, objetivos y acríticos; hemos evidenciado que la proliferación de este pensamiento se encuentra simbióticamente equiparado con la *producción* del derecho desde su pedigrí *estatal*, es decir, que solo el estado puede determinar que es derecho y como se interrelaciona la norma con otras fuentes del derecho.

Por ello, es momento de abordar, dentro del pensamiento positivista, la doctrina formal o formalista del derecho. Bobbio nos arroja una definición simple y concreta del formalismo jurídico, al decirnos que: “Se llaman formalistas aquellas teorías que presentan al derecho como una forma (generalmente constante) respecto a un contenido (generalmente variable).”¹⁴ La definición que nos muestra el jurista italiano creemos aporta más contenido del que en un primer instante pareciera, ya que

¹⁴ *Ibid*, p. 21.

determina que el acercamiento al derecho como formal estatica (*producción estatal exclusiva*), pero no como una forma dinámica o cambiante, sino, por lo contrario, busca ser *constante*, lo que quiere decir que la constante es la objetividad puesta de la norma, es decir, un supuesto inmutable que pretender universalizar el pensamiento y la realidad en una codificación concreta, dada y terminada, mientras que su por su parte la condicionante *variable* de la ecuación la tenemos en el caso concreto y particular al que lo subsumimos al supuesto de derecho.

La base central del formalismo es, evidentemente, la forma (desde su aspecto de vigencia) en que el derecho, es decir, la norma jurídica, es creada, mediante los procesos públicos y estatales determinados para ello. A efecto de acotar lo anterior es viable retomar el pensamiento de Oscar Correas quien nos dice que:

[...] la normatividad, si presenta el carácter de lo evidentemente universal. Una norma siempre tiene la misma forma. Es sobre esta base que se asienta esta teoría y sobre la cual se monta su concepción de una ciencia jurídica que tendría por objeto el análisis de esas formas normativas. Dicho de otro modo la ciencia jurídica agota su objeto en el problema de *validez* de las normas, sin llegar nunca al estudio de lo que Kelsen llama "eficacia", esto es, el problema de si los ciudadanos se conducen o no como lo establece la norma. Para los formalistas, el contenido de las normas, su "eficacia", si es un tema legítimo, lo es para la sociología jurídica y no para la ciencia jurídica "pura".¹⁵

Oscar Correas continúa manifestando que el formalismo se caracteriza dentro de criterios de aplicación meramente mecanizada, al mencionar lo siguiente:

Es una ciencia apropiada para quienes dicen querer aplicar el derecho con exactitud sin atender a sus contenidos concretos. Y la pregunta que se impone es entonces: ¿a quién le conviene esa actitud científica? Y la respuesta es política: le conviene a la burguesía, interesada en que su estado funcione lo mejor posible sin que nadie se preocupe si eso está bien, si es "justo" etcétera. Es una ciencia al servicio de la burguesía, no tanto por lo que se estudia, sino por lo que *no se estudia*.¹⁶

¹⁵ Oscar Correas, *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*, México, Fotamara, 2013, p. 20.

¹⁶ *Ibid*, p. 21.

A partir del pensamiento crítico de Oscar Correas comenzamos a visualizar una concepción jurídica positivista y formalista “perversa” al concretizar una teoría jurídica *instrumental*, que en auspicio y justificación científica, reclama una teoría jurídica asimilada sólo como una *justificación interna*; construida desde esa perspectiva para el sostenimiento y protección de un sistema que no busca criterios de justicia y valores concretos, sino la *producción y reproducción* de sus tesis que se sostienen tanto de hecho como de “derecho”.

Asimismo, como se deriva de la última cita de Correas, este hace mención sobre la interpretación y aplicación del derecho, y es en este sentido, que el positivismo en relación con la *forma* del derecho determina una de las maneras más representativas de producirlo a través del *normativismo jurídico*; “según la cual es un conjunto de calificaciones normativas de comportamiento, con lo que la tarea de una investigación científica del derecho se resuelve en una reducción de los comportamientos a las estructuras y en una continua constitución y reconstrucción de las estructuras mismas”¹⁷

En otras palabras, podríamos decir que el normativismo es la manera en que se objetiviza el derecho bajo una metodología científica de carácter empírica, lo cual permea tanto en la concepción jurídica y en su proceso de conocimiento, explicación y comprensión, así como en su proceso de interpretación y aplicación.

El normativismo-formalista que se concretiza bajo una concepción positivista, en primera instancia, se consolida como el modelo científico de generación de conocimiento y, a su vez, también establece las pautas metodológicas, sobre las cuales su forma de comprensión y asimilación de conocimiento, se regirá bajo una postura *formal*, en el sentido de que esta se deducirá y llevará a cabo a través de los principios ordinarios de la *lógica formal* tradicional, al no existir, bajo el paradigma normativista, ningún impedimento de acercarse al pensamiento jurídico como producto de la comprensión de ciencias empíricas. Esto abre un paradigma propio en cuanto a la interpretación jurídica dentro de la una concepción positivista que asume al derecho formal y a su determinación normativista, la cual es de vital importancia

¹⁷ Norberto Bobbio, *ob. cit.*, nota 7, p. 29.

revisar a efecto de poder introducir los derechos humanos de forma concreta en el pensamiento jurídico.

1.2.1.4. La interpretación jurídica como proceso metodológico de la lógica formal

La estructura del pensamiento jurídico bajo el normativismo-formalista limita o restringe el acercamiento metodológico del intérprete o del investigador; al asumir una postura lógica-formal tradicional, como una función jurídica de revisión de premisas empíricas, tal como se lleva a cabo en otros ámbitos científicos.

La lógica formal o lógica jurídica funge, bajo la concepción positivista, como modelo metodológico de comprensión e interpretación del derecho (lo que se entiende por derecho en una tradición positivista formal-normativista, es decir, la norma jurídica). Bobbio reconoce esta postura (aunque en un afán de defenderla) conceptualizando clara y concisamente la aplicación de la lógica formal en el pensamiento jurídico, al decir que: “Se puede hablar en realidad de una lógica jurídica en sentido estricto, es decir, de lógica aplicada al derecho, de dos modos diferentes: como lógica de las proposiciones normativas y como investigación del razonamiento de los juristas”¹⁸

Ambas posturas señaladas anteriormente, dan muestra de lo que en esencia es la posición lógica formal en el derecho; a través de criterios objetivos que buscan respuestas de índole unívoco; al cual se apega una aplicación del derecho cerrada y limitada por el formalismo y el normativismo. Esto, como ya hemos mencionado, trasciende no solo en la forma de producción y concepción del conocimiento jurídico, sino también en su aplicación y, al mencionar, aplicación jurídica, nos referimos a la labor jurisdiccional que hacen los intérpretes del derecho.

La interpretación a la que apela el positivismo jurídico, bajo las condiciones del formalismo y el normativismo, es mediante el uso de la lógica formal y de los procesos deductivos y subsuncionales. Al contener normas como sinónimo de derecho, contamos con ordenamientos acrílicos a los cuales no se les puede poner

¹⁸ *Ibid*, p. 31.

en juicio de su *validez* (volar moral o concordancia con principios axiológicos), motivo por el cual, el interprete se limita a realizar una deducción lógica del caso concreto o particular, al supuestos normativo.

De acuerdo con lo anterior, la función interpretativa-aplicativa del derecho, que generalmente es llevado a cabo por los operadores jurisdiccionales (jueces, así como también los postulantes) se limita a *reproducir* un sistema que, desde su concepción y comprensión, se estructuró de forma cerrada, bajo los principio objetivistas de la ciencia, de la *producción estatal* del derecho, que dota postulados unívocos y absolutos.

La interpretación y aplicación del derecho, se regula bajo parámetros declarativos, y procesos deductivos, en donde los intérpretes y aplicadores fungen operativamente como autómatas de una praxis mecanizada; que no les exigen, e incluso, les recrimina, el hacer juicios materiales o de valore, lo que genera juicios meramente *formales* pero no *sustanciales*. De esta forma una concepción jurídica cerrada y acotada por el formalismo-normativista se asegura que la función interpretativa-aplicativa no *produzca* derecho; es decir, que no cree nuevos derechos y que únicamente se consagre a *declarar* aquel derecho que se encuentra *vigente*.

1.2.3. El positivismo jurídico: un balance sobre sus límites y alcances

El proceso de comprensión, interpretación y aplicación del conocimiento jurídico desde la postura positivista se encuentra cernido bajo el paradigma de una modernidad que asume al conocimiento como un proceso racional, científico, objetivo-univoco y acrítico, así como las directrices de una metodología que no siempre se encuentra en concordancia con las ramas sociales y humanas, ya que estas muestran una imprevisión, relatividad y subjetividad que no se puede invisibilizar en el conocimiento jurídico.

Las aportaciones teóricas y prácticas que nos brinda el positivismo desde su acercamiento de estudio o como proceso de conocimiento y comprensión, así como sus procesos de interpretación y aplicación, las cuales se encuentran enclaustradas

a sus posturas científicas, univocas y objetivistas, lo que conceptos metodológicos universales y deductivos de carácter formalista. Lo anterior no solo es síndrome del pensamiento jurídico, sino de la producción generalizada del conocimiento y de la asimilación e interpretación de la realidad desde una postura epistemológica *moderna*; la cual, si bien aporta, criterios de seguridad, como sentidos armonizadores de paz y de certeza, estos no son suficientes para el crecimiento y el desarrollo del pensamiento jurídico que, evidentemente, necesita seguir aportando nuevas estructuras teóricas-pragmáticas que concreten el sentido del derecho: como el mejor instrumento de la justicia, la paz y la garantía de satisfacer las necesidades generalizadas por todos aquellos que se encuentran *oprimidos*.

Ante este aparente estado del arte y, a sabiendas, de que actualmente se están generando alternativas, el objetivo de este documento es ahondar y proponer la adopción de dos de esas alternativas, desde una perspectiva teoría fundamentada en los derechos humanos, así como en el uso metodológico de la hermenéutica y la argumentación, que si bien, a la distancia podrían sonar incompatibles; ciertamente contienen elementos que pudieran ayudarnos a la construcción de una concepción que sirva para el desarrollo del proceso del conocimiento jurídico y al proceso metodológico de interpretación y aplicación de ese conocimiento jurídico.

1.3. Los derechos humanos y el pensamiento jurídico moderno

Los derechos humanos constituyen una parte importante del estudio del pensamiento jurídico complejo en nuestra actualidad; su importancia y trascendencia son un punto coyuntural para la investigación de las ciencias sociales. Asimismo, sus diferentes puntos de abordaje y fundamentación constituyen una tradición jurídica que si bien no es ambigua, si es muy diversa, debido a que existen puntos encontrados sobre la fundamentación de los derechos humanos, los cuales pueden apelar a una tradición conservadora, ilustrada y naturalista, así como a otros criterios opuestos, como son la tradición materialista, la historicista y en si a la teoría crítica.¹⁹

¹⁹ Véase Alejandro Rosillo Martínez, *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, México, Itaca, 2013; Helio Gallardo, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, San

Pese a lo anterior, el abordaje a los derechos humanos que se pretende realizar en estas páginas no atiende a un diálogo o a la confrontación dialéctica de estas posturas o fundamentaciones de derechos humanos, y mucho menos, a una remembranza histórica de su aparición y primera aplicación, cuestión que también difiere dependiendo desde la óptica en la que se le estudie, sino de su importancia teórica y práctica que reflejaron el pensamiento jurídico moderno, como un rompimiento epistémico del conocimiento *dado* o *puesto*.

En merito a lo anterior, se partirá desde una postura que legitima y valida a los derechos humanos como una vía importante para el mejoramiento del derecho a partir de la concreción de una justicia real. Sin embargo, esta postura será tomada desde la óptica de los derechos humanos como postulados políticos de tradición crítica que transforman la realidad del más necesitado y de aquel que ha sido constantemente oprimido y victimizado por el fuerte que, fáctica e incluso legalmente, consolida su dominación sobre ese *otro*.

Es decir, partimos desde una postura de derechos humanos cimentados desde la teoría crítica a efecto de evidenciar y visibilizar los estragos de un pensamiento jurídico que lejos de ser un conocimiento *dado*, es inconcluso, inconsciente e indolente de las necesidades jurídicas del *otro*. Alejándonos de esa manera, de la concepción ilustrada y legalista que otras doctrinas y concepciones le atribuyen a los derechos humanos; no porque seamos omisos del desarrollo teórico que el debate de los derechos humanos lleva a la actividad teórica y académica, sino porque esto supone renombrar estudios que ya han sido previamente manejados y, principalmente, porque esta temática no es el objeto de análisis de esta investigación.

Habiendo delimitado la anterior, podemos observar que los derechos humanos son el rompimiento epistémico de un paradigma jurídico que reconocía al derecho desde un particular punto de estudio, el cual se ve íntimamente interrelacionado con

Luis Potosí, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UASLP, 2008; David Sánchez Rubio, *Contra una cultura anestesiada de derechos humanos*, San Luis Potosí, UASLP.CEDH, 2007 y; Juan Antonio Senent de Frutos, *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis*, Valencia, Trant lo Blanch, 2007.

el conocimiento moderno y, consecuentemente, con el derecho moderno que supone el positivismo jurídico al cual ya estuvimos analizando.

Sin embargo, la relación entre los derechos humanos y la *modernidad* es aún más estrecha de lo que a *priori* se podría pensar. Los derechos humanos, como resultado de la determinación de metapostulados jurídicos que, bajo una óptica determinada, podíamos relacionarlos con la lucha de derechos, las necesidades jurídicas y la dignidad humana, han pasado a tener un trasfondo exacto y objetivo que no puede dejarse de ver a un lado. Bien es sabido, que los derechos humanos, pueden contener una aporía ilustrada y científicista que promueve el pensamiento moderno a través del positivismo jurídico, también es cierto que pueden fungir como un instrumento o directriz del mismo.

Los derechos humanos son un conocimiento que se muestran desde una postura abierta, es decir, desde un pensamiento interdisciplinario que no se limita al conocimiento de lo unívocamente jurídico; ya que apelan a la construcción de un pensamiento jurídico que se reconstruye bajo parámetros abiertos que logren determinar el fundamento de lo humano, de la sociedad y de lo jurídico.

Pese a ello, existen las críticas a los derechos humanos por su carácter ilustrado así como de su exponencial muestra ilusoria de un positivismo jurídico que estime principios axiológicos.²⁰ La relación entre los derechos humanos y la *modernidad* radica en su planteamiento epistemológico; que determina lo jurídico, así como los derechos humanos, como un conjunto de normas racionales, emitidas por órganos “legitimados” para esa producción jurídica coercitiva. En otras palabras, la modernidad entiende a la los derechos humanos como el conjunto de normas, principalmente constitucionales o tratados internacionales, que determina de forma plena y unívoca, lo justo, lo correcto y lo digno.

Sin embargo, la concepción de derechos humanos que tomamos como referencia en esta paginas, no se encuentra limitada a esa postura (aunque

²⁰ Los derechos humanos desde una postura positiva; es decir, desde un pensamiento moderno que formule a través del pensamiento jurídico *dado* o *puesto* una (re)significación de la justicia a través de los procesos unívocos, científicistas y racionalistas que tradicionalmente se identifican con el positivismo formal-normativista, busca la legitimidad de su acción a través de la implementación de principios axiológicos, éticos y naturales que determinen el derecho justo. A esto también lo podemos llamar *neopositivismo*. Véase Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007.

parcialmente si la reconocemos), ya que, como se ha comentado anteriormente, asimilamos a los derechos humanos como un rompimiento al paradigma epistemológico en cuanto al saber jurídico *moderno positivista*. Por ello, los derechos humanos, son un trasfondo histórico, social, ético y filosófico que trata de ahondar en primer lugar en determinar lo humano y, posteriormente, lo correcto y justo para lo humano en relación a ese contexto histórico, social, político y jurídico.

Bajo esta sintonía surgen las críticas a los llamados *derecho humanos ingenuos* que no visibilizan la problemática desde un trasfondo amplio o que carecen de una fundamentación adecuada. Squella, al determinar la importancia de los derechos humanos en el pensamiento jurídico se plantea una serie de preguntas que sirven de guía para el estudio reflexivo de estos derechos, siendo una de estas el sentido encontrado de su fundamentación y de su concepción aplicativa, mencionándonos lo siguiente:

¿Por qué junto a la causa de los derechos humanos, que tanto prestigio otorga a quienes la abrazan y por lo que tantos, a la vez, han dado literalmente sus vidas, se suscitan expresiones de celebres y acreditados filósofos y pensadores que, sin querer ciertamente atentar contra los valores que hay detrás de los derechos humanos, han calificado la idea de estos como “un disparate en zancos”, o sea, un disparate muy notorio, muy visible, o como “delirios de fanatismo racionalista”, o como “las prerrogativas de la burguesía victoriosa del siglo XVIII”, o como algo “irreal” e incluso “indecente”, o finalmente, como un “mito”, o sea como una mágica palabra intocable y sagrada que todo el mundo adora y de la que nadie puede hoy decirnos su estricto significado?²¹

En esta interrogante Squella condensa gran parte de las críticas que han acarreado a los derechos humanos, más que nada a su tradición moderna de positivismo jurídico que ven, en los derechos humanos, la necesidad de llevarlos a instrumentos normativos a fin de concatenar discursos o prácticas hegemónicas a hurtadillas.

Los derechos humanos, como se mencionó anteriormente, no los abordamos desde una postura netamente, positiva ni neopositivista, sin embargo, ello no quiere decir que abandonemos esta característica, ya que si bien el objeto de los derechos

²¹ Agustín Squella, *ob. cit.*, nota 3, p. 99.

humanos, no es una fundamentación positiva condensada de principios axiológicos que se positivizan en un sistema jurídico determinado, sino que al contrario, estos son un conjunto de contextos sociohistóricos determinados por las luchas y necesidades de las personas, como praxis de producción y reproducción de vida; es decir, son un contexto abierto que combate contra la *autpoiosis* de los modelos *iuspublicisticos modernos*.

Por ello, el debate de la fundamentación de los derechos humanos se encuentra vigente, ya que desde esta acepción, podemos encontrar diversas concepciones sobre lo que los derechos humanos aportan al derecho y, a demás de él, al conocimiento social en general. Comprender los derechos humanos en relación a la modernidad conlleva a realizar análogamente los mismos juicios que se realizan sobre el positivismo jurídico, en un principio porque la determinación de un fundamento filosófico de los derechos humanos, se contrapone con la escuela clásica del positivismo jurídico y de la dogmática jurídica.

1.3.1. Los derechos humanos: como proceso de comprensión y aplicación del derecho

Se ha intentado señalar que el estudio de los derechos humanos desde su fundamento es un tema que por si solo es materia de estudio de múltiples investigaciones. Por ello, es menester recordar que el objetivo de esta investigación no es abordar esta problemática, sino por el contrario planteamos una concepción que ya ha sido con anterioridad debidamente analizada y expresada.

Lo que sí es objeto de estudio de estas paginas es ver la interacción que desde el punto de vista de una concepción determinada de los derechos humanos (a partir de una fundamentación filosófica propia) contrastan con el conocimiento jurídico y su metodología aplicativa; principalmente con el positivismo jurídico y sus bases formales-normativistas.

Damos por sentado la legitimidad de los derechos humanos (la postura aquí manifestada) como una de las formas actuales de concretizar la justicia, la paz y la garantía de cubrir las necesidades jurídicas de las persona, en especial aquella que

han sido dejadas a un lado por los procesos históricos. Asimismo, vemos en los derechos humanos las cualidades y características propias para lograr un cambio de paradigma en cuanto a los procesos de comprensión del conocimiento jurídico. Sin embargo, este cambio de paradigma o de comprensión epistémica no se logra o concretiza únicamente con la fundamentación; necesita de la contribución solidaria de procesos de comprensión que amolden la realidad en relación con un sistema que visibilice a los derechos humanos a partir del estudio teórico y filosófico sobre el conocimiento jurídico, así como su interpretación y aplicación pragmática de ese conocimiento.

Si hablamos de una fundamentación en derechos humanos que cambia la concepción del derecho, es necesario trabajar en los procesos metodológicos como procesos de comprensión-aplicativa. Es a partir de este punto en el cual se abocan los insumos de esta investigación, al buscar alternativas para una teoría de la comprensión jurídica, así como una metodología interpretativa y aplicativa del derecho, partiendo de la ruptura del positivismo jurídico que causó su relación autopoiética que más que ineficiente, es insuficiente como el instrumento que materialice de mejor forma al derecho.

Ante el acercamiento de los derechos humanos, abordamos el estudio de la hermenéutica y de la argumentación como alternativas que nos ayuden a materializar y concretizar una filosofía o teoría del conocimiento jurídico que asimile nuevos parámetros pragmáticos que logre su adecuada implementación.

1.4. Conclusión

Habiendo desarrollado de manera general y muy somera los temas mostrados en este primer capítulo, podemos decir a manera de síntesis, que evidentemente el *conocimiento moderno*, y en este caso, el pensamiento jurídico mostrado a través del *positivismo jurídico* muestran posturas inadecuadas a la actual sociedad y población de los países que de forma directa propician el garantizar los derechos humanos. Los acercamientos al pensamiento jurídico deben transformarse desde su aporía teórica y práctica a efecto de garantizar derechos subjetivos emergentes.

Ante tal situación, la postura que esta investigación abre, con el actual capítulo, es tener un abordaje o acercamiento jurídico que atienda por una parte su teoría como proceso de conocimiento así como su metodología de interpretación-aplicativa en base a los derechos humanos, dando como alternativa para ello, el uso de la hermenéutica y la argumentación como herramientas teórico-pragmáticas que den respuesta a la problemática de fundamentación y praxis de los derechos humanos.

CAPÍTULO II: LA TEORÍA HERMENÉUTICA Y SUS APORTES AL PENSAMIENTO JURÍDICO

2.1. Introducción

En el presente capítulo ahondaremos en la hermenéutica desde sus diversos aportados a efecto de deslumbrar de forma sistemática un abordaje concreto y conciso, no solo desde la hermenéutica jurídica, sino también desde la hermenéutica como filosofía del conocimiento general.

Para ello, comenzaremos analizando a la hermenéutica desde una breve descripción histórica, ya que la relación que guarda la hermenéutica con la historia y con su historia, va más allá de un mero proceso descriptivo o pedagógico, debido a que su sentido conceptual y retórico, se encuentra de forma inherente en su tratamiento histórico.

Este capítulo se centrará en analizar la teoría hermenéutica de Gadamer, sin embargo, el desarrollo de este análisis versará en verificar las principales inspiraciones sobre las cuales Gadamer basa su pensamiento, para posteriormente ahondar en los principales postulados hermenéuticos de la teoría de Gadamer.

Así mismo, estableceremos el diálogo de la teoría hermenéutica en el pensamiento jurídico y en su trascendencia no solo en el ámbito teórico, sino también a relevancia en la metodología jurídica como enfoques alternativos para la interpretación aplicación del derecho.

2.2. La hermenéutica: su origen e historia

Al comenzar a hablar sobre el origen y la historia de la hermenéutica, se logran dos intenciones: la primera, estructurar esta investigación de forma secuencialmente lógica en apego a una aplicación pedagógicamente correcta; y la segunda, conocer aunque sea de forma superflua la esencia misma de la hermenéutica, ya que esta se fundamenta en un carácter histórico. El origen e historia de la hermenéutica es propiamente largo, abarcando diferentes etapas del conocimiento humano en la

historia, donde en algunas de esas etapas tuvo más importancia e interés por los sujetos que quería allegarse del conocimiento. Sin embargo, la historia de la hermenéutica no es el objeto de estudio de estas páginas, por lo que, este será un relato breve y concreto.

Encontramos el origen de la hermenéutica en la antigua Grecia. Hermenéutica es el arte del interpretar. Referencia hecha en relación a la era del mito, debido a que la hermenéutica tenía como objeto hacer llegar los mensajes de los dioses a los terrenales. Es decir, consistía en un emisor, un mensaje y un receptor. Para la era del mito, aquí el emisor eran los dioses, el mensaje el *texto*²² y el receptor es el terrenal o persona que recibía el mensaje del texto. Por ello se considera que el término deriva del nombre del dios griego Hermes, el mensajero, al que los griegos atribuían el origen del lenguaje y la escritura y al que consideraban patrono de la comunicación y el entendimiento. Siguiendo esta tesis, la hermenéutica en la antigua Grecia parte de la necesidad de interpretar los mensajes de los dioses, cuestión plenamente relacionada a la interpretación que el *oráculo* hacía del mensaje a efecto de que este fuera inteligible para todos. Sin embargo, como menciona Maurizio Ferraris este origen, así como sus prácticas, no son exclusivas de la antigua Grecia, sino que por el contrario podemos ver su equivalente en otras culturas como lo es en “la egipcia con Thoth, inventor de la escritura, y en los romanos con Mercurio, dios de los intercambios del comercio y protector de los ladrones.”²³

Así encontramos el sentido teológico de la hermenéutica, partiendo de la necesidad de interpretar los textos religiosos. Avanzando en las etapas históricas del conocimiento humano, la hermenéutica sigue con su carácter teológico de interpretación de textos religiosos, siendo en la edad media avanzada y en concreto a partir de la reforma protestante, cuando la hermenéutica religiosa y la filología se ven obligadas a dar respuestas al antiguo testamento y no solo eso, sino también a

²² Bajo el estudio de la hermenéutica, y como se manejará en las páginas subsecuentes de este documento, el sentido contextual de la palabra *texto* contiene ya una interpretación dentro del conocimiento hermenéutico. El “texto” vendrá a ser el objeto del estudio sobre el cual versará el proceso hermenéutico. En sus inicios, hacía referencia literal a un texto plasmado por escrito, sin embargo en el devenir histórico de la hermenéutica el texto se transforma según el objeto de estudio sobre el cual se aplique, pudiendo ser un discurso oral, un símbolo, notas musicales entre muchas otras cosas más.

²³ Maurizio Ferraris, *La hermenéutica*, trad. de José Luis Bernal, México, Taurus, 2001, p. 7.

revalorizarlo a través de la comprensión de los textos del pasado, aplicándolos al contexto actual, es decir, tomar el texto del pasado y traer al presente sin los miramientos dogmáticos religiosos a los cuales se habían atado a los escritos sagrados. En la interpretación de las sagradas escrituras podemos ver como la hermenéutica es un proceso de conocimiento complejo, caracterizado por diversas variables que van modificando el resultado de la comprensión del texto y del conocimiento en lo general. Bajo esta línea temporal podemos decir que surge la exégesis bíblica cuyo principal exponente fue Mattias Flacius, centrándose en el catolicismo racionalista.

Continuando con la historia de la hermenéutica, y ya habiendo pasando por su conformación teológica y filológica marcada por la edad media (influenciada por la era del conocimiento al cual pertenece), nos encontramos posteriormente con el “Romanticismo, poniendo las bases para una centralidad de nuevos problemas hermenéuticos”²⁴ sustentados en el renovado interés por la tradición.

A partir de aquí es donde surge un punto de inflexión en la historia de la hermenéutica, debido a la ilustración (de lo cual se harán algunos señalamientos en el siguiente subtema). La ilustración como momento histórico de trascendencia para el conocimiento en general, permea de forma sustancial el planteamiento hermenéutico que se tenía hasta ese entonces. Es aquí donde resurge el planteamiento hermenéutico desde un fundamento filosófico y epistémico, debido a que la hermenéutica a demás de ser vista como una forma de acabar el desconocimiento, lo obscuro o ambiguo de un texto, también se propone como un planteamiento intrínseco a la calidad comunicativa del ser humano. A partir de aquí tendremos las aportaciones de diversos autores tales como Gadamer, Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, Paul Ricoeur, entre muchos otros más.

La hermenéutica ya instaurada en la modernidad por un cúmulo de diversos autores, logra ramificarse y obtener nuevos aires. El sentido cientificista de la modernidad ayuda a la hermenéutica a relacionarse dentro de diversas aéreas del conocimiento humano, a demás de que obtiene un fundamento filosófico como ciencia del espíritu, lo cual es innegable. Asimismo se ratifica su importancia en las

²⁴ *Ibid*, p. 13.

ciencias sociales, y por supuesto su gran preponderancia y trascendencia como respuesta a las problemáticas que se enfrentan día a día las ciencias sociales, entre ellas el derecho.

2.3. La hermenéutica: su concepto y relevancia universal

Habiendo hecho una breve narración sobre el origen y la historia de la hermenéutica, podemos partir de una visión que contenga los elementos necesarios para el análisis del concepto práctico de la hermenéutica y como esta pasa a ser un referente en el conocimiento filosófico universal. Esto es un ejercicio sano, a efecto de crear un postulado hermenéutico interdisciplinario en el derecho, que redimensione al derecho en sí mismo, como una disciplina con fundamento filosófico propio y trascendental, por lo cual, este tipo de acercamiento históricos-filosóficos e interdisciplinarios, cumple una función propia de la hermenéutica jurídica, reconociendo la incompletitud de la visión monista del derecho que lo refiere como equivalente a ley.

El concepto de la hermenéutica se maneja de forma superflua en el subtema anterior, reconociendo a la hermenéutica; como el arte de interpretar, sin embargo la palabra “interpretar” se puede observar desde diversas aristas, interpretar es por sí misma una palabra contextual, la cual obtiene diversos significados según sea el planteamiento sobre el cual se utilice. En este sentido, interpretar es un concepto recurrente en el arte, en donde la interpretación es la manifestación artística de una puesta en escena, por otro lado interpretar en aras del lenguaje estricto viene al caso con la traducción del sentido de un texto en otro lenguaje, y así existen muchos otros ejemplos en donde podemos constatar que “interpretar” cobra sentido en diferentes contextos debido a los diversos objetos de estudio.

De esta forma podemos ver que la hermenéutica y su función interpretadora, puede ser contextualizada en un universo de condiciones y variables distintas entre sí. Sin embargo para efectos primarios de la presente investigación nos centraremos a la hermenéutica bajo la perspectiva de interpretación de una acción comunicativa, contenida en un texto (escrito) como objeto de estudio, pudiéndola clasificar de la siguiente manera:

- Cuando se habla de interpretar un acto o comportamiento humano, interpretar a veces significa elaborar suposiciones en torno a los objetivos, a las razones o a las intenciones del sujeto agente²⁵. Aquí torna sentido la interpretación jurídica de la norma, las partes y los hechos de un conflicto jurídico.
- Cuando se habla de interpretar un acontecimiento histórico o social, comúnmente “interpretar significa conjeturar una relación de causa-efecto entre cierto hecho (o conjunto de hechos) condiciones y un hecho (o conjunto de hechos) condicionado.
- Cuando se habla de interpretar un texto, significa atribuir sentido o significado a un determinado fragmento del lenguaje (lenguaje, locuciones, enunciados).²⁶

La hermenéutica como herramienta para la comprensión e investigación de las ciencias sociales ha sido adoptado en diversas disciplinas por varios autores, entre ellos encontramos a Mauricio Beuchot quien nos dice que: “la hermenéutica es una disciplina que nos enseña a interpretar los textos. Entendemos aquí el interpretar como un proceso de comprensión, que cala en la profundidad que nos se queda en una intelección instantánea o fugaz.”²⁷

Por su parte podemos ver los postulados teóricos y filosóficos de Gadamer, quien concibe a la hermenéutica en su concepto filosófico, del cual parte el conocimiento de la hermenéutica jurídica. Gadamer además de concebir a la hermenéutica como una actividad interpretativa la considera como: “Un proceso unitario no solo el de comprensión e interpretación, sino también de aplicación.”²⁸

Las palabras de Gadamer como ya se comentó son de vital importancias a la hermenéutica jurídica. La concepción hermenéutica de Gadamer da sentido al proceso hermenéutico sobre el cual consiste. Es decir, la hermenéutica es en un proceso unitario, que se lleva a cabo casi de forma instantánea, en donde al momento de observar y analizar un objeto de estudio, llevamos a cabo una comprensión, una interpretación pero también una aplicación.

²⁵ Ricardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1999, p. 1.

²⁶ *Ibid*, p. 2.

²⁷ Mauricio Beuchot, *La hermenéutica como herramienta de investigación social*, México, UASLP, 2007, p. 9

²⁸ Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método*, trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael Agapito, Salamanca, Sigueme, 2003, p. 379.

Por su parte, y bajo la misma tradición a la de Gadamer, tenemos los aportes hechos por Paul Ricoeur, autor que dedicó gran parte de su obra filosófica a la hermenéutica, en la cual, si bien reconoce parte del proceso interpretativo, también agrega la importancia del “sentido” del texto, ya que para él “era fundamental distinguir en el discurso el acontecimiento en virtud del cual se produce y el sentido asociado al discurso; el acontecimiento es evanescente, transitorio y el sentido es permanente en virtud de su contenido preposicional.”²⁹ Muestra la importancia de develar el sentido que el autor plasmó al texto, ya que bajo esta conjetura será la forma de que el intérprete se allegue a la verdad originaria que manifiesta el texto. En ese sentido nos dicen que:

La intención del autor y el sentido del texto dejan de coincidir. Esta disociación del sentido verbal del texto y la intención mental del autor le da al concepto de inscripción su sentido decisivo, más allá de la mera fijación del discurso oral previo. La inscripción se vuelve autonomía del texto, lo que deriva de la desconexión entre la intención mental del autor y el sentido verbal del texto, entre lo que autor quiso decir y lo que el texto significa. La trayectoria del texto escapa al horizonte finito vivido por su autor.³⁰

También encontramos a la hermenéutica en el pensamiento de Michel Foucault manifestando que “integrar a la interpretación de los textos las relaciones de poder, que vinculan la comunicación, y por lo mismo, la interpretación. Donde se ha manejado verdad también se ha inmiscuido el poder, a veces de manera velada, a veces de manera abierta.”³¹

A manera de síntesis se puede decir que el concepto de hermenéutica en forma superflua es, como ya se ha dicho, el arte de interpretar, pero la universalidad del concepto interpretar crea los contextos de su utilidad. Para efectos de esta investigación se adopta en gran medida los postulados de Gadamer, los cuales no se califican de absolutos o infalibles, sino por el contrario, la propuesta de este documento es comentar una cosmovisión del concepto y fundamento de la

²⁹ Agustín Pérez Carrillo, “La hermenéutica y la interpretación jurídica”, *Alegatos de la UAZ. Blog Mexicano de derecho*. <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/39/43-09.pdf>, p. 636, [consultado: 13/11/13]

³⁰ *Ibid*, p.637.

³¹ Mauricio Beuchot, *op. cit.*, nota 27, p. 10.

hermenéutica, para posteriormente situarla a la rama del derecho. Para ello, analizáramos lo que para algunos autores es la dualidad de la hermenéutica como filosofía de las ciencias del espíritu (basado principalmente por la concepción de Gadamer) y como método o herramienta a una ciencia en concreto (del cual tomaremos una diversidad de exponentes en las temáticas centrales al la interpretación jurídica).

2.4. La filosofía del conocimiento en las principales teorías hermenéuticas

La hermenéutica en el devenir de la historia ha sido (re)dignificada en diversas aporías según la tradición de conocimiento en la que se encuentre y bajo las condiciones individuales y subjetivas con las cuales ha sido retomada para su estudio y definición. La teoría hermenéutica se ilustra en un compendio de riguroso de estudio, el cual ha tomado fuerza como una ciencia que mas allá de tratar de interpretar y conocer el sentido oculto de las cosas, también nos ayuda epistémicamente a comprender el conocimiento.

Por ello, a continuación analizaremos la conformación de la filosofía hermenéutica que ha calado dentro del pensamiento complejo como una ciencia del conocimiento, que a ilustrado los principales teorías de la mano de sus principales autores.

2.4.1. La hermenéutica Romántica (Schleiermacher)

La hermenéutica romántica surge a través del pensamiento alemán y principalmente con el trabajo filosófico del Friedrich Schleiermacher, quien a lo largo de su obra manifiesta que el proceso hermenéutico es la condición de comunicación entre los individuos y no tanto el sentido de la *tradición* en la que se encuentra el individuo receptor de mensaje.

Podemos decir que hay dos momentos importantes en el proceso de conocimiento hermenéutico romántico de Schleiermacher el sentido del lenguaje (como concepto transitorio de la tradición) y el comprender al individuo que emite un

mensaje. La hermenéutica es un proceso de comprensión del sentido de algo manifiesto por otro, por ello, para Schleiermacher “comprender significa entenderse unos con otros, la comprensión, en su origen es propiamente un acuerdo”³² , acuerdo que se concibe desde la participación dinámica de la individualidad como metodología del conocimiento cimentada en un dialogo metafísico con la individualidad que (re)conoce a la singularidad de vida de otro, así como al mal entendido de esta relación.

Schleiermacher sistematiza su teoría hermenéutica en dos posturas importantes: la interpretación gramatical o lingüística y la interpretación psicológica en donde la segunda adquiere una relevancia constante en sus últimos estudios al mencionar que: “no se trata de comprender la literalidad de las palabras y su sentido objetivo, sino la individualidad de quien habla o del autor.”³³

La teoría hermenéutica de Schleiermacher, como parte del conocimiento de la teoría romántica, se sustenta en el sentido psicológico del autor ya que a partir de ello se contribuye a la construcción de “[...] una metodología según la cual mediante la interpretación se trata de comprender al autor mejor de lo que el mismo se comprendió [...]”³⁴

2.4.2. La hermenéutica historicista (Dilthey)

La hermenéutica historicista une el pensamiento clásico de la escuela histórica y los presupuestos del idealismo alemán como un mismo sentido, para reconocer el problema epistemológico de la concepción del mundo. Bajo este sentido se encuentra la obra hermenéutica de Dilthey, quien “[...] se encargó de formular un fundamento epistemológico consistente entre la experiencia histórica y el legado idealista de la Escuela Histórica.”³⁵

Dilthey realiza su estudio sobre la forma de comprender las ciencias del espíritu (Geisteswissenschaften) a partir de un nexo de experiencia entre los individuos, así

³² Kelly Susane Alfen da Silva, *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, trad. Humberto Orduz Maldonado, Bogota, Temis, 2006, p. 14.

³³ *Ibid*, p. 16.

³⁴ *Ibid*, p. 17.

³⁵ *Ibid*, p. 18.

como el nexo histórico que confluye entre ellos para determinar el contexto histórico que recae sobre la realidad de cada individuo, como una forma de entendimiento psicológico. Esto se sobrepone, en la dinámica de la comprensión de un texto dado en un tiempo; el cual, es interpretado en el futuro, como nexo histórico que determina la concepción de cada uno sobre la cual se basó cada sujeto. Para Dilthey el fundamento hermenéutico se encuentra en el comprender el nexo de la conciencia que se encuentra en conflicto entre la individualidad del intérprete y la individualidad del autor. Bajo esa tesis no dice Dilthey que:

[...] comprender se trata de entender lo expresado, porque en la expresión *mutatis mutandis*, lo expresado surge de modo distinto a como se da la causa en el efecto, esto es, lo expresado está presente en la expresión y es comprendido cuando este es entendido, principalmente, porque la interpretación psicológica no es más que un momento subordinado en la comprensión histórica³⁶

2.4.3. La teoría hermenéutica ontológica (Gadamer)

La hermenéutica ontológica es resultado de una asunción de diversos postulados teóricos sobre la hermenéutica. El principal referente de la teoría hermenéutica ontológica es Gadamer, de quien ya se ha hablado con anterioridad.

Gadamer busca el desarrollo hermenéutico a través de la dialéctica de Hegel pero retomando los postulados clásicos de Schleiermacher y de Dilthey en cuanto a la historicidad y la búsqueda de la comprensión; cuestiones que a priori puede resultar como puntos de dualidad encontrados. Esta dualidad la podemos ver en lo que algunos autores llaman como la filosofía hermenéutica ontológica propiamente, y por otro lado, como el método concreto a la respuesta científica.

La principal obra de Gadamer sobre la hermenéutica la encontramos en *Verdad y método*, la cual se encuentra “elaborada a partir de la comprensión de algunos de sus conceptos conductores principales como tradición, historicidad e historia, así como sobre el sentido de prejuicio y aún primordialmente sobre el concepto de

³⁶ *Ibid*, p. 21.

formación de la tradición humanística alemana [...]”³⁷ cuestiones que entran en tensión en *Verdad y método* y de las cuales servirá para fundamentar la teoría hermenéutica en el ámbito jurídico.

2.4.3.1. El prejuicio: sentido negativo y positivo

Para Gadamer la carga del conceptual del prejuicio es fundamental para la construcción de su teoría hermenéutica, así como para el planteamiento filosófico del conocimiento. Determina que el prejuicio tiene, además de denostado sentido negativo, un sentido positivo, como “[...] juicio precedente a una concepción definitiva, válido para todas las épocas”³⁸

Gadamer, manifiesta a lo largo de su obra que la hermenéutica como filosofía del conocimiento se encuentra vinculada directamente no solo a través de la comprensión como proceso de conocimiento como tal, sino que previo a ello existe una precomprensión unida al individuo que interpreta, y es esa precomprensión, la que se concretiza a través de los prejuicios contenidos por el sujeto interprete. En ese sentido, “Gadamer afirma que toda comprensión tiene carácter *prejuicioso*, que le atribuye al problema toda su dimensión, o al menos así lo menciona en *Verdad y método*, donde desarrolla la rehabilitación del concepto de prejuicio (*Vorurteil*), que solamente en el periodo de la ilustración conservo su connotación negativa.”³⁹ Es decir, Gadamer, aleja el sentido negativo que la Ilustración y la modernidad científica atribuyo al prejuicio como un obstáculo para el alcance de la verdad, rehabilitándolo, a efecto de (re)definirlo como algo indivisible dentro del proceso de conocimiento, debido a que el prejuicio más que la acumulación de los juicios propios del individuo, es, la realidad histórica acumulada en el ser de todo persona y en consecuencia de todo interprete.

El proceso de rehabilitación del prejuicio del que nos habla Gadamer, se centra en primera instancia en reconocer al prejuicio en su sentido positivo como la suma de la realidad histórica de la persona, y por tanto, como algo que siempre está ahí, y

³⁷ *Ibid*, p. 150.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibid*, p. 151.

no por ello pretender (como lo intenta la objetividad científicista) desconocer esta situación abstrayendo al sujeto interprete de la condición prejuiciosa de su ser, como algo mecanizado y automatizado, ya que el prejuicio se encuentra conformado por la vivencia histórica del ser. Sin embargo, el reconocer el prejuicio en su sentido positivo nos ayuda a visibilizar aquellos prejuicios que en una connotación negativa pueden impedir la plena comprensión del texto y del dialogo fluido entre este y el sujeto interprete.

2.4.3.2. La tradición

La tradición es un concepto arraigado de la hermenéutica romántica, el cual se opone al pensamiento conformado por la ilustración en la libertad racional, debido a que la tradición como concepto de *autoridad*, se encuentra fundamentado en el romanticismo no ocupa modelos racionales como fundamentación.

La tradición se construye a través del *Dasein*, es decir, el *estar-ahí* en un momento determinado y conformado por el comportamiento histórico, que a su vez funge como autoridad que vincula a las personas a una pertenencia. Por ello, la tradición se muestra como una interpelación con el intérprete, aún en contra de él mismo y contra las opiniones del intérprete, y es esa cuestión, el sentido encontrado con el procedimiento racional del pensamiento ilustrado.

Como menciona Antonio Osuna, al hablar sobre la importancia de la tradición nos dice que: “Nuestra comprensión, en cambio se suscita desde un presente; en virtud de una actualidad que pregunta y recupera el pasado. La verdadera conciencia histórica no se da en quien estudia el pasado como pasado, sino en quien lo estudia con la conciencia de su misma investigación es un fenómeno histórico que se sobreañade y continúan en la cadena histórica.”⁴⁰ Lo que evidentemente se contrapone con el prejuicio historicista del pensamiento iluminista.

En síntesis, podríamos decir que la tradición nos ayuda en el proceso hermenéutico de la historia del texto al mediar con el presente del sujeto interprete, abandonando al prejuicio como reconstrucción del pasado de la interpretación

⁴⁰ Antonio Osuna Fernández-Largo, *El debate filosófico sobre la hermenéutica jurídica*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1995, p. 19.

subjetiva del pasado. Es decir, “La tradición, al ser un punto de encuentro entre la distancia temporal, de una parte, y esencial pertenencia del intérprete a la historia, de otra parte, se convierte en el *topos* de la hermenéutica.”⁴¹

2.4.3.3 La historicidad

Gadamer centra su teoría hermenéutica en la condición histórica de la comprensión, ya que toda comprensión e interpretación interpela al sujeto presente con lo histórico. Ante esa situación podemos decir que, el procedimiento hermenéutico necesario para comprender radica en el

[...] (des)cubrimiento de las condiciones en las que se comprendo, que no pertenecen a una categoría metodológica, por lo que lo comprendido no puede ser puesto por sí en la aplicación, pues la conciencia del intérprete, dentro del límite metódico, tiene una posición de mera obediencia ciega, por lo que los prejuicios no están a su disposición, justamente porque le han sido sustraídas las condiciones que hacen posible distinguir los prejuicios que deber ser eliminados porque son un obstáculo, de aquellos que permiten una verdadera comprensión.⁴²

Pues es de esta manera que el proceso de comprensión que maneja Gadamer confluye en el reconocimiento de los prejuicios, en conjunto con la tradición que se ostenta en el estar-ahí del intérprete que lo interpela para conocer en su presente el objeto situado en el pasado.

Los prejuicios (en su sentido positivo), la tradición y la historicidad son principios conductores sobre los cuales el sujeto interprete puede inicial el proceso de la comprensión; sin embargo, será necesario determinar los momentos que Gadamer menciona para la culminación del dicho proceso, los cuales consta de la comprensión, interpretación y la aplicación, conceptos que veremos adelante.

⁴¹ *Ibid*, p. 21.

⁴² Kelly Susane Alfen da Silva, *op. cit.*, nota 32, p. 166.

2.5. La filosofía hermenéutica y el proceso de la comprensión

La filosofía hermenéutica se puede definir como “el problema que surge de la interpretación, comparece en su conexión con el lenguaje y el simbolismo y se presenta como un problema universal que afecta a toda nuestra experiencia, a nuestro conocimiento del mundo y a la comprensión de nosotros mismo y del otro.”⁴³

Para Gadamer, la hermenéutica es un medio el cual se puede ver reflejado en cada proceso humano del conocimiento, como un proceso único de comprensión, interpretación y aplicación, siendo este último elemento el que el incluye de forma novedosa dentro de sus postulados. Gadamer nos dice que: “interpretar no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión.”⁴⁴ De esta forma Gadamer dice que la hermenéutica se encuentra implícita a todos los procesos mediante los cuales el ser humano adquiere conocimiento, es decir, que la interpretación debe ser reconocida como un momento estructural interno de la comprensión de cualquier cosa. Bajo esta tesis, los autores Ursua y Galagarza mencionan lo siguiente:

Nos encontramos así con que todo entendimiento humano, todo conocimiento explícito y temático, viene precedido por una interpretación o comprensión previa, implícita y más o menos inconsciente, sobre la que se recorta, por un *suelo* o *humus* compuesto por creencias y prejuicios que actúan aunque no nos demos cuenta de que están actuando, de tal modo que lo que a primera vista puede parecer una visión inmediata del objeto es ya el resultado de una interpretación previa que lleva a cabo un primer filtrado, una selección y una valorización.⁴⁵

Sin embargo, Gadamer resalta la importancia de la *aplicación* como último momento del proceso, debido a que la aplicación tiene como objetivo situar los resultados arrojados por la comprensión y la interpretación, reconociendo la

⁴³ Nicanor Ursua y Luis Garagalza, “La interpretación y su correlato. La comprensión como elemento constitutivo del ser humano: ser hermenéutico simbólico y lingüístico”, en Javier Espinoza de los Monteros (coord.), *Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011, p. 70.

⁴⁴ Hans-Georg Gadamer, op. cit., nota 28, p. 378.

⁴⁵ Nicanor Ursua y Luis Garagalza, op. cit., nota 43, p. 76.

situación actual del intérprete y contextualizando el *texto* del pasado al presente del intérprete.

Lo anterior, Gadamer lo propone como el proceso fundamental dentro de la hermenéutica. Sin embargo, él reivindica el objeto de estudio dentro del proceso hermenéutico, ya que a diferencia de Wilhelm Dilthey, menciona que el objeto a interpretar es el texto en sí mismo, y no el sentido que propiamente quiso dar el autor del texto. Gadamer se aleja, y hasta critica, el sentido cientificista que se trata de dar una interpretación objetiva, debido a que concibe la interpretación como un proceso que en todo momento realiza el ser humano. Determina que dar un avance a la hermenéutica es reconocer los prejuicios y las valoraciones que previamente tenemos al estar situados en un contexto sociohistorico determinado, el cual siempre evidencia en el proceso de comprender, interpretar pero más aun al aplicar el texto al contexto del intérprete. Debido que “pretender contemplar el pasado tal como fue, es decir, en su propio ser y desde su propio horizonte histórico, se desvanece por inoperante e ingenua. Pues incluso suponiendo que el historiador lograra alcanzar el utópico desea de liberarse de todos los prejuicios y conceptos que le afectan en el presente en tanto que individuo, miembro de la sociedad e historiador, lo único que habría conseguido sería socavar la sociedad el *suelo* que precisamente posibilita la comprensión histórica del texto.”⁴⁶ Menciona que la objetividad pura de un interlocutor es imposible, ya que la forma de percibir siempre se encontrara mermada con el contexto previo del interlocutor, y que por tal motivo, el reconocer la subjetividad del intérprete es establecer bases hermenéuticas correctas. En las propias palabras de Gadamer podemos recatar lo siguiente:

La aplicación no es la parte última y eventual del fenómeno de la comprensión sino que determina a este desde su principio y en su conjunto. Tampoco aquí la aplicación consistía en relacionar algo general y previo con una situación particular. El interprete que se confronta con una tradición intenta aplicársela a si mismo. Pero esto tampoco significa que el texto transmitido sea para él algo general que pudiera ser empleado posteriormente para una aplicación particular. Por el contrario. El intérprete no pretende otra cosa que comprender desde este asunto general, el texto, esto es, comprender que

⁴⁶ *Ibid*, p.79.

dice la tradición y lo que hace el sentido y el significado del texto. Y para comprender esto no le es dado querer ignorarse a sí mismo y a la situación hermenéutica concreta en la que se encuentra. Está obligado a relacionar el texto con esta situación, si es que quiere entender algo en él.⁴⁷

Aunque los postulados de Gadamer los pudiéramos encuadrar como la visión filosófica de la hermenéutica, lo cierto es que esta forma de orientar su pensamiento daría como resultado la hermenéutica jurídica como tal. Cuestión relevante debido a que la formación de Gadamer no es jurídica. Gadamer reconoce que la necesidad que tiene el ser humano para comprender una naturaleza teórico-metodológica, siendo este postulado lo que aportaría a la metodología de las ciencias sociales entre ellas el derecho, estableciendo los pilares sobre la construcción de una hermenéutica jurídica metodológica.

2.6. Hermenéutica jurídica metodológica

Ya se menciona que el pensamiento filosófico hermenéutico de Gadamer constituye lo que vendría a ser la hermenéutica metodológica de las ciencias sociales y de entre ellas el derecho. Ahora bien, toca el turno de describir y adoptar los postulados básicos en los que la hermenéutica jurídica se basa sobre el pensamiento de Gadamer, e ilustrar también, como ésta se complejiza, con la intención de establecer un método concreto de interpretación del derecho.

La hermenéutica jurídica basa principalmente su objeto de estudio en el texto legal, es decir, la ley o la norma jurídica. Analizando esta cuestión, el objeto de estudio en la hermenéutica jurídica, el cual, contiene el mensaje a comprender por el intérprete es la ley. En este sentido habrá que entender que la ley es un producto que se plasma en el pasado, que muestra el reconocimiento de subjetividades proclamadas en movimientos sociales situados en un contexto sociohistórico determinado. La ley atiende a esas necesidades que se viven en el momento de su proclamación, por lo cual siempre será un texto que viene del pasado, de aquí las referencias a Gadamer en su pensamiento filosófico hermenéutico-histórico. Pues

⁴⁷ Hans-Georg Gadamer, op. cit., nota 28, p. 396.

bien el interprete del derecho, tiene la condición de adaptar “el texto originario de la ley al caso concreto el cual es actual y situado al presente contexto social. Por lo tanto, la función del intérprete del derecho no consistirá en repetir el significado de la ley en su literalidad, ni en construir el hipotético sentido originario que tuvo en su momento, lo cual podría ser, en todo caso, un momento secundario, derivado y abstracto. Conocer la ley es comprender su sentido interpretándola desde el presente vivo y revisor (revidente y reivindicante), desde la situación y el horizonte propios del intérprete.”⁴⁸

Para comprender, interpretar y posteriormente definir el derecho es necesario establecer dos concepciones del mismo derecho: las que ven *el derecho como objeto dado* y las que lo ven en un permanente devenir de la actividad de su aplicador, posturas que analizaremos a continuación.

2.6.1. El derecho como objeto dado

Podríamos definirlo como aquello que está acabado, que es completo por sí mismo. Una concepción del derecho dado es aquella que se cree completa por su fundamento, el cual es irreprochable y no contiene fisura o motivo de ambigüedad alguna en su realidad última, es decir que, el derecho establecido esta antes de que entre en juego quien lo interpreta al caso concreto. Es una realidad acabada que “significa que el ciudadano o el operador del derecho no pueden condicionar su esencia ni determinar su contenido, sino, todo lo más, precisarlo o concretarlo en aspectos secundarios.”⁴⁹

Para ejemplificar la concepción del derecho como objeto dado podemos remitirnos a dos fundamentos del derecho el isunaturalismo y el normativismo. El primero: es una postura del idealismo, de un derecho perfecto que no es otorgado o consensado, éste se encuentra basado en el derecho natural, el cual, no se debe a ningún movimiento social o circunstancia sociohistórica que valide su obligatoriedad,

⁴⁸ Nicanor Ursua y Luis Garagalza, *op. cit.*, nota 43, p. 81.

⁴⁹ Juan Antonio García Amado, “Filosofía hermenéutica y derecho”, *Filosofía y Derecho, Blog del departamento de derecho de la Universidad de León*, <http://www.uco.es/ciencias-juridicas/filosofia-derecho/diego/Nuevo/FILOSOFIA/materiales/hermeneuticaART.pdf>, p. 3, [consultado: 13/12/13].

se legitima a si mismo obligando siempre y en todo lugar al juez para guiar y minimizar su actividad a declarar o decretar el derecho natural dado; el segundo, es aquel que se ve en un terreno ontológico independiente, que cobra autonomía conceptual ontológica y epistemológica, aquel que ve en la norma jurídica del estado, un producto acabado y completo, resultado de una concepción monista y positivista del estado de derecho, del cual ya habíamos hablado.

Pensar en el derecho como algo dado, es decir, completo y perfecto sería una postura por demás hipócrita. La narración de la historia nos puede clarificar esta situación, debido a que hoy en día podemos constatar que fue asumida de mejor manera una visión normativista del derecho dado, consecuencia de la modernidad y del Estado de derecho moderno. Sin embargo, ratificar al *derecho como dado*, en otras palabras, como el pináculo de la regulación de las reproducciones de las relaciones sociales es ingenuo y por otro lado un argumento perverso de las clases hegemónicamente dominantes. Por lo tanto, es menester sostener otros planteamientos que regulen o limiten un planteamiento puramente positivista-dogmatico, a efecto de que el derecho no se vuelva un mecanismo de opresión al *otro*. Por ello, veremos una perspectiva que nos ayude a fundamentar y concretar la importancia de la hermenéutica jurídica dentro del sistema.

2.6.2. El derecho construido en su *praxis* interpretativa/aplicativa

Ésta concepción no ve el *derecho como dado*, una teoría acabada o completa, sino que por el contrario, supone que el derecho plasmado en la ley, es decir, el derecho emanado a través del Estado es un producto falto de consistencia concreta, el cual necesita un proceso de construcción por parte del operador jurídico. “El planteamiento más radical es el de algunos autores del llamando *realismo jurídico*, para quienes el nombre de derecho lo merece sólo lo que los jueces deciden, mientras que la ley, el enunciado legal previo a esa decisión, nada es, y si acaso, solo cuenta lo que psicológicamente influya en el juez que decida el caso.”⁵⁰ De esta

⁵⁰ *Ibid*, pp. 5-6.

forma, el *derecho como dado*, (que es la ley) debería ser sólo el primer paso para que la *praxis* interpretativa del juez, que como intérprete, construya a partir de ella.

La *praxis* interpretativa dota al juez de una cualidad distinguida, la cual no solo consiste en interpretar el derecho cuando es ambiguo, sino que también, el juzgador construye a partir de la ley, como si ésta fuera un mero boceto, un derecho nuevo que nace de la interpretación y aplicación que el juez hace del derecho al caso concreto, o bien como mencionan otros autores que sostienen que es: “[...]la visión simbólica-metafórica, que consiste en ver en algo que está presente algo ausente, que no está dado[...].”⁵¹ Para ello, es necesario reconocer la incompletitud del derecho, debido a que la *praxis* interpretativa/aplicativa del juez tiene la finalidad tanto de aplicar el derecho dado, así como resolver las controversias no resultas por este derecho.⁵²

Desde esta concepción, la función del juez sería entonces el derecho ya decidido en sentencia, incluso, hay juristas que afirman que el verdadero derecho sólo lo encontramos al momento de que es dictado en las sentencias judiciales, debido a que éste es la verdadera manifestación de un derecho coercible, es decir, obligatorio para la sociedad. Siguiendo esta tesitura, la función y decisión judicial es de vital importancia a la hora de reconocer el derecho, sin embargo, la manera de construir el derecho desde un modelo hermenéutico necesita planteamientos concretos, los cuales se alejan un tanto de la visión monista del positivismo jurídico. El modelo hermenéutico (interpretativo/aplicativo) lo podríamos estructurar de la siguiente forma:

[...] entendido que por interpretación se entenderá en todo caso algo bastante más complejo que la mera atribución de significado lingüístico a un texto. Interpretación es la denominación que se da a una operación en que se ponen en relación y obtienen su síntesis en una fórmula superior y abarcadora toda una serie de datos contrapuestos: la norma abstracta (el enunciado legal) y el caso concreto, el supuesto de hecho genérico de la norma y el hecho preciso que se enjuicia, el sujeto general (el que...) al que el enunciado legal refiere una obligación y el individuo en carne y hueso a quien se le

⁵¹ Nicanor Ursua y Luis Garagalza, *op. cit.*, nota 43, p. 95.

⁵² Joseph Raz, “¿Por qué interpretar?”, trad. de Rolando Tamayo Salmorán, México, Oxford, 1996, p. 2.

imputa el comportamiento enjuiciado, los propósitos legislativos de orden general y las exigencias particulares de una circunstancia determinada, la búsqueda de la justicia en abstracto y los requerimientos de la equidad para el caso, la condición de vigencia ilimitada de la norma y los requisitos de su acompasamiento a las cambiantes circunstancias históricas, etc., etc.⁵³

De esta forma se podría describir en que concite la aplicación de un modelo hermenéutico en la actividad jurisdiccional, entendiendo a ésta como, la función que realizan los operadores jurídicos, es decir, la sociedad, los abogados litigantes y los jueces. Si bien la anterior transcripción describe en esencia los elementos más importantes para lograr un análisis práctico de la resolución de una controversia legal, también se cree (desde la óptica de ésta investigación) es necesario ahondar aún más en algunos aspectos, incluso, redefiniendo algunos de ellos en concreto, como es el caso de la igualdad entre partes de un proceso judicial, analizando sus condiciones materiales bajo el sentido de justicia social.

2.7. Conclusión

Sobre el análisis que se realizó sobre la hermenéutica de Gadamer, podemos rescatar su importancia en líneas generales a la filosofía del conocimiento y a la filosofía de la ciencia, debido a que aporta nuevos parámetros y directrices sobre las cuales versa la metodología y la ciencia, dando un significado renovado en la comprensión del ser humano.

Gadamer rescata la importancia del proceso del conocimiento del ser humano, es decir, la comprensión y la interpretación y (re)significa la importancia de la aplicación del conocimiento, como un proceso inherente al ser humano.

Por su parte, la hermenéutica de Gadamer aporta varios postulados a los principios teóricos e interpretativos del derecho; desarrollando una nueva filosofía que en aras del pensamiento jurídico, demuestra formas distintas de acercamiento a la concepción jurídica, así como a su interpretación y aplicación.

⁵³ Juan Antonio García Amado, *op. cit.*, nota 49 p.8.

Aplicar la hermenéutica de Gadamer al pensamiento y praxis jurídica, es apelar al sentido *productivo* del intérprete, reconociendo su individualidad, sus prejuicios y desarrollando un contexto interpretativo entre texto intérprete y contexto. En una forma amplia de concebir y aplicar el derecho, que rompe epistémicamente con toda concepción de *modernidad*, y por ende, de positivismo jurídico.

La hermenéutica muestra desde sus postulados y fundamentos teóricos un nexo que bien sirve para comprender e integrar a los derechos humanos en el pensamiento jurídico, más allá de la formalista óptica del derecho, como centro de objeto único y cerrado, del cual abordamos en el primer capítulo de esta tesis.

Es evidente que la hermenéutica (Gadamer) aporta nuevas formas de acercarse a la teoría del conocimiento jurídico desde una perspectiva ontológica y antropológica; en otras palabras, la hermenéutica aporta una visión *externa* al derecho para un acercamiento amplio en su comprensión, que no se limita a los medios y formas establecidas por una concepción del derecho positivo formal y normativista. Sin embargo, esta perspectiva ataca a uno de los postulados más importantes del positivismo, la certeza o seguridad jurídica, debido a que pugna por la comprensión e interpretación del derecho desde el sentido más amplio posible, incluso, aun más que los límites previstos por la normatividad.

Si bien las aportaciones que hace la hermenéutica al derecho son muchas, éstas se enfrentan a la poca aceptación que un sistema jurídico preponderantemente positivista, para ello, es importante reflexionar sobre otras teorías filosóficas y metodologías que complementen o mejoren las principales tesis de la teoría hermenéutica de Gadamer.

CAPÍTULO III: LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ATIENZA: COMO FORMA DIALÉCTICA DE JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO

3.1. Introducción

En este tercer capítulo pasaremos a analizar la teoría de la argumentación desde su ámbito de estudio general, para posteriormente concretizar el análisis a la teoría de la argumentación jurídica que propone el jurista español Manuel Atienza.

En el intento de abordar la teoría de la argumentación desde su óptica general, será necesario referenciarla a la lógica y los métodos deductivos formales; determinando el concepto de argumentar y su desarrollo en un contexto científico.

Asimismo, se retomará el sentido analítico que la argumentación dota de a las ciencias sociales así como a las ciencias duras, su rigor y su relevancia en la comprobación de tesis ideas y postulados como calificación de *verdad*.

Habiendo desarrollado los nexos y desacuerdos de la argumentación con los métodos deductivos, pasaremos a analizar a la teoría de la argumentación como una *explicación y justificación interna*; así como sus diversas ejemplificaciones en el pensamiento de otros autores que proponen una teoría de la argumentación desde el ámbito *externo* mediante el uso de la *tópica* y la *retórica*, para lo cual retomaremos el pensamiento de autores como Perelman.

La intención de este capítulo es mostrar una teoría pragmática de la argumentación desde el ámbito jurídico, para lo cual, el uso de la *tópica* y la *retórica* será de vital importancia, debido a que estas se encuentran profundamente arraigadas en el pensamiento de Manuel Atienza. Es por ello, que gran parte del capítulo se centrará en analizar la teoría de la argumentación jurídica que nos expone Atienza en su principal obra, “El derecho como argumentación”; realizando comparativas concretas con el afán de evidenciar las principales características de esta teoría de la argumentación jurídica, la cual muestra signos característicos que nos ayudan o concatenan el objetivo principal de esta investigación.

3.2. ¿Qué es argumentación?

La argumentación dentro del estudio científico ha tenido gran relevancia en los últimos tiempos. No por ello, estamos ante el hecho de su correcta implementación y estudio, sino que por el contrario, cada día se supone aún más por evidente lo que es argumentar, lo que nos conlleva a problemas conceptuales al momento de creer que estamos utilizando de forma correcta la argumentación en un proceso de índole académico o científico.

Tenemos entonces la primera pregunta ¿Qué es argumentación? Si contestamos conforme al sentido general que nos proporciona el Diccionario de la lengua española, *argumentación* es “la acción de argumentar”, *argumentar* significa “aducir, alegar, poner argumentos” y *argumento* es un “razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición o bien para convencer a otro de aquello que se afirma o se niega”. De lo anterior podemos retomar que se trata de un *razonamiento*, y entonces, argumentación sería materia de estudio de la lógica, siendo este un proceso lógico-formal que se encuentre encaminado a dar razones a través de un proceso de idea juicio y raciocinio, de lo cual a primera instancia, podríamos decir que es cierto. Sin embargo, como veremos más adelante en estas páginas la argumentación toma cualidades dinámicas y complejas propias que le hace replantearse a sí misma y a subdividirse, alejándose, aunque nunca del todo, de la dogmática y concreta lógica-formal.

El siguiente planteamiento sería cuestionar ¿Qué hacemos en realidad al argumentar? A efecto de verificar porque se nos dice que la argumentación es un proceso prudente en el desarrollo científico. “Lo que hacemos al argumentar es, *grosso modo*, proporcionar premisas de donde se puedan inferir las conclusiones que queremos probar [...]”⁵⁴ en donde se destaca la importancia de la expresión de la *inferencia* y de la utilidad del conocimiento lingüístico y de la lógica. “Dicho en forma aproximativa, la lógica –la lógica formal- entiende los argumentos como encadenamientos de proposiciones, en los que, a partir de algunas de ellas (las

⁵⁴ Graciela Fernández Ruiz, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011, p. 2.

premisas) se llega a otra (la conclusión).”⁵⁵ Partiendo del conocimiento lógico observamos que “[...] los lógicos suelen hablar de tres operaciones propias de la mente humana: simple aprehensión, juicio y raciocinio; esta última al ejercitarse, tiene como producto un razonamiento, el cual, a su vez, se expresa en un argumento o argumentación.”⁵⁶ Sin embargo, encontramos otros estudiosos los cuales nos plantean o conceptualizan a la argumentación como “una técnica dirigida a persuadir a otro u a otros de determinada tesis; o como una interacción social, un proceso comunicativo que tiene lugar entre diversos sujetos y que debe desarrollarse conforme a ciertas reglas.”⁵⁷

Siguiendo este análisis de la argumentación, desde el sentido lógico, es importante resaltar el enfoque que se le da a las premisas al momento de argumentar. Como se menciona en líneas anteriores, la argumentación a efecto de ser eficaz como reflejo de un razonamiento válido y verdadero, necesita cuestionar la veracidad de las premisas, lográndose a través de la *lógica material*, es decir, aquella lógica que “investiga las condiciones para considerar verdaderas a las proposiciones o enunciados.”⁵⁸

3.3. Teorías de la verdad

Dentro del estudio que se hace sobre *la verdad* el cual sustenta las premisas, encontramos diversas posturas, convirtiendo este tópico en un campo abiertamente debatido. Por ello, a continuación se explicarán algunas de las *teorías de la verdad*, retomadas de la autora Graciela Fernández Ruiz, con el ánimo de poder dilucidar la importancia del contenido de las premisas arrojadas al momento de argumentar.

⁵⁵ Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011, p. 2.

⁵⁶ Graciela Fernández Ruiz, *op.cit.*, nota 54, p. 3.

⁵⁷ Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, nota 55, p. 2.

⁵⁸ Graciela Fernández Ruiz, *op.cit.*, nota 54, p. 3.

Teoría de la verdad como consenso

“La teoría consensual de la verdad sostiene a muy grandes rasgos, que una proposición es verdadera si acerca de ella hay un acuerdo o consenso en todo el grupo de sujetos con los cuales, actual o potencialmente, se establece un dialogo al respecto.”⁵⁹ Esta teoría esta detentada principalmente por el pensamiento filosófico de Habermas, en cuanto a lo que refiere a su teoría de la acción comunicativa, estableciendo que la premisa será verdadera cuando los individuos de la colectividad puedan atribuir a un mismo objeto un mismo predicado. Es decir, se llega a la verdad a través del consenso entre los individuos y el común acuerdo sobre las premisas (cuestión relacionada a sus postulados en cuanto a la legitimación estatal). La verdad será entonces aquella que haya sido aceptada por los miembros de la colectividad.

Teorías coherentistas de la verdad

“Sostiene que una proposición es verdadera siempre y cuando sea coherente con el resto de las preposiciones o creencias que integran el sistema o conjunto al cual pertenece.”⁶⁰ Esta teoría esta remarcada por la importancia de la integración y cohesión entre las premisas de un mismo sistema, ya que estas se integran de tal forma que se necesitan todas las premisas entre sí.

Teorías pragmáticas o pragmatistas de la verdad

Son aquellas teorías que atribuyen a las premisas la calidad de verdaderas siempre y cuando puedan materializarse en la práctica de forma útil para determinados fines que puedan ser objetivos y mediatos.

Teoría de la verdad como correspondencia

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ *Ibid*, p. 4.

Esta es la teoría más estudiada y conceptualizada al momento de hablar sobre la *verdad* en las premisas. En estricto sentido, entiende una correspondencia entre el intelecto manifestado por el lenguaje y las cosas que acontecen en el mundo, es decir, una premisa será verdadera, si lo que establece en ella en realidad pasa materialmente.

3.4. La argumentación: la lógica formal y la lógica material

Conceptualizar las teorías sobre *la verdad* en las premisas nos evoca a evidenciar la importancia de retomar el sentido material de la lógica, sin olvidar, la importancia de la lógica formal. La conjunción de ambas (material y formal) son necesarias al momento de la concatenación de los argumentos, y en estricto sentido, toma vital relevancia en la creación de una argumentación jurídica, que si bien, la lógica jurídica nos dice que las premisas jurídicas o aquellas que abordan el mundo lingüístico del derecho y de las normas no pueden ser calificadas como verdaderas, lo cierto es que, si deben ser calificadas como válidas, siendo esta distinción una parte importante dentro de la lógica jurídica, y de lo cual ahondaremos más adelante.

En conclusión podemos decir que: “[...] la lógica materia estudia la materia de los razonamientos, la forma o estructura de éstos es analizada por la lógica formal. Y de la misma manera que la lógica materia investiga acerca de la verdad de los contenidos que conforman un razonamiento, la lógica formal lo hace acerca de la corrección con que se encadenan tales contenidos.”⁶¹

3.5. La construcción de la argumentación desde un ámbito externo

Habiendo hablado sobre las características que poseen las premisas de los argumentos desde su enfoque lógico formal y material es prudente ahondar sobre la diversificación de los argumentos, como una necesidad metodológica por clasificar los argumentos según sea su objeto y campo de aplicación.

⁶¹ *Ibid*, p. 6.

De esta forma existen argumentos demostrativos y argumentos probables o persuasivos, los primeros los podemos calificar como argumentos analíticos y los segundo como argumentos retóricos. Los argumentos analíticos tiene un carácter predominantemente científico aplicados a problemáticas en este campo, mientras que, los argumentos retóricos tiene un campo de aplicación más propio de la vida común y cotidiana. Entonces, podrías decir que el argumento analítico se encuentra sustentado en el conocimiento material de una ciencia, por la cual, su base material se encuentra en un conocimiento previo y especializado, siendo este conocimiento especializado-científico lo que le da el carácter de demostrativo, y por su parte el conocimiento de lo común aun en aéreas científicas no deja de ser muy generalizado, dando como resultado en un argumento probable, que sin embargo también puede contar con validez material.

Pese a lo anterior habrá que entender que el conocimiento científico se sustenta tanto de los argumentos analíticos como de los argumentos probables o retóricos, debido a que la forma de creación de conocimiento científico complejo obtiene respuestas no solo de sus principios propios y de su objeto de estudio, ya que a efecto de complejizarse necesita la opinión externa del sistema sobre el cual se está concretando, es decir, desde aéreas ajenas a ese conocimiento que enriquecen su integración.

En merito a lo anterior, podemos tomar en importancia las consideraciones de Graciela Fernández sobre la relevancia de utilizar argumento analíticos y persuasivos, para lo cual nos dice que: “no basta solo con los argumentos demostrativos, pues aunque el tema sea susceptible de ser tratado con tales argumentos, a veces no contamos con las premisas necesarias para una demostración, sino sólo para argumentos probables. Además, la argumentación no demostrativa nos puede ayudar a descubrir las premisas del argumento demostrativo.”⁶²

Si bien ya hemos mencionado que existen argumentos analíticos y persuasivos, es menester analizar la concretización de este tipo de argumentos, así como una

⁶² *Ibid*, p. 18.

breve construcción teórica de sus principales características, que si bien parten de la lógica, se encuentran ligados de una forma directa con la tópica y la retórica.

3.5.1. La tópica en la argumentación: su distanciamiento a la analítica positivista

La tópica es una forma de expresar y organizar los argumentos de manera sistemática con la intención de justificar una idea principal que funge como resultado. Aunque la tópica ha sido elaborada y utilizada desde la antigua Grecia como una parte fundamental de la retórica, podemos describir que en el devenir de la historia ha surgido una nueva retórica; orientada a romper los silogismos deductivos a los que se le tiene identificados a la lógica formal.

Es así que la tópica trata de justificar una serie de argumentos que podemos catalogar como demostrativos y dialécticos a partir de diversos “tópicos” que parten de lo meramente opinable y verosímil; “[...] lugares en común y puntos de vista que gozan de aceptación generalizada y son aplicables bien universalmente [...]”⁶³

Manuel Atienza nos habla sobre la tópica y su íntima relación con la argumentación bajo esta misma óptica, es decir, (re)toma los estudios previos de Aristóteles y Cicerón; sin embargo, también manifiesta lo que podríamos llamar una nueva tópica, que surge a partir de la obra de Viehweg, la cual se concretiza como un contrasentido a la sistemática-deductiva y, por ende, también del conocimiento occidental, que con el paso a la racionalidad moderna, ha ido dejando a la tópica sin relevancia e influencia en la generación de conocimiento.

La tópica, como ya se ha mencionado, se basa en la plausibilidad de los argumentos arrojados desde un *lugar en común*, es decir, en la búsqueda de premisas que sirvan como hilo conductor que puedan orientar al pensamiento o visión que se tiene sobre una idea que se encuentra en conflicto por ser inespecífica o por ser debatida.

La estructura que esquematiza Atienza sobre la tópica, tiende a ser una búsqueda y examen de premisas que se concretizan en una sola respuesta desde

⁶³ Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 33.

tópicos alejados del argumento interno, es decir, estos se inclinan a la los argumentos o interpretaciones externas. Ante esta idea, se puede señalar que el uso de la tónica como herramienta de la retórica que se fundamenta desde una explicación abierta, a la cual el pensamiento sistemático y moderno la califica de subjetiva y carente de especificidad racionalista.

Sin embargo, y pese a esta primera impresión, la tónica en la retórica sigue la misma línea positiva de una sola conclusión como respuesta válida a las aporías o problemas que maneja el objetivismo sistemático de la analítica, aunque también hay que resaltar que si consideramos a la tónica como un característica o elemento de la argumentación, esta tiende a la diversidad subjetiva, por lo cual sería uno de los elementos con mayor distanciamiento a la analítica positiva que impregna a la argumentación.

Bajo estos fundamentos, la tónica toma relevancia en los estudios de la argumentación jurídica de Atienza, los cuales retoma de la obra de *La nueva retórica* de Perelman en relación con las ideas fundamentales de Viehweg a efecto de concretizar los aportes teóricos a la creación de una argumentación jurídica que funja como metodología, así como una herramienta de comprensión y producción del conocimiento del derecho.

3.5.2. La retórica a partir del planteamiento filosófico de Perelman y Olbrecht-Tyteca

Si bien ya hemos mencionado los aporte de la tónica a la construcción de la teoría de la argumentación de Atienza, es importante, ahondar en la construcción de una teoría de la argumentación desde el estudio de la retórica. Bajo este idea, una de las obras más importantes en la cual trata de retomar el uso de la retórica en la argumentación es la mostrada en el pensamiento de Perelman.

Perelman (re)construye una teoría de la argumentación en base al uso de la retórica; en un principio, bajo la misma postura de la tónica de Viehweg, sin embargo, la *nueva retórica* de Perelman, logra distanciarse y diferenciarse de anteriores estudios referentes a la tónica. Pese a lo anterior, Atienza retoma el pensamiento y

obra en la retórica de Perelman sólo en determinados puntos que concretizan en parte a su teoría de la argumentación jurídica, mientras que por otros elementos realiza críticas profundas a la retórica de este autor.

3.5.2.1. Sus elementos principales de la retórica

Perelman por medio de su estudio sobre la retórica (re)formula una construcción conceptual y teórica de la argumentación; al determinar que el estudio de la argumentación puede partir a través de dos orígenes o fundamentos: el aristotélico, que propicia el razonamiento analítico y los principios lógico-formales y; los razonamientos dialécticos, en los cuales sitúa su teoría de la argumentación, como bien señala Atienza.

Es así que la teoría de la argumentación de Perelman se fundamenta en su carácter dialéctico; que tiende a persuadir o a obtener la plausibilidad de un auditorio según sea el caso.

Lo anterior, lo podemos corroborar en la obra más importante de Perelman en coautoría con Olbrecht-Tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, en la cual se condensa la mayoría del pensamiento filosófico de estos autores, pero sin duda, principalmente la teoría de la argumentación de Perelman.

En el *Tratado de la argumentación* tanto Perelman como Olbrecht-Tyteca, “[...] dividen el estudio de la argumentación en tres partes: a) los presupuestos o límites de la argumentación; b) los puntos o tesis de partida; y c) las técnicas argumentativas, es decir, los argumentos en sentido estricto.”⁶⁴ Sin embargo, la obra se encuentra cargada a dotar con más importancia la connotación demostrativa y dialéctica de la argumentación, como veremos más adelante.

A. Los presupuestos de la argumentación en la retórica

En el *Tratado* los presupuestos de los que parte la argumentación son aquellos que la conforman y que a su vez logran su materialización, es decir, sus elementos

⁶⁴ *Ibid*, p. 48.

funcionales y operativos; el discurso, el orador y el auditorio. Sin embargo, y como se ha dicho anteriormente, Perelman dota de vital importancia al *auditorio*; como lugar o conjunto de personas a las cuales el orador a través de su discurso tratará de persuadir sobre una idea o decisión, o en su caso, acrecentar la plausibilidad del discurso previamente aceptado.

A efecto de concretizar lo anterior, Perelman retoma la clasificación clásica de los tres géneros oratorios de acuerdo a su *auditorio*: el deliberativo (ante una asamblea), el judicial (ante los jueces) y el epidectico (ante espectadores que no tienen que pronunciarse), ya que dependiendo del género al que pertenezcan, la argumentación, y en sí, la retórica tendría que ajustarse con el objeto de apuntalar la concatenación de argumentos que logren la penetración del objetivo central del orador; es decir, la adhesión (persuasión y/o plausibilidad) del público al discurso.

Para ello, Perelman no se queda con la clasificación clásica de los tres géneros de *auditorios*, sino que construye una clasificación propia; distinguiendo a la argumentación, según su auditorio como: la argumentación ante un auditorio universal, la argumentación ante un único oyente y la deliberación con uno mismo, así como la argumentación para un auditorio particular⁶⁵. Cabe destacar que Perelman pone mayor énfasis en el auditorio universal, debido a que en este se congregan un mayor número de personas, y por ende, la argumentación debe de ahondar esfuerzos en persuadir y lograr la adhesión del público a través de la construcción de una serie de argumentos (típicos comunes) que justifiquen el objeto central del orador.

B) El punto de partida de la argumentación

Tanto para Perelman como para Olbrecht-Tyteca la argumentación es ineludiblemente necesaria cuando se parte de lo discutible y de lo debatible de una decisión o idea. Por tal motivo es necesario tomar premisas que dialécticamente

⁶⁵ Perelman no es muy concreto al especificar el auditorio particular dentro del *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, debido que no lo menciona dentro de la clasificación o género de auditorios, pero sí hace alusión del auditorio particular dependiendo del tipo de premios en las que el orador sustente su argumentación

convenzan a un auditorio que, en un principio, se encontraba en desacuerdo o con menor interés sobre lo que el orador les plantea.

Es por ello que las premisas son el punto de partida para la argumentación, y Perelman las distingue a partir de tres aspectos: el acuerdo, la elección y la presentación de las premisas. En este sentido, las premisas vendrán a ser el punto de partida de la argumentación, y son la base para concretizar el acuerdo y el conceso entre el auditorio.

Desde el objetivo del acuerdo

“Los objetos de acuerdo pueden ser relativos a lo *real* (hechos, verdades o presunciones), o bien relativos a lo preferible (valores, jerarquías, y lugares de lo preferible).”⁶⁶ Los primeros pretenden ser validos para el auditorio universal, mientras que los segundos sólo serán válidos para auditorios particulares.

Los *hechos* son aquellos que pueden ser observables y logran acuerdos precisos y limitados que facilitan la adhesión del auditorio. Por su parte, *las verdades* son sistemas complejos debido a la interconexión o unión de hechos que necesitan (como la construcción de una teoría o las concepciones filosóficas) para convalidarse o ser susceptibles de su adhesión. Y las *presunciones*, serán aquellas que evidentemente, tendrán que justificarse por medio de otras premisas.

Los *valores* son objetos de acuerdos relativos a lo preferible para un auditorio particular, es decir, que si efectividad se verá condiciona por la aceptación primaria de un grupo particular. El *valor* sobre algo será relativo al contexto particular de cada persona o grupo de personas. Cuando una premisa contenga un objeto de acuerdo de *valor* este será efectivo mientras más general y abstracto haya sido utilizado por el orador, ya que al concretizarlo o enfocarlo, se particulariza a un grupo de intereses determinados. Las *jerarquías* entraran en juego al justificar un *valor*, y para ello, se debe recurrir a premisas de orden muy general, es decir, a *lugares en común* o *tópicos*. Es así que, podríamos decir que la tónica viene a aportar su justificación

⁶⁶ Manuel Atienza, *op. cit.*, nota 63, p. 50.

externa a un auditorio que es particular, por lo cual toma gran sentido en la retórica de Perelman y Olbracht-Tyteca.

Desde el objetivo de la selección

Habiendo mencionado los *objetos* o *elementos de acuerdo* es menester indicar que al momento de elaborar una argumentación existe, la mayoría de las veces, una amplia gama de elementos de *acuerdo*, sobre los cuales puede hacer disposición el orador. En mérito a lo anterior, Perelman nos dice que la adecuada *selección*, es de vital importancia a efecto de dotar de presentación a la argumentación que se pretenda llevar a cabo, es decir, para que una argumentación se muestre dialécticamente eficaz debe ser necesariamente selectiva en los elementos de *acuerdo*, así como en la forma de presentarlos al *auditorio*.

Desde el objetivo de la presentación

Como ya se mencionó anteriormente, la *selección* de los *objetivos del acuerdo* también se encuentran intrínsecamente ligados a la *presentación* de los mismos. En este sentido, Perelman y Olbrecht-Tyteca nos estructura la dinámica mediante la cual se presentan las premisas a través de ciertas formas verbales, de las modalidades de la expresión del conocimiento, tales como el uso de afirmaciones, negaciones, de aserciones, de interrogaciones, y de *figuras retóricas*. “Estas últimas no se estudian en cuanto figuras de estilo, sino en cuanto a figuras argumentativas, y aparecen clasificados en tres grupos: figuras de elección (la definición oratoria, la perífrasis, la sinécdoque o la metonimia); de presencia (la onomatopeya, la repetición, la amplificación, la sinonimia, el pseudodiscurso directo); y el de comunión (la alusión, la cita, el apostrofe).”⁶⁷ La presentación de las premisas se construye a través la dinámica e interrelación de las distintas formas de presentación, con las cuales se puede obtener una forma “adecuadamente retórica.”

⁶⁷ *Ibid*, p. 52.

C. Clasificación de argumentos

En los anteriores incisos, se ha tratado de ilustrar el pensamiento de Perelman y de Olbrecht-Tyteca, plasmado en el *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Asimismo se ha mencionado, que esta obra centra sus esfuerzos en el carácter demostrativo y dialecto con el que se aborda a la argumentación. Por ello, en este momento, es importante recalcar que gran parte del *Tratado* se encuentra orientado a clasificar y conceptualizar las técnicas argumentativas, es decir, en catalogar los distintos tipos de argumentos en los que el orador puede justificar su discurso, como lo podemos observar en las siguientes líneas de Atienza que nos dice que:

En el *Tratado*, Perelman y Olbrecht-Tyteca parten de una clasificación general de las técnicas argumentativas, de los argumentos, en dos grupos, según se vean como procedimientos de enlace, (unen elementos distintos y permite establecer entre estos elementos una solidaridad que pretenda, bien estructurarlos, bien valorarlos positiva o negativamente) o de *disociación* (su objeto es disociar, separar, desolidarizar, elementos considerados como elementos componentes de un todo o, al menos de un conjunto solidario en el seno de un mismo sistema de pensamiento).⁶⁸

I. Argumentos de enlace

A su vez los procedimientos de *enlace* se clasifican en argumentos cuasilógicos, argumentos basados en la estructura de lo real y argumentos que fundan la estructura de lo real tomando como fundamento, el caso particular, o bien la semejanza de estructuras existentes, en una especie de criterio analógico.

Argumentos cuasilógicos

Estos argumentos son los que se basan en la visibilización de las estructuras o conceptos puramente lógicas en el sentido estricto, como es el caso de los

⁶⁸ *Ibid*, p. 53.

argumentos matemáticos. También pueden hacer referencia a la noción de contradicción, de identidad y de transitividad.

Argumentos basados en la estructura de lo real

Este tipo de argumentos sirven para concatenar y enlazar los argumentos con el objeto de construir una relación solidaria entre juicios admitidos y otros que se tratan de promover. Este tipos de argumentos tratan de ligar una causa con una correspondiente consecuencia, es decir, el argumento aceptado vendrá a ser la causa, y el argumento que se trata de promover es la consecuencia. Asimismo, este tipo de argumentos también tratan de construir una relación de coexistencia entre los *actos* y las *personas* como una relación que predetermina casi de manera causal la disposición de una persona por los actos cometidos o a *contraio sensu* la determinación de ciertos actos por la persona a quien se le atribuyen.

Argumentos que fundan la estructura de lo real

Este tipo de argumentos trata de fundamentarse a través de la realidad suscitada en casos particulares, los cuales sirven para acrecentar la plausibilidad o de generar una mejor comprensión de los argumentos. Los tipos de argumentos que se subdividen en esta clasificación son fácilmente reconocibles, ya que en el lenguaje común suelen ser sumenante utilizados. Estos son el ejemplo, la ilustración y el modelo; todos estos tipos de argumentos tratan de enlazar un criterio de valor a la referencia a un caso particular que tiene similitud, semejanza o analogía al caso que trata de argumentar el orador.

II. Argumentos de disociación

Los argumentos de *disociación* distan de los argumentos de *enlace* debido a que su función dentro de una argumentación es holgadamente diferente en cuanto a su

forma, sin embargo, también buscan como último objetivo concretizar la adecuada justificación del discurso del orador.

De la lectura de Perelman y Olbrecht-Tyteca podríamos inferir que la disociación presupone la unidad primitiva de dos elementos confundidos en el seno de una misma concepción designados por una misma noción; con la disociación ya no se trata de romper los hilos que enlazan dos elementos aislados, sino de modificar su propia estructura. En este sentido se trata de transformar la original por la incompatibilidad o confrontación de tesis. Para ejemplificar o anterior, Atienza menciona que la disociación la encontramos en el derecho al momento de conciliar norma que en un principio son contradictorias.

3.5.2.2. Sus aportaciones y límites

Habiendo descrito los elementos centrales sobre los cuales se fundamenta la retórica desde el pensamiento mostrado de Perelman y Olbrecht-Tyteca, es momento de hacer un balance sobre las aportaciones, así como de los límites teóricos y prácticos en referencia a la argumentación jurídica.

La obra de Perelman y Olbrecht-Tyteca, en un principio, suele adolecer de una organización sistemática conceptual adecuada, lo que ocasiona una ambigüedad semiótica. De ello, el mismo Atienza lo señala al momento de retomar la retórica en su teoría de la argumentación jurídica; al mencionar que la obra de Perelman y Olbrecht-Tyteca es ambigua al abordar el uso de la retórica en diferentes ámbitos del conocimiento científico.

Pese a lo anterior, los fundamentos y principios que nos arroja la retórica manejada por estos autores son concluyentes al hablar de la argumentación jurídica y, principalmente, toman mucho mayor fuerza al concretizar la teoría de la argumentación jurídica de Atienza. Por ello, es importante sintetizar la teoría retórica de estos autores en el ámbito del derecho desde su perspectiva práctica y filosófica, es decir, desde la función de la praxis jurisdiccional y desde la función conceptual y teórica.

A. Desde la praxis jurisdiccional

Dentro de las aportaciones de estos dos autores que logran impactar a la teoría jurídica y su argumentación, encontramos un postulado que destaca por ser el más relevante e importante; al determinar que la lógica-formal no es la respuesta adecuada a la práctica jurisdiccional. Ya que por el contrario, ellos diferencian el uso de la lógica-formal, así como el uso de la retórica y la tónica, manifestando que el proceso de estructuración de la justificación judicial se encuentra mayormente ligado al uso de la retórica y sus aplicaciones descriptivas y dialécticas, de las cuales carece el uso de la lógica formal a través del silogismo subsuncional. Bajo esta hipótesis, Perelman nos dice que:

El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas [...] La lógica jurídica, especialmente la judicial se presenta, en conclusión, no como una lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión, y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad.”⁶⁹ (Esta postura sobre la concepción que se forma en torno a un sistema, ciencia o método, lo retoma Atienza en la construcción de su teoría de la argumentación jurídica, cuestiones que se verán más adelante.)

Continuando con esta misma postura, Perelman trata de resumir el razonamiento judicial a partir de tres posturas:

La escuela de la exegesis: Es aquella que relaciona con el formalismo-normativista, es decir, aquel razonamiento jurídico que únicamente consiste en formular un sistema deductivo que tenga por objetivo justificar una decisión con estricto apego a la norma jurídica, subsumiendo el caso concreto a las premisas normativas. Este razonamiento jurídico es el más criticable para Perelman, ya que carece de un tópico de la retórica que aportan los lugares en común, como fuentes externas del sistema jurídico y, por ende, lo clasifica como un razonamiento cerrado;

⁶⁹ *Ibid*, p. 62

La concepción teleológica, funcional y sociológica del derecho: Esta concepción necesita de la participación conjunta del sistema jurídico y político, para concretizarse en un razonamiento jurídico que se encuentre constreñido a las intenciones sociales del legislador, así como fines y valores que socialmente son aceptados. Ante esta cuestión, el razonamiento jurídico debe buscar alternativas metodológicas a la lógica formal caracterizada por el silogismo deductivo, y es aquí en donde tiene participación la argumentación dentro del razonamiento jurídico y;

La concepción tópica y retórica: En la cual se sostiene el pensamiento de Perelman y todo lo manifestado con anterioridad. Asimismo, busca los lugares en común a lo que nos redirecciona la tópica, pero en este caso, sostiene que estos lugares en común pueden ser identificados en su forma interna no solamente en la norma sino también en los principios generales del derecho y el uso de la justicia como referencia y crisol del derecho.

El razonamiento jurídico que propone Perelman a través de estas tres posturas o concepciones, le ayudan a destacar la importancia que tiene en la función jurisdiccional el uso de la retórica. La primera de ellas la podemos ubicar en la construcción del estado de derecho moderno, previo al Estado Constitucional de Derecho, en donde el razonamiento jurídico se determinaba por el mero hecho de la vigencia de la norma jurídica.

Mientras que en las dos posturas restantes, podemos observar algo de ambigüedad por parte de Perelman, ya que más que diferenciarse una de otra, estas son consecuentes y sistemáticas entre sí. Además de lo anterior, Perelman parece omitir otras concepciones del razonamiento jurídico que son de vital importancia, tales como la escuela de la jurisprudencia de los conceptos, y la concepción escéptica del derecho (esta última por su alto grado de descripción de principios políticos, supone un campo amplio y fértil para el uso de la retórica).

B. Desde la función conceptual y teórica del derecho

Desde la función conceptual y teórica del derecho verificamos nuevamente la ambigüedad de los conceptos en los cuales se fundamentan Perelman y Olbrecht-Tyteca (al igual que en la función jurisdiccional). Sin embargo aquí cabe resaltar una cuestión que hace pensar que estos autores (en especial Perelman) se encuentran en un error de concepción del derecho, situación que logra permear en toda su obra retórica ligada a la argumentación jurídica.

La concepción que guardaba Perelman sobre el derecho, era la postura del uso de la retórica y la tópica (como se señaló en el subtema anterior), sin embargo, argumenta que esta nueva concepción teórica y práctica es originada por el hartazgo ocasionado por la poca eficiencia del positivismo y cualquiera de sus variantes (o al menos eso deja entre ver) que se habían empleado a la fecha, ya que Perelman definía al positivismo desde dos postulados peyorativos debido a que:

- 1) elimina del derecho toda referencia a la justicia; 2) entiende que el derecho es la expresión arbitraria de la voluntad del soberano, y así enfatiza el elemento de coacción y olvida el hecho de que para funcionar eficazmente el derecho debe ser aceptado, y no solo impuesto por un medio de coacción; y 3) atribuye al juez un papel muy limitado, ya que no tiene en cuenta ni los principios generales ni los tópicos jurídicos, sino el texto escrito de la ley.⁷⁰

La concepción positivista que Perelman reconoce se encuentra ligada a la escuela de la exegesis como metodología jurídica, sin embargo, esta no es acorde con la concepción que construían los positivistas de su época (mucho menos con los actuales neopositivistas), tales como L.A. Hart, quien no diseñaba una teoría bajo las tesis que mencionaba Perelman, ya que por el contrario, Hart manifestaba una teoría positivista que respondiera a las observaciones de Perelman: construyendo un positivismo que tuviera en cuenta la diferencia entre derecho y moral; que su aplicación, no se restringiera o redujera a la coacción y; que los límites interpretativos a lo que se rigen el juez en una concepción positivista, lejos de ser restringidos, se

⁷⁰ *Ibid*, p. 74.

encuentra desmedidamente abiertos a lo que Hart (como posteriormente Dworkin) llaman la *tesis de la discrecionalidad judicial*.⁷¹

Pese a lo anterior, Perelman mantiene una errónea (o incompleta) comprensión del positivismo jurídico, por lo cual, adopta una concepción *iusnaturalista-positivista* como la mejor forma de concretizar la argumentación y la retórica en el derecho, mediante el estudio y aplicación de los principios generales del derecho y, no sólo del conjunto de normas jurídicas que componen a un sistema positivista. Sin embargo, Perelman vuelve a confundir los principios generales del derecho con una endeble relación con el derecho natural, cuestión que contrario a proveer una concepción del derecho abierta, lo restringe a los dogmas de una moral que la mayoría de las veces puede estar cimentada en un conjunto de saberes y apreciaciones sociales que reprimen la facultad crítica del derecho. En otras palabras, los fundamentos que otorga una concepción natural, puede estar al servicio de un *status quo* que oprime y limita la producción del derecho.

3.5.2.3. Lo que nos queda de la retórica de Perelman y Olbrecht-Tyteca para la el pensamiento de Manuel Atienza.

El mismo Atienza sintetiza la obra de Perelman y Olbrecht-Tyteca para el derecho, y primordialmente, para la teoría general de la argumentación. A partir de ello, podemos verificar los elementos que Atienza retoma dentro de la construcción de su estudio sobre la argumentación jurídica, los cuales se pueden resumir en los siguientes puntos:

- La relevancia que le atribuye al auditorio, pese a los problemas de especificación entre el auditorio universal y particular, en relación con la justificación interna y externa en la argumentación;

⁷¹ Cfr, con los postulados que Dworkin retoma de Hart, en cuanto a la libertad de producción del derecho que tiene el juez en un sistema positivista; al dar solución a un caso difícil. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. Marta Gustavino, Barcelona, Ariel, 2002.

- La intención de introducir el carácter justificativo que es menester en la comprensión y aplicación del derecho, así como la asimilación del mismo por las personas y;
- Principalmente, que la retorica de Perelman intenta construir un punto de partida del conocimiento jurídico, así como de su aplicación a partir de la razón práctica, es decir, de una dialéctica demostrativa que primigenié el consenso y la demostración a partir de la crítica (no muy bien lograda ni definida por Perelman pero si retomada en este punto por Atienza) a las concepciones establecidas.

Cabe aclarar que los resultados de ahondar en la retorica de Perelman y de Olbrecht-Tyteca los volveremos a tomar al momento de revisar propiamente los postulados que Atienza formula al respecto de la argumentación jurídica.

3.6. La argumentación en el derecho

Habiendo visto la importancia de la argumentación en el ámbito científico y como se conforma a través de las premisas contenidas en los argumentos y la forma de calificarlas o analizarlas, es momento de pasar a plantear lo que hasta aquí se ha comentado, pero enfocándonos en el campo del derecho.

Las ciencias sociales son un campo teórico y práctico que se encuentra en constante movimiento o dinamismo. Para muestra tenemos el derecho, el cual a lo largo de su concepción ha tendido a diferenciarse sobre la creación del pensamiento jurídico filosófico y su praxis jurídica, destacando esta última, principalmente por la garantía de los derechos, su procedimiento de protección ante las autoridades jurisdiccionales y como estas autoridades fundamentan o justifican sus decisiones.

Entonces bien podemos encontrar que la argumentación jurídica pretende “[...] aclarar los procesos de interpretación y aplicación del derecho y ofrecer una guía y una fundamentación al trabajo de los juristas.”⁷² Lo anterior, principalmente desde la concepción de la *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert Alexy, autor

⁷² Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, nota 55, p. 4.

ampliamente reconocido en el continente europeo, y que ha venido a tener mayor relevancia en América Latina, con especial énfasis en las academias del sistema jurídico mexicano, sin embargo, pese a su enseñanza en México, la argumentación jurídica (vista desde los estudios o pensamiento de cualquier autor o jurista) dista mucho de ser llevada como una constante en la actividad jurisdiccional en México.

Para los efectos de esta investigación es imperativo rescatar, el estudio sobre la argumentación jurídica que ha venido haciendo Manuel Atienza, quien señala que la argumentación jurídica en ocasiones no tiene diferencias suficientes para distinguirse o diferenciarse de la metodología jurídica. Sobre esta misma idea Atienza nos dice lo siguiente:

De hecho, lo que puede llamarse *teoría de la argumentación jurídica* parte de una distinción clara (que no suele encontrarse en los cautivadores más tradicionales de la metodología jurídica), por un lado, entre la decisión (judicial) y el discurso referido o conectado con la decisión; y, por otro lado (en el plano del discurso), entre el de carácter justificativo y el descriptivo y explicativo; la teoría de la argumentación jurídica de nuestros días se ocupa, casi exclusivamente, del discurso justificativo de los jueces, esto es de las razones que ofrecen como fundamento –motivación– de sus decisiones (el contexto de la justificación de las decisiones), y no de la descripción y explicación de los procesos de toma de decisión (el contexto del descubrimiento que exigirían tomar en cuenta factores de tipo económico, psicológico, ideológico, etcétera).⁷³

Del anterior párrafo, podemos destacar la importancia que Atienza da a lo que para él es un problema de la argumentación o justificación (relacionado con el sentido lógico material) que hacen los operadores judiciales, ya que solo se encaminan a dar una simple *motivación* de sus decisiones (atiendo únicamente al sentido formal), lo que ocasiona no entrar al estudio de la sustancia de las premisas contenidas en los argumentos que dan justificación a sus decisiones. También señala, casi al finalizar la idea, la importancia de explicar los procesos sobre los cuales se toma una decisión, para lo cual habrá que tener en cuenta los factores *externos* (argumentos probables o retóricos) que nos ayudan a conformar un argumento de carácter analíticos, es decir, propio al sentido científico del derecho, a

⁷³ *Ibid*, p.5. Las cursivas son mías.

lo cual se le podría llamar una argumentación jurídica sustentada en una praxis interdisciplinaria (propia de las fundamentos esenciales de los derechos humanos), destacando la tendencia interpretativa casi hermenéutica del pensamiento de Atienza, pero encausado principalmente a la concepción argumentativa analítica cuestión que a lo largo de su obra va reduciéndose a la pura teoría analítica.

Continuando con esta misma tesitura, la argumentación jurídica, al igual que la sola argumentación, contiene las mismas concepciones adoptadas por la lógica formal, la material y también por la pragmática o dialéctica.

La concepción formal en la argumentación jurídica la podemos observar perfectamente en el silogismo jurídico sobre el cual se basa la aplicación del derecho bajo una concepción jurídica positivista formal, asumiendo la *valides* de las premisas (normas) como algo ya completamente *dado* o como un producto de *la verdad acabada*, concretándose únicamente a hacer una subsunción al caso concreto arrojando como resultado una conclusión definitoria entre las premisas.

Por su parte, Cárdenas Gracia nos dice que la función de la concepción material consiste en:

[...] tratar de justificar las premisas no ya mediante el silogismo o formas lógicas divergentes. La justificación de las conclusiones o de las decisiones tiene que hacerse a través de buenas razones que permitan determinar la corrección del razonamiento. Así como, desde el punto de vista formal, los argumentos se entienden como relación entre proposiciones, en la concepción material se trata de relaciones entre razones, creencias, actitudes o acciones. El razonamiento no es una inferencia regida por reglas formales sino un procedimiento para resolver un conflicto entre razones.⁷⁴

La concepción material supone una praxis jurídica más idónea con la aplicación del derecho, tomando en cuenta al sistema jurídico, la diversidad normativa con la que se conforma, contrastándolo con las diversas problemáticas que este cúmulo de normatividades pueden causar entre sí al momento de resolver una controversia jurídica. Lo esencial consiste en determinar, por ejemplo, en qué condiciones tal tipo de razón prevalece sobre tal otra; y esos criterios no constituyen reglas de inferencia

⁷⁴ Jaime Cárdenas Gracia, *La argumentación como derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, p. 21.

en el sentido de la lógica formal. Dentro de los autores que encontramos con este enfoque podemos destacar a Dworkin, Raz, Nino y Summers.

La argumentación pragmática o dialéctica considera de vital importancia la interacción lingüística, es decir, la interacción entre el lenguaje y la comunicación o los argumentos expuestos por los sujetos que son parte de un proceso tendiente a llegar a un consenso. Así mismo pone especial énfasis en el procedimiento consensual de la aceptación del argumento por parte de todos los argumentadores. Dentro de la concepción pragmática se puede distinguir dos enfoques; siendo el primero la retórica, centrado en la idea de persuadir a un auditorio que, en la argumentación asume, un papel básicamente estático; y el segundo, la dialéctica, en el que la argumentación tiene lugar entre los participantes (proponente y oponente) que asume un rol dinámico, habiendo una interacción entre ellos.

Ahora bien, la argumentación jurídica guarda una relación entre estas concepciones lógicas del argumento y de sus premisas, con los modelos jurídicos o valores básicos de algún sistema jurídico. Por ejemplo; podemos encajar la *certeza jurídica* con la concepción formal, y a su vez, con el sistema jurídico positivista imperado por el estado de derecho moderno; mientras que, los valores y principios jurídicos tales como *la verdad, la justicia y la igualdad* los podemos ligar con la concepción material, y a su vez, con un estado preocupado por la visión social de las igualdades diferenciadoras; y por último, la *aceptación y el consenso* con la concepción pragmática de estados que desarrollan una visión de democracia que va mas allá de la representativa, adoptando sistemas deliberativos y participativos.

Poniendo ya en práctica a la argumentación jurídica, se puede observar la postura de varios autores que, nos dicen que, la argumentación jurídica tiene por lo general una composición conjunta de las tres concepciones mencionadas anteriormente. Por lo tanto, la autora Fernández Ruiz nos dice que:

[...] el papel de la argumentación dentro del derecho se modifica, evidentemente, según la concepción que de él se tenga; por ejemplo, si predomina una visión positivista del derecho, es natural que se considere como la manera ideal de argumentar la propia del silogismo deductivo; en cambio, para los partidarios del sicologismo jurídico, la lógica

deductiva o formal no puede satisfacer las necesidades argumentativas del derecho, sino solo una lógica informal, lo que muchos llaman una teoría de la argumentación.⁷⁵

Debido a lo anterior, la argumentación jurídica se ve influenciada a la concepción que un Estado tiene sobre el derecho, por lo tanto, la praxis de la argumentación jurídica cambiará según el sistema jurídico en el cual esté.

3.6.1. La argumentación jurídica en relación con las concepciones del derecho

La argumentación jurídica, como se dijo anteriormente, se encuentra relacionada según sea la concepción del derecho que generalmente se tenga adaptada en una colectividad. Por tal motivo, y según sea ésta concepción del derecho, la argumentación como tal y la argumentación jurídica tienden a tener mayor o menor peso o relevancia dentro del sistema en cual se encuentre. Esto es más que evidente si ponemos como ejemplo a un estado “democrático” representativo con mayor influencia del *estado legislativo*, que propicie el formalismo positivista, él cual, tendrá a confundir la validez material y la validez formal de las normas así como de las argumentaciones que se pudieran dar alrededor de ellas, dejando a un lado a la argumentación como una forma de conocer y aplicar el derecho, ya que el único derecho sería en todo caso la propia normatividad del Estado. Podemos decir, “[...] en buena medida, como los contextos políticos, sociales, históricos, económicos, filosóficos, etcétera, tienen una alta significación en la argumentación y en la interpretación.”⁷⁶

Señalado lo anterior es importante representar de forma simple lo que caracteriza estas diversas concepciones del derecho, puesto que desde el pensamiento de Atienza, este enfoque teórico nos brinda los indicadores importantes (más no absolutos) para comprender la concepción que se le puede dar al derecho y como la argumentación se puede o no amoldar a ellas.

⁷⁵ Graciela Fernández Ruiz, *op.cit.*, nota 54, p. 99.

⁷⁶ Jaime Cárdenas Gracia, *op. cit.*, nota 74, p. 38.

3.6.1.1. La concepción del derecho a través del formalismo jurídico

Esta es la concepción adoptada por el Estado de derecho moderno, que explica y fundamenta al derecho de la forma meramente *legalista*, como nos la señala Cárdenas Gracia mencionando que:

[...] consistente esencialmente en reglas, o sea, las premisas de los razonamientos jurídicos funcionan como razones excluyentes o perentorias, de manera que en muchos o en la mayoría de los casos los decisores (los aplicadores) pueden prescindir de las circunstancias particulares de los casos, esto es, de las razones para la decisión que en principio serian de aplicación para decidir el caso pero que, al no figurar en la regla abstracta preestablecida, el decisor no necesita tomar en consideración [...] ⁷⁷

De esta forma la concepción y aplicación del derecho se simplifica sustancialmente. Nace de las posturas que ven al derecho como actividad propia y ensimismada, que debe ser aislada desde las demás prácticas o ciencias, y que por ello, omite o invisibiliza cuestiones de suma importancia para conocer al derecho y principalmente para la aplicación del derecho, siendo este más precisamente el objeto de este documento. Lo cual, limita la actividad jurisdiccional (no solamente la de los jueces sino la de todos los operadores jurídicos) reduciendo la practica deliberativa, arrojando una visión ingenua del derecho, debido a que no toma en cuenta otros factores importantes como son los contextos materiales, sociales, morales, entre muchos otros que se pueden dar al momento de analizar casos concretos.

Si bien el formalismo jurídico limita e incluso invisibiliza factores importantes a tomar en cuenta para el derecho, lo cierto es que cuenta con una justificación lo suficientemente válida para una gran parte del mundo jurídico, siendo la seguridad jurídica.⁷⁸ Esta justificación se presupone suficiente para mantener un orden en el

⁷⁷ Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, nota 55, p. 24.

⁷⁸ Cabe destacar que la seguridad jurídica tiene como uno de sus objetivos principales dar certeza de legalidad sobre las condiciones de gobernabilidad y seguridad entre la sociedad. Una gran cantidad de juristas de la teoría crítica manifiestan que la seguridad jurídica limita en gran parte una concepción nueva sobre el derecho y su aplicación. El objetivo de esta documento no es enteramente resaltar la

sistema, cuestión que desde la óptica de este documento no se comparte totalmente, y que por ello, será necesario seguir analizando otras concepciones del derecho.

Para concluir sobre esta concepción del derecho vendría a ser necesario ahondar en como impacta o se relaciona con la argumentación jurídica. Si partimos del énfasis de simplificar al derecho y a su aplicación en el uso legalista, la argumentación jurídica tendría poco que ver aquí, por el contrario los operadores jurídicos solo tendrían la relevancia que a manera de crítica manifiesta Dworkin; convertirse (los operadores jurisdiccionales) solamente en la boca muda de la ley. Esta concepción más que asumir una teoría de la argumentación adopta una “[...] teoría de la subsunción: la justificación de decisiones que suponen el establecimiento de normas concretas teniendo que basarse en ciertas normas -premisas-preestablecidas [...]”⁷⁹ El razonamiento jurídico aplicativo pasa a atender solamente el factor lógico formal, dejando de lado la justificación razonada y discursiva de una decisión como justificación y explicación de la misma.

3.6.1.2. La concepción del derecho a través del positivismo normativista

Una concepción de derecho que ha sido ampliamente recurrida y estudiada, teniendo en un principio una amplia aceptación en Europa, la cual se extendió a América Latina, muestra de ello es el pensamiento jurídico basado en la concepción del positivismo normativista en diversos autores latinoamericanos, dentro los cuales podemos destacar a Genaro Carrió, Carkis Alcourrón y Eugenio Bulygin. Sin embargo sus representantes teóricos más reconocidos en el mundo serian Hans Kelsen y Hart, de quienes se puede decir existe una subdivisión de pensamiento jurídico desde la concesión positivista normalista.

validez o no sobre la seguridad jurídica, sin embargo, es importante tenerla en cuenta al momento de hablar temáticas sobre la aplicación del derecho, debido a que herramientas nuevas que nos sirven para comprender el derecho tales como la hermenéutica y la argumentación siempre encuentra como freno a la seguridad jurídica. Quien redacta cree que lo conveniente es abordar una postura en donde la seguridad de la sociedad se fundamente tanto en reglas legales pero también en principios no meramente legalistas, sino morales, teóricos, de justicia e igualdad entre muchos otros, ya que esto nos podría acerca una verdadera búsqueda de la justicia.

⁷⁹ Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, nota 55, p. 27.

La visión kelseniana se fundamenta, como bien es sabido, en la estructura normativa del derecho como herramienta de control social, es decir, viendo al derecho como un conjunto de normas jurídicamente establecida por medios formales del Estado, emitidas por los procedimientos y las autoridades encargadas de esa función (siendo este el criterio de validez de la norma y en consecuencia del derecho), disminuyendo el carácter social del derecho (la función de la sociología jurídica). En relación con la forma de comprender el derecho y interpretarlo, la visión kelseniana comprende al derecho (norma jurídica) como un conocimiento dado y acabado, que si bien puede ser analizado desde otras posturas, de poco a nada sirve ese análisis, ya que la norma jurídica por si misma tiene un sentido objetivo, lo cual se diferencia de la practicas razones que, para Kelsen abrían la posibilidad al *emotivismo ético* que de poco ayuda a la comprensión del derecho y a su aplicación. De lo anterior, la argumentación judicial en una concepción kelsenia tiene poca cabida.

Hart por su parte, aunque se posicione como un teórico del positivismo normalista tiene puntos de inflexión en donde da un poco de cabida a las tesis del racionamiento práctico y al uso del discurso jurídico. Él reconoce que el derecho se encuentra conformado por no solo por reglas sino también por principios; que nos sirven para la resolución de los casos difíciles (esta pensamiento se encuentra relacionado superficialmente con el pensamiento Dworkin, sin embargo, la teoría de este último es mas valorativa y justificativa, mientras que la de Hart tiene características principalmente descriptivas). Asimismo, Hart reconoce la importancia de los principios de justicia o valores sustantivos, manifestando que los jueces cuentan con cierta discrecionalidad; la cual tiene que basarse con *razones generales* atendiendo a los valores legislativos de la ley. Aunque suponga a los jueces una facultad discrecional, esta se encuentra limitada y diferenciada entre la moral y el derecho, dejando sola una concepción del derecho como descriptiva de la norma, simplificando la razón práctica que se encuentra relacionada a la argumentación jurídica.

3.6.1.3. La concepción del derecho a través del realismo jurídico

Esta concepción expone como elemento principal las reproducciones sociales, viendo al derecho como una continua y dinámica práctica social que subraya el carácter instrumental del derecho. Esta concepción se encuentra dividida en dos facciones un tanto diferentes entre ellas. Por un lado tenemos como uno de sus mayores representantes a Jerome Frank como un pensador de un tanto radical de esta concepción, mientras que por parte de una facción más moderada tenemos a Llewellyn.

Jerome Frank describe al realismo jurídico a partir de tres conceptos fundamentales, siendo los siguientes: a) el escepticismo axiológico el cual considera que los juicios de valor juegan un papel muy importante en la toma de decisiones jurídicas, teniendo un carácter persuasivo más que argumentativo; b) la utilización de tesis explicativas, mas no justificativas, de cómo los juzgadores llegan a tomar sus decisiones y; c) una postura crítica a los conceptos que tienden a determinar el derecho, como es el caso de la seguridad jurídica, cambiándolos por elementos prácticos sociales.

Por su parte Llewellyn mantiene una postura más mesurada del realismo jurídico⁸⁰ enfocada más claramente a una postura positivista que discute y distingue la diferencia entre el ser y el deber ser. Su pensamiento destaca la importancia de las reglas de derecho por su motivación de forma deductiva, sin embargo, cabe aclarar que él plantea su teoría desde un plano más retórico que argumentativo.

Podemos concluir que la argumentación jurídica dentro de una concepción como el realismo jurídico tiene posibilidades de una buena aplicación, pero también, habría que destacar que esta concepción del derecho se aleja un poco del procedimiento lógico característico de la argumentación jurídica, adoptando postura aún más persuasivas más propias de la retórica, que no en quiere decir que esto se negatorio de la argumentación jurídica, sino más bien de un tipo de argumentación diferente a la convencional.

⁸⁰ Esta postura más moderada se puede apreciar en las últimas obras de Llewellyn, tal es el caso de su libro *The common law tradition*. Debe destacarse que en sus inicios coincidía con los mismos presupuestos teóricos que Jerome Frank guardando una postura más radical.

3.6.1.4. La concepción del derecho a través del iusnaturalismo

Esta concepción mantiene una larga tradición a lo largo de la historia, desde la escuela escolástica hasta el pensamiento moderno, cuestión que ha llevado a diversificarlo desde muchas posturas. Pese a lo anterior, bien podríamos decir que el “[...] el iusnaturalismo se preocupó sobre todo por determinar la esencia del derecho y por mostrar las conexiones de naturaleza superior que, en último término, remitía a una idea de tipo religioso.”⁸¹ Se basa principalmente en los conceptos ideales que bien podríamos considerar como rectores del derecho, destacando la noción de justicia y de valores dados y comprendidos como absolutos o acabados por razón de un orden natural, dentro de esta tesitura encontramos a autores generalmente más reconocidos por adoptar la escuela aristotélica-tomista. Dentro de esta concepción es prudente resaltar las palabras de Atienza al hablar sobre el *iusnaturalismo* citando a Villey, nos dice lo siguiente:

[...] el derecho natural es esencialmente un método para descubrir el derecho, lo justo, en las relaciones sociales. Lo justo, en su opinión, se identifica con “lo suyo”, pero eso es algo que no se encuentra en las normas, sino en la propia realidad social. El método que propugna Villey no es otro que el de la dialéctica, entendida en el sentido aristotélico: un tipo de razonamiento que no se confunde ni con el de la lógica deductiva ni con el de las ciencias empíricas, pero tampoco con el de la retórica. La dialéctica (a diferencia de la retórica) no está encaminada a la persuasión, sino a la verdad, y para ello parte de opiniones múltiples y divergentes; lo esencial de la dialéctica sería así la idea de un diálogo ordenado y sincero. Otro aspecto de esa metodología jurídica lo construye las fuentes del derecho; las fuentes señalan dónde hay que encontrar el derecho, esto es, de dónde puede partir el razonamiento, la dialéctica; para Villey existen tanto fuentes del derecho positivo como del derecho natural.⁸²

Es menester resaltar las anteriores líneas, a efecto de reconocer algunos de los aciertos (así considerados de nuestra parte) que guarda el pensamiento de Villey, quien propone al derecho como un instrumento más emancipador perfilado por la dialéctica y la diversidad de fuentes que se le pueden atribuir al derecho, con la finalidad de que este encuentre la verdad.

⁸¹ Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, nota 55, p. 48.

⁸² *Ibid*, p. 50.

Sin embargo, y como se dijo al inicio de este subtema, el *iusnaturalismo* ha tenido un largo trote a lo largo de la historia. En este sentido, podemos ver algunas posturas que lo retoman en la modernidad, en concreto después de la segunda guerra mundial. En esta época se destaca el pensamiento de Gustav Radbruch, quien al observar los horrores del holocausto cuestiona el ser y el deber ser, tratando de fundamentar el derecho desde una concepción más natural, separándolo del derecho positivo, debido a que bajo su pensamiento puede haber normas jurídicas notoriamente injustas las cuales no tienen la calidad de ser nombradas como derecho. Radbruch manifestaba que el derecho no podría fundamentarse bajo la concepción del derecho positivo, ni tampoco bajo prácticas sociales, sino que este debía basarse en un valor de carácter suprapositivo. “Su idea del derecho contiene en realidad tres nociones de valor: la justicia, la adecuación al fin y la seguridad jurídica, que se complementan mutuamente, aunque también pueden entrar en conflicto.”⁸³ Este tipo de pensamiento *iusnaturalista* (que guardan las teorías de Radbruch y Legas) sería retomado por juristas y pensadores más contemporáneos que a su vez establecerían las bases de la teoría del Estado constitucional.⁸⁴

En este mismo enfoque del *iusnaturalismo* tenemos a Finnis, quien también sostiene la importancia de diferenciar entre el derecho justo del injusto, bajo parámetros que nos permitan abrir el razonamiento jurídico hacia el razonamiento moral y político. Reconociendo los límites del Estado a través de los principios inmodificables, que darán como resultado el derecho válido. “La concepción del derecho de Finnis puede considerarse como un fragmento de una teoría de la argumentación jurídica. A él no le interesa particularmente –cabría decir- las cuestiones de técnica argumentativa en el derecho, sino más bien la fundamentación última del discurso jurídico justificativo.”⁸⁵

⁸³ *Ibid*, p. 53.

⁸⁴ El Estado constitucional que sustentado bajo principios *iusnaturalistas* tiene como uno de sus elementos: la codificación de los principios del derecho natural, que en su mayoría son adoptados por los textos constitucionales convirtiéndolos en principios constitucionales que habrán de calificar como válidas o no las normas que se contrapongan a estos valores de justicia. Mientras que también, podemos hablar de un Estado constitucional que parte del positivismo y solo toma elementos axiológicos (del derecho natural) para complementar la concepción del derecho con más derecho. Estas posturas de carácter ilustrado desenfocarían en el neopositivismo o neoconstitucionalismo.

⁸⁵ Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, nota 55, p. 56.

De esta forma podemos observar que la concepción *iusnaturalista* es compatible con las necesidades teóricas y prácticas de la argumentación jurídica. Muestra de ello es que algunos de los precursores de la teoría de la argumentación jurídica se consideraran en cierta medida *iusnaturalistas*.

3.6.1.5. La concepción del derecho a través del escepticismo jurídico

Esta concepción del derecho se encuentra cargada del discurso político, sustentado por el pensamiento marxista, el cual, en primera instancia era escéptico de la dinámica socioeconómica en relación con los medios de producción. Según Atienza, esta concepción guarda relación con el realismo jurídico, al ver al derecho como un instrumento de cambio social, sin embargo, esta concepción fue más allá, siendo escéptica del mismo derecho, considerándolo como un obstáculo para el cambio social. Continúa Atienza mencionando que el realismo jurídico guarda cierta compatibilidad con la argumentación jurídica (limitada principalmente por su carácter retórico), mientras que el escepticismo jurídico no contiene una relación directa con la argumentación jurídica (y con el derecho en sí mismo) sino con la argumentación política. Cuestión que se modifica hasta cierto punto con los nuevos pensamientos e interpretaciones marxistas, los cuales, según Atienza, van debilitando las tesis marxistas.

Atienza nos dice que una muestra del debilitamiento de las tesis marxistas es la teoría crítica del derecho. La cual, “[...] consiste en adoptar una perspectiva crítica (escéptica) del derecho, pero al mismo tiempo interna, en cuanto que el derecho es visto por el jurista como un instrumento que puede (debe) usarse para lograr ciertas finalidades políticas (emancipatorias).”⁸⁶ Cuestión que, bajo la perspectiva con la que se redacta este documento, es ampliamente debatible, lo cual, se tratará en líneas posteriores, pero se cree conveniente manifestar la disertación en este lugar del texto a efecto de dar una postura congruente.

⁸⁶ *Ibid*, p. 62.

Desde la teoría crítica del derecho encontramos a autores que se han vuelto un referente, desatancando la obra de Boaventura de Sousa Santos y de Duncan Kennedy, ambos críticos del derecho, pero con enfoques bastante diferentes.

Boaventura aporta una visión crítica del derecho pero desde un fundamento filosófico que replantea el estudio y concepción del derecho, destacando la importancia de la dialéctica o “diatopica” como él la llama, para el conceso que se puede obtener a través del dialogo multicultural. Con la finalidad de dar una propuesta encaminada a fenómenos políticos entre los cuales se ve inmiscuido el derecho.

Por su parte la teoría crítica de Duncan Kennedy tiene como principal objeto de estudio la praxis aplicativa del derecho por parte del juez. Su pensamiento se centra en cuestionar la legitimidad del juzgador al tomar una decisión. Resalta el hecho de que la decisión judicial nunca puede ser observada como una postura jurídica objetiva y determinada, sino que por el contrario, la decisión del juez se encuentra encaminada a la consolidación de un sistema establecido, el cual atiende a intereses superiores y a un orden impuesto. La determinación y objetividad del derecho, él la crítica (desde una postura radical) como una concepción ingenua, debido a que el derecho por sí mismo es indeterminable. Cuestiona duramente la racionalidad objetiva con la que supuestamente un juez asume un caso hasta llegar a la decisión judicial, debido a que el procedimiento que utilizan es perverso al manipular los conceptos jurídicos establecido en el sistema con la finalidad de justificar una actuación judicial que no tiene como objeto la resolución del conflicto mediante el descubrimiento de la verdad. La postura de Kennedy puedes ser tacha como meramente política y retorica, sin embargo, su carácter de escéptico tiene cierto fundamento, cuando observamos en la realidad jurídica, que las decisiones judiciales en cierto casos de intereses particulares, se justifican con un discurso retorico que perpetua el sistema (uno que atiende a poderes que bien podemos tachar de hegemónicos y dominantes).

3.7. La teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza

A lo largo de este capítulo se ha desarrollado un análisis concreto sobre los elementos que conforman la teoría de la argumentación estándar, su relación con la lógica-formal, su distanciamiento o postura encontrada con la tópica y la retórica, y por último, un acercamiento sobre la argumentación jurídica; sus principales autores así como un análisis descriptivo de las diversas concepciones del derecho y su interrelación con la argumentación jurídica.

Lo anterior ha sido con la intención de desarrollar el planteamiento con el que Manuel Atienza construye su teoría de la argumentación jurídica, la cual se cimienta, en un principio, con los referentes previos que guarda la postura analítica de la argumentación. Sin embargo, al concretizar su obra, logra dotarla de una especificidad propia de nuevos horizontes teóricos y prácticos.

El trabajo que Atienza realiza para conformar su teoría de la argumentación jurídica es la sumatoria de diversas perspectivas de pensamiento y de enfoques conceptuales, con la que logra dotar de un dinamismo particular a la argumentación jurídica. Con esta cuestión, Atienza es sincero a con el lector al describir la forma de elaborar su teoría de la argumentación.

Atienza trata de manifestar que desarrolla su teoría de la argumentación jurídica con poco o nada de las construcciones deductivas de la lógica-formal. A lo largo de sus obras de argumentación, nos comenta tácitamente esta afirmación: “[...] por argumentación jurídica no entiendo lo mismo que por lógica jurídica, aunque si se adoptará una concepción lo suficientemente amplia de la lógica (que incluirá, por ejemplo, el conjunto de temas tratados por Aristóteles en el *Organon*) [...]”⁸⁷ Esta afirmación tiene en un principio cierta adecuación con la realidad plasmada en sus textos, sin embargo, al realizar un análisis a conciencia y determinar elemento por elemento sobre su teoría, es evidente que nos encontramos (mayormente) con un pensamiento analítico en toda regla de la *reproducción* de conocimiento que, sin embargo, como se ha comentado anteriormente, logra aportar de nuevos enfoques *productivos* a la teoría argumentativa.

⁸⁷ Manuel Atienza, *El derecho como argumentación*, México, Fotamara, 2012, p. 68.

Dentro de estos enfoques productivos a la línea de pensamiento o construcción de proceso del conocimiento tenemos como referencias a la tónica y la retórica, como medios de construcción abierta que sirven para datar de nuevos enfoques a la ya construida estructura de la lógica formal. Para aclarar esta reconstrucción del pensamiento de Atienza, podemos referenciarlos a estas siguientes líneas:

[...] hoy es frecuente contraponer el enfoque lógico de la argumentación a otros de carácter retórico, tónico, comunicativo, etc. y aquí seguiré básicamente ese uso, bastante sólidamente establecido, por lo demás. Dicho en forma aproximativa, la lógica –lógica formal- entiende los argumentos como encadenamientos de proposiciones, en los que, a partir de algunas de ellas (las premisas) se llega a la otra (la conclusión). Otros enfoques pueden consistir en ver a la argumentación, como una actividad, como una técnica o un *arte* (el *ars inveniendi*) dirigido a establecer o descubrir las premisas; como una técnica dirigida a persuadir a otro u a otros de determinada tesis; o como una interacción social, un proceso comunicativo que tiene lugar entre diversos sujetos y que debe desarrollarse conforme a ciertas reglas.⁸⁸

Bajo la concatenación de de diversos elementos, Atienza construye su teoría de la argumentación, en base a lo previsto por autores previos, de los cuales revisa su construcción ideológica en referencia con la del derecho y a la sistematización o tradición conceptual del derecho en el que se introduce la argumentación, y son estas características que sirven de pilar una teoría de la argumentación, o proceso de comprensión del derecho, como un medio *productor* de derecho.

En merito a lo anterior, es momento de finiquitar lo que hasta este punto sirve como bases de construcción teórica de Atienza, para dar paso a las características propias que este autor aporta a la argumentación jurídica a efecto de sustentar el objetivo de este capítulo.

3.7.1. Las tres dimensiones de la teoría de la argumentación jurídica de Atienza

Manuel Atienza, a lo largo de sus obras de argumentación jurídica, nos habla sobre las principales aportaciones que otros autores han brindando en este ámbito del

⁸⁸ *Ibid*, p. 71.

derecho, destacando en un principio a Viehweg y Perelman a quienes considera como los precursores de la argumentación jurídica y por otra lado también toma referencia de otros autores tales como Alexy y MacCormick, a quienes los señala como los precursores de la teoría estándar de la argumentación.

Es a partir de lo anterior, cuando Atienza conforma una teoría de la argumentación, la cual considera más completa, al cohesionar la teoría estándar con la teoría propiamente jurídica; dando como resultado una teoría alternativa que supla determinadas carencias de la argumentación jurídica. Para ello, Atienza dispone la necesidad de realizar un proceso de generalización de la teoría, la cual debe de tener en cuenta estas tres dimensiones.

La dimensión de normas y hechos.

Atienza nos dice que el proceso de la argumentación estándar se concentra principalmente en la norma, es decir, en la creación de argumentos, así como su concatenación en torno a supuestos normativos, los cuales tienen la función de justificar el uso interpretativo de una norma jurídica. En ese tenor, la argumentación estándar (propia autores como Alexy, Guastini, entre otros) parte fundamentalmente desde la pretensión unívoca de la norma positiva, y por ende la argumentación consiste en un proceso de comprensión de índole analítico.

Realizar una argumentación que se enfoque únicamente en los aspectos involucrados con la norma positiva, restringe el acercamiento de un modelo argumentativo que tenga en consideración factores ajenos a la norma, los cuales también tienen relación con el objeto de estudios, tales como los factores contextuales, circunstancias y hechos.

Una argumentación que tenga a bien tomar en cuenta factores externos a la norma, nos puede ayudar a construir no solo a la teoría de la argumentación, sino que también, contribuye a la propia teoría del derecho, así como a la sociología del derecho y a la sociología como investigación de tipo empírico.

La dimensión del ámbito de reproducción y producción del derecho.

La argumentación, como se menciona en el punto pasado, puede enfocarse en más aspectos que las normas positivas. Cuando esto sucede, se facilita a construir una argumentación jurídica que más que dar justificación interpretativa a la norma (reproduciéndola) ayude a la construcción de un derecho nuevo. Sin embargo, el acercamiento a una dimensión de *producción* del derecho es, por demás, evitado por los teóricos analíticos de la argumentación jurídica; que ven en ella una la irrestricta necesidad de basar su objeto de aplicación únicamente por la norma, debido a que es ésta contiene el uso del *razonamiento practico* que legislativamente le fue conferido.

La dimensión de proporcionalidad, comprensión y aplicación.

Esta dimensión que propone Atienza se encuentra ligada a la necesidad del derecho en ser un instrumento práctico que funja para dirimir controversias, y que, como tal, debe proporcionar modelos en donde la justificación o acercamiento al derecho no sólo sea una *adjudicación* de las normas, sino que por el contrario, el derecho debe ser entendido como un entorno sistemático que necesita de un método de comprensión amplio que realice una tarea de mediación, así como de proporcionar los derechos, es decir, un entorno jurídico que mas que buscar la aplicación del derecho busque su negociación.

Las anteriores dimisiones sobre las cuales se conjuga el pensamiento de Atienza, buscan, en una primera instancia, orientar o fungir como una serie de directrices que logren establecer criterios concretos, los cuales ayuden al proceso justificativo en el que se fundamenta la argumentación. Asimismo, Atienza no limita su obra a establecer una metodología en la cual desarrolle la argumentación jurídica, sino que interioriza el sentido y el acercamiento de la argumentación al derecho como un proceso que se aleja de una univocidad analítica en busca de un conocimiento de su aprensión cognitiva. Es por ello, que separa (o intenta hacerlo) las fases en las que se estructura el conocimiento jurídico; al mencionar que la

justificación se puede llevar a cabo en un tipo de discurso doble: descriptivo y prescriptivo.

3.7.2. La teoría de la argumentación jurídica de Atienza y sus diversos acercamientos al pensamiento jurídico

La teoría de la argumentación jurídica de Atienza, se diferencia en muchas formas de las otras teorías descritas por los autores a los que él llama: los creadores de la *teoría estándar de la argumentación jurídica*, y muestra de ello es su obra más célebre (referente a la argumentación) *La argumentación como derecho*. La visión de Atienza no es el sólo crear un método de aplicación/justificativa de las decisiones jurisdiccionales, como es el caso de otras teorías, sino que también busca caracterizar a la argumentación como un proceso de comprensión del derecho.

Atienza desarrolla su teoría desde dos ópticas o acercamientos al derecho: por un lado, no niega en ningún momento su fundamento analítico-objetivo-cientificista, elaborando una metodología que pretende dar resultados como verdad unívoca y; por otro lado, trata de aportar algunos postulados que, de alguna forma, intentan brindar elementos de un proceso de comprensión, interpretación y aplicación del conocimiento jurídico.

En este sentido abordaremos la teoría de la argumentación jurídica a partir de los dos anteriores postulados; analizándola desde dos tipos de acercamientos: uno metodológico y otro como ciencia del proceso de conocimiento (o descubrimiento como la llama el mismo Atienza) jurídico.

3.7.2.1. El acercamiento metodológico de la teoría de la argumentación de Atienza

Para Atienza es de vital importancia el desarrollar una teoría de la argumentación jurídica que responda de forma idónea ante la necesidad de fundamentar las decisiones jurídicas. Para ello, la respuesta tendría que ser, evidentemente, un

método que permita representar adecuadamente el proceso real de la argumentación que, en este caso, parte de las sentencias, normas y otros documentos jurídicos.

Para crear una metodología que responda a lo anterior Atienza plantea los problemas en los que han se han enfrascado otros autores de *la teoría estándar de la argumentación*; con la intención de poder aprender de esos errores y constatar los elementos en los cuales se tiene que seguir trabajando.

En primer lugar, para la construcción de un modelo metodológico de la argumentación jurídica, es menester la creación de directrices univocas que puedan guiar de forma acertada la creación de un conjunto de supuestos argumentativos que a su vez se fundamente a partir del conocimiento objetivo que aporte al conocimiento cerrado y delimitado (hasta cierto punto) de un norma positiva. En ese sentido, el proceso argumentativo parte de comprender e interpretar un supuesto normativo positivo, pero desde la función *interna*, es decir, aquella que se da desde su mismo entorno.

En un segundo lugar, Atienza nos comenta que uno de los problemas metodológico que enfrenta la argumentación jurídica es describir simbólicamente cómo funciona el proceso de justificación de las decisiones jurídicas. Incluso, nos dice qué en este sentido, los autores de *la teoría estándar* se concentran en utilizar elementos simbólicos propios de la lógica formal deductiva, la cual, no se adapta a las necesidades concretas de una argumentación jurídica.

Atienza muestra el sentido más analítico (casi meramente científicista) de su teoría de la argumentación jurídica, estableciendo algunos criterios con los cuales, él cree, se puede adaptar una simbología que facilite el análisis de las premisas otorgadas en los argumentos, a efecto de calificar la calidad de las mismas. Bajo esta misma tesitura, la mayoría de los autores de *la teoría estándar* han contribuido a su construcción (destacando Robert Alexy) conceptualizando y dando valor y especificidad a los argumentos y normas.

En cuanto a la metodología de la argumentación jurídica, Atienza nos comenta que existen dos forma distintas en las que se puede plasmar una argumentación; es decir, dependiendo del tipo de caso al que se está estudiando, ya que estos deben

ser separados en *casos fáciles* y *casos difíciles*.⁸⁹Al igual que otros teóricos de *la teoría estándar de la argumentación*, Atienza nos comenta la distinción entre el acercamiento argumentativo de un caso fácil con un caso difícil (*hard case*). Un caso fácil nos dice Atienza que: “[...] la lógica deductiva resulta necesaria y suficiente como mecanismo de justificación para los casos jurídicos fáciles o rutinarios.”⁹⁰ Debido a que la subsunción de los hechos al supuesto normativo es suficiente para dar una respuesta correcta, mientras que un *caso difícil* es aquel que será más apto para la argumentación jurídica, debido a que la premisa o supuesto normativo no una un resultado satisfactorio debido a la ambigüedad, insuficiencia o en su caso contradicción con el sistema jurídico.

En cuestión a los casos difíciles Atienza toma, en referencia los postulados previamente manifestados por MacCormick, al argumentar que necesitan ser abordados desde una postura compleja que tenga en mente determinadas directrices a tener en cuenta al momento de concretizar un esquema.

El esquema que nos comenta Atienza, en relación con la teoría de MacComick, consiste en identificar, en primer lugar, el tipo de problema que jurídicamente se pretende resolver, y a su vez, justificar esa resolución. Para lo cual nos dice que existen cuatro problemas jurídicos:

1. Los problemas de relevancia, cuando existen dudas sobre cuál sea la norma aplicable;
2. Problemas de interpretación, cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso;
3. Problemas de prueba, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar y;
4. Problemas de calificación, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho de la norma.⁹¹

⁸⁹ La teoría de los casos difíciles se ha desarrollado principalmente por los juristas anglosajones propios del sistema jurídico de precedentes. Véase en otros autores como: Ronald Dworkin, MacCorminck, Ricardo Guastini, etc.

⁹⁰ Manuel Atienza, *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 127.

⁹¹ *Ibid*, p. 129.

En segundo lugar, hay que determinar si el mismo problema jurídico surge por cuestiones inherentes a la norma, las cuales a través por una insuficiencia de los supuestos normativos; imposibilite la obtención de una respuesta favorable, o en el sentido contrario, que esto sea a causa de un exceso de información que cause un conflicto entre los supuestos normativos del mismo sistema.

En tercer lugar, hay que construir una hipótesis de solución para el problema, esto es, hay que construir nuevas premisas para crear una nueva situación informativa que contenga ya una información necesaria y suficiente en relación con la conclusión. Es decir, un proceso en donde la acotación del resultado se complejice aun mas que lo métodos adaptados por la lógica formal deductiva.

Y cuarto lugar, hay que dar razones, o tópicamente dicho, los lugares en común, con los cuales intentemos justificar la hipótesis previamente aceptada. Aquí es en donde se prevé e uso de los argumentos, así como su estructuración, en la cual ya han aportado en este sentido tanto Perelman como MacCormick.

Sin embargo, hablar de esta construcción metodología a partir de casos difíciles, como única función o acercamiento cognitivo del derecho con la realidad, es abandonar un sentido que estrictamente nos prevé estructuras con las cuales podemos construir un proceso de comprensión del derecho previo.

3.7.2.2. El acercamiento como teoría del conocimiento jurídico

Una teoría o filosofía del conocimiento, debe estar abocada a determinar las formas y etapas en el que se desarrolla y aplica el conocimiento; como metodologías y procesos de comprensión. En este sentido, Atienza busca determinar el acercamiento a la construcción del pensamiento jurídico, como teoría y objeto de estudio, es decir, busca a través de la comprensión argumentativa construir una teoría del conocimiento que explique la forma en que las personas se allegan al conocimiento jurídico en general.

La característica más importante o destacada de la teoría de la argumentación de Manuel Atiza es, a demás de su implicación metodológica, su acercamiento al estudio del derecho y la construcción del pensamiento jurídico, cuestión que no es

tan identificable en algunos otros autores de corte argumentativo y de tradición analítica.

La teoría de la argumentación jurídica suele ser abordada desde un estudio meramente analítico en referencia a la norma positiva, a los principios axiológicos y a otras fuentes del derecho, pero principalmente a la primera. Por ello, la teoría de la argumentación se encamina al desarrollo metodológico *cerrado*; encausándose casi de manera exclusiva a *reproducir* desde una interpretación *interna* lo determinado previamente, o lo *producido* previamente.

La tradición analítica de la argumentación jurídica radica en su sentido de búsqueda de la verdad, de objetivismo y de sentido unívoco que solo puede ser llevado a cabo de procedimientos que no disten mucho de la lógica formal. Sin embargo, Atienza se separa un poco de ello (aunque no del todo) ya que, como lo hemos mencionado, él busca desarrollar una teoría de la argumentación más abierta.

La razón de lo anterior puede radicar debido a los intereses académicos sobre los cuales Atienza ha desarrollado su pensamiento. Él se ha desenvuelto como un jurista que aporta más de un matiz; sus intereses teóricos han rondado desde una tradición subjetivista hasta la tradición objetivista, pese a ello no ha logrado mediar o equilibrar adecuadamente estos dos aspectos, pese a los intentos de introducir la visión de la interpretación externa (de la cual ya hemos hablado) a través del uso de la tópica, Atienza busca definir una teoría que vaya más allá de los procesos lógicos formales.

Atienza nos señala, someramente, como la interpretación-aplicativa del juez pasa por un proceso de comprensión del conocimiento, es decir, que la interpretación y aplicación que la persona (en este caso el juez) realiza sobre un *objeto* pasa por un conocimiento previo. Ese conocimiento previo es propiamente subjetivo; determina y da un valor específico al subjetivismo equivoco dentro de un proceso metodológico. En ese sentido él no dice lo siguiente: “El juez –o los jurados- toman sus decisiones en forma irracional –o por lo menos arracional- y posteriormente las someten a un proceso de racionalización. La decisión, por tanto, no se basa en la lógica, sino en lo

impulsos del juez que están determinados por factores políticos, económicos, sociales y sobre todo por su propia idiosincrasia.”⁹²

Podemos verificar que Atienza es consciente sobre los procesos de pre-comprensión, de esa unidad subjetiva que no es posible de separar en el sujeto al momento de analizar y tomar juicio sobre un objeto o situación determinada. Para ello, determina que los procesos meramente lógicos formales, no logran determinar una teoría de la comprensión, y que por ello, es necesario buscar algunas otras alternativas.

El propone el uso de la argumentación; pero desde un acercamiento a los procesos de comprensión que visibilice las deficiencias del objetivismo buscado por los medios lógicos formales. Para ello, él propone distinguir dentro de la teoría de la argumentación, no sólo la diferencia entre una *justificación interna* y una *justificación externa*, sino que también se debe reconocer previamente la diferencia entre la *explicación* y la *justificación*, ya que en esta diferenciación radica la conceptualización de un proceso de conocimiento y acercamiento al objeto de estudio, así como la formulación metodológica de la interpretación y la aplicación.

Atienza explica la diferencia conceptual que radica entre la explicación y la *justificación* de la siguiente manera:

Para aclarar [la *explicación* y la *justificación*] puede echarse mano de una distinción que procede a la filosofía de la ciencia, entre contexto de descubrimiento y el contexto de la justificación de las teorías científicas. Así, por un lado está la actividad consistente en descubrir o enunciar una teoría y que, según su opinión generalizada, no es susceptible de un análisis de tipo lógico; lo único que cabe aquí es mostrar cómo se genera y se desarrolla el conocimiento científico, lo que constituye una tarea que le compete al sociólogo y al historiador de la ciencia. Pero por otro lado está el proceso consistente en justificar o validar la teoría, esto es confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez; este último requiere de un análisis de tipo lógico (aunque no sólo lógico) y está regido por las reglas del método científico (que, por tanto, no son de aplicación al descubrimiento).⁹³

⁹² *Ibid*, p. 124.

⁹³ *Ibid*, p. 125.

Distinguir entre explicación y justificación es importante para el sentido que quiere tomar la teoría de la argumentación de Atienza (así como para los propósitos de esta investigación), sin embargo, pese a que Atienza determina que hay un proceso previo que se aboca a la explicación que subjetivamente se da en el proceso del conocimiento, este lo desarrolla prácticamente de manera alterna y no como un principio propio para la construcción de una consecuente *justificación*.

Atienza trata de desarrollar una metodología jurídica que avanza en relación a los métodos formales y deductivos, sin embargo, no especifica bien esta distinción ni da el valor específico a la construcción de un proceso de pensamiento jurídico desde la postura de la como un proceso previo, incluso prejuicioso y tradicional del acercamiento de un sujeto en cuanto a la *explicación* de un objeto o suceso.

3.8. Conclusión

La argumentación es una vía sumamente valiosa para justificar y hacer consensualmente aceptables las tesis en la ciencia, ya sea ciencias del espíritu o naturales. Por ello, es evidente que la argumentación toma la influencia de los medios y fundamentos propios de la lógica; sin embargo, como se mostro a lo largo de este capítulo, la argumentación, si bien, contiene los fundamentos materiales de los juicios lógicos, trata de distanciarse de las metodologías deductivas y subsuncionales.

La argumentación, es por si misma, una nuevo paradigma para la filosofía analítica, busca nuevas formas de dar respuesta a los problemas inherentes a la filosofía de la ciencia, rompiendo el sentido deductivo de sus premisas y apelando por la explicación exhaustiva de las mismas. Pese a lo anterior, la argumentación en cualquier ámbito de las ciencias sociales, y en este caso particularmente con el derecho, se encuentra depositada con una solución que no se desprende de un rompimiento epistémico de los métodos, sino como una mera evolución de los principios de la filosofía analítica.

Sin embargo, la teoría de la argumentación de Atienza, aporta, desde nuestra perspectiva elementos que no son clásicos o comúnmente utilizados por otros

autores ampliamente reconocidos por sus aportaciones a la metodología jurídica. Él busca, más allá del simple acercamiento metodológico y de una guía objetiva de la interpretación y la justificación del derecho, un acercamiento propiamente teórico mediante la utilización de la argumentación como proceso de comprensión del pensamiento jurídico, el cual utiliza como herramientas la tópica y la retórica para lograrlo.

Pese a todo lo anterior, la teoría de Atienza no aporta de forma exhaustiva una perspectiva tendiente a desarrollar una teoría de del conocimiento ontológico del derecho, se quedó, más que nada en proposiciones que evidentemente no ahondan en esta postura, por ello, es que creemos que un dialogo con la filosofía hermenéutica puede en gran medida cubrir aquellos espacios o en otro sentido, dialogar de forma armónica entre estas diversas posturas (hermenéutica y argumentación).

CAPÍTULO IV: LAS APORTACIONES Y LOS LÍMITES DE LA HERMENÉUTICA Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: SU DIÁLOGO COMO POSIBILIDAD DE LA CONCRECIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO

4.1. Introducción

Hasta ahora se ha manejado los temas principales sobre los cuales versa la presente investigación; aportando, en un principio, el punto de partida mediante el cual se concretiza el problema sobre el cual se centra esta investigación, es decir, el positivismo jurídico desde su acepción formal-normativista, para posteriormente pasar a desarrollar las alternativas teóricas-metodológicas que sirve como punto de partida y de dialogo a la propuesta que pretende asumir esta tesis, mediante análisis de la teoría hermenéutica de Gadamer y la teoría de la argumentación jurídica de Atienza.

El pensamiento teórico que nos aportan tanto Gadamer como Atienza es rico y nutrido, sin embargo, es evidente que cada uno bebe inspiración y fundamentos a doctrinas y principios filosóficos contradictorios el uno del otro. Gadamer a través de su teoría hermenéutica propone una no solo una metodología u ontología del conocimiento en las ciencias del espíritu y en las ciencias naturales; su postura va más allá, al querer aportar una filosofía que establezca los principios de una filosofía del conocimiento.

Mientras que por parte de Atienza nos encontramos una teoría que busca, más que nada, determinar y describir una metodología jurídica que sea “objetivamente” aceptada como modelo de justificación suficiente de la función interpretativa-aplicativa del derecho.

Ante tales circunstancias, es menester, para continuar con las páginas restantes de esta investigación y obtener las conclusiones adecuadas, determinar y desarrollar los puntos sobre los cuales pueden dialogar, así como contrastarse, estas dos posturas teóricas que tiende con regularidad desplazarse la una de la otra.

Asimismo, será pertinencia de este ultimo capítulo, cerrar círculo entre la relación de la teoría hermenéutica y la teoría de la argumentación jurídica, como

herramientas que contribuyan al acercamiento teórico y práctico de los derechos humanos en el pensamiento jurídico moderno, ya sea como una nueva directriz o como balance de un nuevo paradigma epistémico.

Los resultados del dialogo, así como los de la confrontación, entre la hermenéutica y la argumentación jurídica serán de vital importancia a efecto de comprobar si es que estas teorías pueden convergen de forma conjunta y solidaria a efecto de crear nuevos enfoques y aporías al pensamiento jurídico en relación a la nueva dinámica que agregan los derechos humanos al derecho, y de ser esto posible, mediar y proporcionar las aportaciones que sustancialmente deben de ser observadas tanto por la hermenéutica como de la argumentación jurídica.

4.2. La hermenéutica (Gadamer) vs la argumentación jurídica (Atienza): el debate filosófico

Hasta ahora se ha mencionado en reiteradas ocasiones que la hermenéutica (La de Gadamer o casi cualquier otra) son un proceso filosófico del conocimiento que apela a la *producción* del mismo, la argumentación jurídica (de cualquier autor), por su parte, tiende a desarrollar una metodología científica que, si bien es filosofía, se aborda desde estándares *reproductivos* de un conocimiento *dado*.

Bajo esta sintonía se construye el debate de las estructuras de una filosofía de conocimiento ya sea ontológico (hermenéutica) o metodológico (argumentación). La hermenéutica (como se señaló en el segundo capítulo) tiende a ser un proceso en el que se tome un *texto* al cual se debe de realizar un proceso filosófico para su acercamiento cognitivo, lo que propone la intervención de la subjetividad del intérprete bajo los parámetros de: la comprensión, la interpretación y la aplicación del objeto o texto, teniendo en cuenta los criterios propios del sujeto. Esto abre un abanico de posibilidades, en cuanto a la mejor interpretación y comprensión de un *texto*, incluso por encima de su autor, mejorando su sentido originario a través de lo interpretado, y dando a la función del sujeto intérprete (o aquel sujeto que desea comprender el *texto*) facultades no sólo de *reproducción* del sentido originario, sino, asumiendo el sentido de la aplicación por parte del intérprete, determinado que los

textos no son objetos *dados* en conocimiento, ya que por el contrario estos se va reformulando con la percepción y comprensión de las personas.

Por su parte, la teoría de la argumentación, apela a la intención de conocer el *texto* como algo que ya ha estado *dado*, y que sólo, es necesario refirmar ese sentido que de forma originaria ya fue previamente plasmado. Bajo esta perspectiva, nos dice Lenio Luiz Streck sobre el pensamiento de Kaufmann, quien nos dice que: “La teoría de la argumentación proviene esencialmente de la analítica. Esta procedencia puede vislumbrarse todavía hoy en casi todos los teóricos de la argumentación.”⁹⁴ La argumentación (jurídica) se basa en la filosófica analítica, la cual a su vez se caracteriza por buscar la *verdad* de los *textos* como fuente de conocimiento *dado*, y ante esa inderrotabilidad del *texto*, supone el sentido único y verdadero. Por ello, el conocimiento emanado de los procedimientos y métodos analíticos buscan la conservación del *texto* al solo emitir tesis que lo *reproducen* (cuestión que se contrasta con la hermenéutica).

El debate que ha existido entre la hermenéutica y la argumentación se conforma entre las posturas filosóficas, el primer ante posturas filosóficas ontológicas y la segunda como filosofía de la analítica. Estas características no son poca cosa, incluso autores como Kaufmann han determinado una separación insuperable entre la hermenéutica y la argumentación; al referir que cada una de ellas propone cuestiones totalmente diferentes.

Es evidente que el debate que ha existido entre la hermenéutica y la argumentación tiene fundamentos suficientes para ser identificadas de manera ajena la una de la otra. Sin embargo, también es evidente que en el mundo actual, dotado de contrastes y disertaciones teóricas y científicas en ámbitos como el derecho, es necesario deslumbrar nuevos abanicos de posibilidades que den respuesta ante los postulados teóricos y metodológicos que evidencian un agotamiento en relación con la realidad. Ante tal situación, los derechos humanos se muestran como una nueva concepción y un punto de partida para el pensamiento jurídico, que evidencia el agotamiento de las concepciones positivistas del derecho.

⁹⁴ Lenio Luiz Streck, *Hermenéutica jurídica*, Lima, Ara Editores, 2009, p. 20.

El debate filosófico que se deriva entre la hermenéutica y la argumentación, más que ser un enfrentamiento a efecto de conseguir una postura ganadora o vencedora sobre la otra, debe ser acogido desde una perspectiva de utilidad y funcionalidad, a efecto de rescribir la teoría y la práctica; como matriz de posibilidad para el mejoramiento y desarrollo de cualquier tipo de pensamiento, en este caso, en el ámbito jurídico y en especial los derechos humanos.

La intención de esta investigación ha sido desarrollar ambas teorías, para así evidenciar los postulados que abiertamente son contradictorios, analizarlos y tratar (si es posible) de conciliar una diálogo entre las posturas que nos muestras Gadamer y Atienza. Para ello, habrá que determinar los principales puntos en conflicto entre la hermenéutica y la argumentación, entre las dualidades que continuamente se debaten a través de una filosofía ontológica y una filosofía analítica.

4.2.1. La ontología hermenéutica y la filosofía analítica: sus contrastes y diferencias

El debate que existe entre la hermenéutica y la argumentación se centra en las estructuras de procesos de comprensión que cada una sigue bajo una tradición claramente diferenciada.

La ontología hermenéutica expuesta por Gadamer se distingue como una filosofía del conocimiento; evidenciada como un proceso amplio de comprensión que tiene en cuenta al conocimiento mediante la participación directa e indirecta del individuo, es decir, bajo parámetros subjetivos, en los cuales el individuo que trata de comprender cualquier cosa o circunstancia, teniendo en mente los cuestionamientos que influyen de manera directa en él. Por otra parte la argumentación (planteada desde el pensamiento de Manuel Atienza, es decir, la argumentación como derecho) también supone un proceso de comprensión que, si bien toma en cuenta algunos aspectos *externos*, al final de cuentas trata de *reproducir* el conocimiento del texto como algo *dado*.

Al hablar en un sentido amplio de la hermenéutica, podemos tener como referencia el pensamiento de Antonio Osuna Fernández-Largo, quien nos dice que:

“el comprender es un vector de la cuestión más amplia de cómo comprender la existencia en el horizonte de otros coexistentes o de cómo es la pertenencia del existente al mundo de su entorno.”⁹⁵ Lo anterior en relación a la amplitud que en sí mismo encierra el proceso hermenéutico como filosofía de la comprensión, que no se limita únicamente a conocer e interpretar el sentido del texto, sino a conocer la existencia en los fundamentos que aporta el texto en cuestión.

En cambio al abordar la teoría de la argumentación, independientemente del autor o línea de pensamiento a la que nos aboquemos, inevitablemente podemos resaltar su cualidad metodológica; como herramienta de la comprensión deductiva o racionalista que se encuentra enteramente limitada al sentido del texto u objeto que se estudié. La argumentación, se centra en el proceso metodológico que impera en la filosofía analítica; ya que busca dar razones y argumentos que justifiquen la decisión entre un conflicto del conocimiento (en cualquiera de sus ámbitos), alineando siempre las razones y justificaciones en la centralidad del texto u objeto, dando como resultado un proceso metodológico, debido su sentido unívoco que *reproduce* (o al menos así lo intenta) el sentido original del texto.

Es por ello, que el debate que surgen entre ambas posturas filosóficas radica en la forma de aproximarse a la comprensión del conocimiento, siendo la ontología hermenéutica de Gadamer la que apela por la comprensión en sentido amplio; ya que el comprender es entenderse así mismo, teniendo en cuenta no sólo a las cuestiones historicistas, sino también, la influenciada inevitablemente por contextos subjetivos como los prejuicios. Mientras que la teoría de la argumentación, si bien aborda de forma indirecta a la comprensión (en especial la teoría de Atienza) su principal objetivo es establecer formas y directrices metodológicas que den criterios de verdad unívocos.

La ontología hermenéutica se centra en las etapas del conocimiento como proceso universal de la comprensión, el cual, toma en cuenta el desarrollo subjetivo de la persona, sobrepasando las cuestiones de técnica y metodología como criterios de verdad y razón para la obtención del conocimiento, cuestión que si busca la filosofía analítica. En ese sentido, la filosofía analítica (fundamento de la teoría de la

⁹⁵ Antonio Osuna Fernández-Largo, *op. cit.*, nota 40, p. 2.

argumentación) se caracteriza en la eficacia del lenguaje como herramienta del conocimiento, a través de los procesos lógicos-formales-semánticos y del desarrollo de metodologías deductivas.

Si analizamos lo anterior, podemos comparar que la filosofía analítica, que da sentido material a la argumentación, se fundamenta en la inspiración iluminista y moderna, de la cual hablamos en el primer capítulo, como concepción teórica y práctica del derecho. Y por otro lado, la hermenéutica es muestra de una filosofía amplia que teoriza y conceptualiza los procesos de comprensión con los cuales el ser humano capitaliza el conocimiento y la comprensión de la realidad.

Asimismo, el debate filosófico que desarrollan la hermenéutica y la argumentación pasa por la cuestión de diferencia el *entender* y el *razonar*. Tanto Gadamer como Atienza (por mencionar a los autores en los que principalmente se centra este documento) abordan esta problemática desde su particular óptica. Atienza, diferencia el explicar y el justificar, sin embargo, los teóricos de la hermenéutica lo manejan por un lado como un ámbito ontológico, mientras que por la filosofía analítica como un método racional.

A efecto de dilucidar la diferencia entre el comprender y el razonar, es menester, tomar en cuenta las aportaciones teóricas que postulan Gadamer y Atienza (es aquí en donde podemos ver un diálogo y nexo entre su pensamiento, aunque en menor medida en Atienza), al mencionarnos que existe una preconcepción que condiciona al conocimiento así como a su posterior justificación.

La hermenéutica apela por la construcción del proceso de la comprensión desde la postura ontológica, es decir, desde la connotación del subjetivo a través de la *aplicación* como tercera fase de dicho proceso. Es decir, busca determinar en un principio la *precomprensión*, la cual se encuentra sujeta a cuestiones ontológicas e incluso psicológicas, tales como los prejuicios; no en sentido peyorativo sino mediante la distinción del prejuicio negativo y positivo del cual se habló en el segundo capítulo de esta tesis. Es esa *precomprensión*, así como sus postulados ontológicos, los que determinan la explicación y en sí misma a la comprensión de la cual nos hablan Atienza y Gadamer respectivamente.

Sin embargo, la argumentación a través de la filosofía analítica, a diferencia de la hermenéutica, no busca establecer supuestos ontológicos (ni mucho menos psicológicos) del intérprete, por el contrario determina criterios de verdad, y es en ese entendido, que califica al *prejuicio* como un impedimento para su obtención, esto es hablando del sentido originario y verdadero del texto u objeto de estudio.

En el mismo sentido de lo anterior, Osuna nos comenta que:

El iluminismo levanto como una de sus más conocidas banderas el destierro de cuanto prejuicios se nos han introducido en la razón. Dejaba al individuo con la sola razón y la verdad pura de las cosas. Sin embargo, cometió la incongruencia de pensar que, al rechazar el todo lo que sonara a tradición y autoridad, quedaba despejado al camino para la verdad y que el pasado histórico y el sentido verdadero del testimonio quedaban patentes; es decir, incidía de nuevo en el mito de pretender una verdad absoluta y pura y una sabiduría objetiva⁹⁶.

Como bien señala Osuna, el iluminismo, producto de la modernidad y de la tendencia científicista, acuñó los postulados de verdad como productos unívocos de conocimiento *dado*. Es ahí donde el debate se enfoca principalmente, debido a estas posturas que *a priori* se enfrentan.

La hermenéutica nos habla sobre la *precomprensión* como objeto condicionado de prejuicios (el concepto de prejuicios manejado por Gadamer del cual se habló en el segundo capítulo), ya que estos “nos dan un primer acceso a la realidad y un punto de vista situacional, fuera del cual no puede hablarse de estar abierto a la realidad. En ese mismo sentido nos dice Osuna la importancia de “rehabilitar los prejuicios, tan denostados por el iluminismo.”⁹⁷ Al contrario de la argumentación de cuño analítica, que busca la *verdad* del texto, omitiendo aquellos contextos *externos* que pueden condicionar la comprensión e interpretación del texto. Sin embargo, asumir plenamente una postura objetivista, es comprender una filosofía del conocimiento un tanto ingenua, ya que el sujeto; es decir, el intérprete, no puede omitir que su comprensión de las cosas se encuentra innegablemente condicionadas por el contexto ontológico, antropológico y social, y más que denostar esta variable,

⁹⁶ *Ibid*, p.15.

⁹⁷ *Ibidem*.

es necesario, como menciona Osuna, el “[...] rehabilitar los prejuicios tan denostados por el iluminismo. Y la tarea primaria no es repudiarlos como barreras puestas al conocimiento, sino el distinguir y contrastar los falsos prejuicios de aquellos verdaderos y que facilitan el acceso a la realidad.”⁹⁸

Pese a lo anterior, también es significativo tomar en cuenta los postulados en los que se fundamenta la argumentación como filosofía analítica, y ver las diferencias que contrastan con la hermenéutica. Ya que la argumentación, al contener un fundamento analítico, busca también debelar el sentido de verdad de la cosa; alejada de los fundamentos ontológicos de la hermenéutica, buscando el sentido de objetividad del texto o la cosa. Aquí el debate filosófico se torna alrededor de la subjetividad y la objetividad entre la hermenéutica y la argumentación respectivamente, la primera como filosofía de la comprensión/conocimiento y como metodología de la ciencia.

En otras palabras, la hermenéutica no busca la construcción de un modelo metodológico que nos permita determinar criterios de verdad racional, cuestión que, por otro lado, la argumentación si espera encontrar esos modelos metodológicos a efecto de lograr una justificación que de manera consensada y asumida por criterios de verdad y univocidad.

Para evidenciar las diferencias y contrastes que radican entre la filosofía hermenéutica y la filosofía analítica, necesariamente se tiene que ahondar en la manera en que cada una concibe el hecho de interpretar, y he aquí, uno de los contrastes mas marcados entre estas escuelas filosóficas. El objeto de la hermenéutica es el arte de interpretar, como se menciona desde el primer capítulo al señalar su definición y trascurso histórico, pero los teóricos de la argumentación (entre ellos Atienza) también consideran que la argumentación realiza acciones interpretativas. La interpretación es una de las posturas claves para delimitar los elementos más característicos de la hermenéutica y la argumentación. Para ello, la hermenéutica tiene presente esta cuestión, incluso, se muestra y define a sí misma, no solo como una mera interpretación sino como el proceso ontológico de comprensión/conocimiento de tres etapas, es decir, la comprensión, interpretación y

⁹⁸ *Ibidem.*

aplicación. Por su parte, la argumentación busca interpretar el sentido del objeto de estudio pero como método de verdad, en otras palabras, como métodos unívocos que siempre darán una sola respuesta, lo cual se encuentra ligado al sentido de objetividad científicista de la modernidad.

Podemos asumir que la hermenéutica de Gadamer se caracterizan fundamentalmente como un proceso de tres etapas, comprensión, interpretación y aplicación, y por su parte la argumentación radica su objeto esencial en la aportación de argumentos, es decir, razones que evoquen a *lugares en común* la aceptación de una idea. Como podemos ver, ambas posturas nos hablan de interpretación, sin embargo, cada una desde su propia concepción teórica filosófica. En esa medida nos dice Luiz Streck que:

[...] no se puede confundir a la hermenéutica, entendida como filosofía, como cualquier teoría de la argumentación jurídica o métodos de interpretación, que son nada más que procedimientos discursivos que se van formando en una sucesión de explicaciones que nunca se agotan, y que cuidan otra racionalidad que el solo discursiva.⁹⁹

La interpretación de la que nos habla por un lado la hermenéutica trasciende al sentido de precomprensión y comprensión como matriz de posibilidad para la interpretación, mientras que la argumentación nos evoca a la interpretación analítica conceptual, es decir, a develar la verdad única que un texto u objeto esconde. El sentido de interpretación es evidentemente contrastado, y aboca a las características esenciales de estas posturas, y de las cuales hemos estado refiriendo constantemente.

Luiz Streck, continuando con la idea anterior, nos señala que:

Se trata, en fin de dar un salto sobre las concepciones hermenéuticas que entienden la interpretación como parte de un proceso en que el intérprete extrae el el exacto sentido de la norma, como si fuera posible aislar la norma de su concretización. Pero se trata también de superar las concepciones que, como contrapunto al normativismo (que equipara la norma al texto) avanzan en dirección de una especie de derecho libre (¿un

⁹⁹ Lenio Luiz Streck, *op. cit.*, nota 94, p. 13.

derecho alternativo tardío?), en el interior del cual el intérprete atribuye cualquier sentido a los textos.¹⁰⁰

Las diferencias en las cuales la hermenéutica y la argumentación distinguen sobre el comprender y el razonar, así como el enfoque filosófico que de la interpretación desprenden, cada una de ellas, son esas diferencias de las cuales se ha hablado al momento de contrastar estas dos posturas teóricas y filosóficas; y de lo cual, todo lo anterior recae en *sentido* del texto que, comúnmente, se le suele dar tanto a la hermenéutica y a la argumentación. Al hablar sobre interpretación que evocan tanto la hermenéutica como la argumentación, nos tenemos que referir al *sentido* que, nuevamente, se encuentra relacionado a lo unívoco y a lo equivoco. Y es que tomando en cuenta la anterior cita transcrita de Luiz Streck, podemos ver otra de las diferencias sobre las cuales se desarrolla el debate filosófico y teórico entre hermenéutica y argumentación; no referimos al *sentido interpretativo* uno de carácter subjetivista/relativista y otro de índole objetivista.

Evidentemente, y como se ha mencionado en varias ocasiones en estas páginas, la hermenéutica al apelar por una filosofía de la comprensión y el conocimiento; se basa en postulados amplios, mientras que la argumentación de cuño analítica; se concretiza en postulados cerrados, propios de un proceso metodológico unívoco. Ante esa situación, la hermenéutica comprende el *sentido* del *texto* como una condición de posibilidad, es decir, como una cuestión tendiente a lo subjetivo/relativista, mientras que por su cuenta la argumentación la entiende a la interpretación como un objeto *dado* acabado y por tanto, plenamente objetivizado.

Se puede decir que el centro del debate filosófico que existe entre la hermenéutica y la argumentación se concentra sobre en el *sentido* que dan a la interpretación, ya que aquí es donde se denota la univocidad y la equivocidad que correspondientemente cada una guarda. De aquí surge el fantasma del relativismo hermenéutico; el cual manifiestan los detractores de la hermenéutica, augurando que una comprensión amplia de cualidades externas y fundamentada en la historicidad, la tradición y de los componentes ontológicos y antropológicos del intérprete, dan

¹⁰⁰ *Ibid*, p. 12.

como resultado el que cualquier interpretación sea válida, abatiendo toda presunción de objetividad del texto. Si trasladamos esto al ámbito jurídico, podemos ver un choque con las posturas modernas del positivismo jurídico. Bajo esta cuestión transita el sentido interpretativo que guarda la argumentación, que al concretizarse en los procesos semi formales metodológicos, buscan dar una sola verdad interpretada. Esta cuestión se amolda de forma armónica dentro de una concepción jurídica positivista, que sin embargo, empieza a denostar el mismo desgate de las concepciones modernas del derecho, bajo los términos mencionados en el capítulo primero de esta tesis, las cuales tienen que ver con la crisis del positivismo jurídico.

En otras palabras se puede decir que el relativismo hermenéutico, que le han atribuido sus detractores, echa por tierra los vestigios de la certidumbre y la seguridad del objetivismo, cuestiones en las cuales epistémicamente se cimienta el pensamiento moderno. La argumentación no comparte estas características, sin embargo, no se encuentra exenta de la crítica, debido que se centra en sólo proporcionar la certidumbre y seguridad que su tradición moderna le impone, adoptando estas acciones como una limitante a tal grado que causa un monismo insipiente que le impida la adaptación a los nuevos eventos y necesidades sociales que confluyen en las ciencias del espíritu y en las ciencias sociales, entre ellas el derecho.

En defensa a los calificativos de relativismo a los que se le acusa a la hermenéutica, Luiz Streck nos menciona lo siguiente: “Quien habla del relativismo [en la hermenéutica] presupone que podría existir para los humanos una verdad sin el horizonte de esa conversación, es decir, una verdad absoluta o desligada de nuestros cuestionamiento.”¹⁰¹ Se refiere a una verdad, emitida por un ser humano que hipotéticamente se encuentra inmaculado por los prejuicios, y los contextos históricos en lo que aplica el conocimiento de un objeto *dado*.

Por otro lado, la defensa a la argumentación, apela por el carácter científico-metodológico auspiciado por la racionalidad práctica, no como criterios únicos y absolutos, sino como bases y presupuestos sustentables del conocimiento, que permitan la comprensión de un texto o cosa desde su sentido objetivo.

¹⁰¹ *Ibid.* p. 16.

Lenio Luiz Streck, desarrolla su pensamiento sobre el debate entre la hermenéutica y la argumentación teniendo en cuenta los elementos anteriormente mencionados; es decir, diferenciando entre la precomprensión/comprensión y el razonamiento practico. A lo anterior, Luiz Streck lo denomina estándares de racionalidad, separándolos entre racionalidad I y II, denominando a la comprensión como un estándar de racionalidad I, anterior a la racionalidad II, que en este último caso, sería racionalidad practica discursiva. Bajo esta misma postura, Lenio Luiz Streck continúa diciéndonos que:

La tarea fundamental de la filosofía (y, añadiendo, en los límites de estas reflexiones, la tarea de la hermenéutica) pasaría, entonces, a consistir en la contribución para explicitar la racionalidad I con que el conocimiento de las ciencias siempre opera, como estructurante y organizador que es del mundo con que siempre operamos, cuando lidiamos con procesos de argumentación y hasta de validación del discurso jurídico.¹⁰²

Lo anterior nos dice que la filosofía hermenéutica se basa en el estándar de racionalidad I, y la argumentación en el estándar de racionalidad II, y para ello, Luiz Streck también señala la necesidad de diferenciar estos dos niveles de racionalidad, para lo cual menciona que no debemos “[...] confundir el conocimiento (proceso de comprensivo) con el modo de explicación de ese conocimiento (justificación de lo comprendido) [...]”.¹⁰³ De lo anterior debemos inferir la diferencia entre una filosofía del conocimiento, que ayuda a entender los procesos mediante los cuales el ser humano se conoce y conoce la realidad, de la herramienta discursiva que nos sirve para desarrollar una argumentación justificativa del conocimiento previo.

Es así que la diferencia entre la hermenéutica y la argumentación (en este caso el pensamiento de Gadamer y Atienza respectivamente) radica principalmente en que la primera se consolida como una filosofía de la comprensión en sentido amplio, mientras que la argumentación se construye sólo bajo estándares de racionalidad analíticos que buscan la justificación a través del discurso argumentativo apoyado por la tópica y la retórica.

¹⁰² *Ibid*, p. 19.

¹⁰³ *Ibidem*.

Luiz Streck resume este debate teórico y filosófico entre la hermenéutica y la argumentación, al decirnos que:

[...] antes de argumentar, el interprete ya comprendió. Explicitar lo comprendido será tarea así de la filosofía práctica, de un saber constitutivo ligado a una situación particular, irrepetible. Para ello, no hay que olvidar la tensión existente entre los dos niveles de racionalidad: las teorías del discurso de matriz procedimental (que lato sensu, son –o se pretenden- axiomático deductivas) no pueden tomar el lugar del estándar de racionalidad estructurante del sentido, que desde siempre ya opera en nuestro proceso comprensivo que, repítase, es un existencial, porque no nos preguntamos por qué comprendemos.¹⁰⁴

Es así que se puede diferenciar entre estas dos posturas, la hermenéutica y la argumentación (o estándares de racionalidad como las llama Luiz Streck) bajo dos fundamentos y características propias, las cuales las podríamos contrastar de la siguiente manera:

| | HERMENÉUTICA | ARGUMENTACIÓN |
|---------------------------------|---|---|
| Línea de pensamiento | Filosófica ontológica | Filosofía analítica |
| Objeto principal | Estudiar el proceso de comprensión y conocimiento humano, a través de tres fases, la comprensión, la interpretación y la aplicación, en relación con la tradición, la autoridad y el prejuicio como bases previas a la comprensión. | Establecer proceso metodológicos científicos a través del uso del discurso argumentativo; utilizando como herramientas la tópica la retórica y el uso dialéctico de los argumentos. |
| Estándar de racionalidad | Precomprensión/comprensión. | Justificación racional. |
| Sentido interpretativo | Equívoco. | Unívoco. |
| Forma de comprensión | Productivo. | Reproductivo. |

¹⁰⁴ *Ibid*, p. 24.

| | | |
|--|-------------|-----------|
| Estructuración del conocimiento | Subjetivo. | Objetivo. |
| Clasificación epistémica | Posmoderna. | Moderna. |

Del anterior recuadro, podemos sintetizar la forma en cómo se desarrolla la diferencias entre la hermenéutica y la argumentación (desde la concepción del debate clásico). Sin embargo, ya analizando y poniendo en dialogo el pensamiento de Gadamer y Manuel Atienza, podemos ver algunos elementos en los cuales pueden complementarse de forma adecuada a efecto de fortalecer la comprensión sobre los derechos humanos.

4.3. La hermenéutica (Gadamer) y la argumentación jurídica (Atienza): un dialogo que concilié sus aportaciones al pensamiento jurídico

Habiendo abordado las diferencias entre la hermenéutica y la argumentación, es momento de pasar a concretizar un estudio particular entre las posturas manejadas por Gadamer y Atienza, a efecto de verificar si existe una matriz de posibilidad para el uso teórico y práctico de algunos de sus postulados a efecto concretizar en el pensamiento jurídico moderno la condición epistémica que contrae los derechos humanos.

Si bien ya señalamos sus diferencias y calificamos a estas dos posturas teóricas y filosóficas desde su propia tradición; una como filosofía hermenéutica ontológica y otra como método analítico, es necesario, señalar que, al momento de analizar las teorías de Gadamer y Atienza, fue posible encontrar algunos elementos en común que contrastan con las evidentes diferencias, los cuales podemos tomar como un punto de partida para reconfigurar el debate filosófico y tomar los mejores elementos de cada una de estas posturas a efecto de abordar el estudio de los derechos humanos como una nueva condición epistémica del pensamiento jurídico moderno.

Asimismo, no sólo se trata de encontrar elementos que se encuentren parcialmente en común, sino también, proporcionar y mediar el uso de algunos elementos de estas dos líneas de pensamiento teórico con la intención concretizar una teoría que subsane las características sobre las cuales existen críticas o dudas sobre el uso de la hermenéutica o de la argumentación.

Sobre la posibilidad de mediar y proporcionar el uso en conjunto de la hermenéutica y la argumentación, en su sentido teórico pragmático, Antonio Osuna menciona lo siguiente:

Se trata, más bien de una sucesiva aproximación y un reiterado contraste entre la precomprensión y la objetividad encerrada en la cosa. Por eso, quien pretenda entender un texto, ha de abrirse a lo que el texto le puede decir, corregir o complementar lo él previamente entiende. En una palabra, la comprensión no es dominar y enmudecer lo que el texto puede decir y sí, en cambio dialogar, dejarse interpelar y cuestionar por el texto, cuya alteridad respecto al intérprete siempre queda en pie.¹⁰⁵

Bajo la afirmación de Osuna, otros autores también han manejado el uso proporcional y mediador entre las posturas subjetivas relativistas y el objetivismo, de corte equivoco y univoco respectivamente, sin embargo, no abordan la postura que esta investigación quiere abordar; es decir, la mediación y proporción del uso de la hermenéutica en relación con la argumentación a efecto de concretizar los derechos humanos el pensamiento jurídico moderno.

Sin embargo, es prudente tomar en cuenta el pensamiento de otros autores en referencia entre la mediación y la proporción entre lo univoco y lo equivoco, ya que esto servirá de guía para el diseño de las conclusiones inéditas de esta investigación. En ese sentido uno de los autores que han desarrollado esta postura (entre lo univoco y lo equivoco) es Mauricio Beuchot con su hermenéutica analógica. Es por ello, que a abordaremos de manera breve la construcción teórica que nos propone Beuchot, con el objeto de identificar la matriz de posibilidad entre lo univoco y lo equivoco.

¹⁰⁵ Antonio Osuna Fernández-Largo, *op. cit.*, nota 40, p. 17.

4.4. La hermenéutica analógica de Beuchot: entre lo equivoco y lo univoco

Mauricio beuchot aborda el estudio de la hermenéutica desde la postura clásica; siguiendo a sus principales expositores, de los cuales ya nos hemos referido en estas páginas, principalmente Schleiermacher, Dilthey, Heidegger y Gadamer. Por ello, reconoce el concepto histórico de la hermenéutica como arte de interpretar el texto, sin embargo también considera la fenomenología ontológica que posteriormente le atribuyen algunos autores, para culminar en la construcción hermenéutica que propiamente esgrime Gadamer en relación a la conocimiento subjetivo que enreda tanto el historicismo y la tradición, en la precomprensión y la rehabilitación de prejuicios.

Sin embargo, Beuchot también determina que los elementos que caracterizan a la hermenéutica influyen a los cuestionamiento que, su detractores, le atribuyen de relativismo equivocista desmedido. Por ello, centra sus esfuerzos en la construcción de una postura hermenéutica que combata contra la interpretación que desproporcionadamente se vuelca al relativismo.

Para combatir el fantasma del relativismo, Beuchot recurre a la proporción en sentido histórico a la antigua Grecia, es decir, a la *phrónesis*, de la cual también ya había manifestado algo Gadamer. Beuchot ve en la proporción del uso interpretativo de lo univoco y lo equivoco, la matriz de posibilidad de una proporción y medida en la obtención del conocimiento interpretado. Beuchot, al hablarnos de la *phrónesis*, la maneja como una:

“[...] proporción (la cual se dice en griego como *analogía*), se trata de colocarse una hermenéutica analógica que procura evitar la desmedida pretensión de rigor de las hermenéuticas univocas como la del positivismo, y de la desmedida carencia de rigor en las hermenéuticas equivocadas como muchas de la posmodernidad.”¹⁰⁶

Para Beuchot, el punto de tensión en el que se aboca su hermenéutica analógica, es la delimitación y proporción entre el sentido que provoca el sentido

¹⁰⁶ Mauricio Beuchot, *Hermenéutica, analogía y derechos humanos*, México, CENJUS, 2010, p.14.

unívoco, el equívoco y la propia analogía como mediadora de las anteriores. En esa tesitura, Beuchot nos define la los conceptos anteriores, manifestando que:

[...] la analogía es un modo de significar que se coloca entre los modos unívoco y equívoco. El unívoco es completamente igual para todos los significados; el equívoco, completamente diferente e irreductible. El análogo es en parte idéntico y en parte diferente. Tiene más amplitud que el unívoco, pero no cae en la desmesurada apertura del equívoco. Guarda ciertos límites, y alcanza a tener cierta universalidad, de modo que no incurre en el peligro de un relativismo excesivo, que lleva consigo el equivocismo.¹⁰⁷

La analogía, serviría para delimitar aquellas interpretaciones que desmedidamente se vuelcan a los extremos, y proporcionar un equilibrio, que mesure el sentido del conocimiento interpretativo; es decir, que considere como válida más de una interpretación, pero que tampoco tome como válida todo tipo de interpretaciones.

El dialogo que puede surgir entre las interpretaciones univocas y equivococas debe ser proporcional; bajo los postulados de la *phrónesis* y de la analogía, dar una medicación y proporción entre las interpretaciones abiertas y la interpretaciones cerradas. Beuchot, determina que tanto las posturas univoca y equivococas no aportan las soluciones que la sociedad actual demanda, debido a que: “Las hermenéuticas univocistas sostienen que sólo hay una interpretación válida de un texto. Las hermenéuticas equivocistas, al revés sostienen que prácticamente todas las interpretaciones son válidas”¹⁰⁸. Por ello, el buscar un dialogo que medie entre el univocismo y el equivocismo, puede dar una nueva concepción interpretativa en las ciencias sociales.

Según Beuchot, el dialogo entre el univocismo y el equivocismo, se logra a través de la hermenéutica analógica, al decirnos que:

[...] una hermenéutica analógica acepta más de una interpretación como válida, pero no todas; hay un grupo de ellas, pero ordenadas según alguna jerarquía, de modo que haya

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibid*, p. 14.

unas interpretaciones mejores que otras, siguiendo una gradación en la que llega un punto en el que ya no son adecuadas al texto en cuestión.¹⁰⁹

Siguiendo las palabras de Beuchot, la hermenéutica analógica nos ayuda a encontrar un punto medio, entre la aceptación a criterios interpretativos unívocos y equívocos; es decir, entre criterios objetivos y subjetivos respectivamente. Determinar que no hay sólo una respuesta, pensamiento o criterio que sea absolutamente válido, como el pensamiento moderno había hecho suponer bajo la adopción de los postulados cientificistas. Y asimismo, también determinar que no todas las respuestas o criterios son válidos, como lo pretende hacer ver el relativismo en el que muchas de las veces se le acusan a la posmodernidad.

Epistémicamente, algunos autores, consideran a la hermenéutica como fruto de la posmodernidad y del relativismo que impera en la ambigüedad y en la falta de objetividad. Por ello, el diálogo que propone Beuchot por medio de la analogía, es el de poner límites al equivocismo a efecto de no caer en el subjetivismo y relativismo que teórica y pragmáticamente sea intolerable para el pensamiento científico y filosófico.

Beuchot, manifiesta como la analogía en la hermenéutica puede servir de límite a efecto de no contraer una postura meramente relativista, al mencionarnos que:

Hay un límite analógico (no unívoco o completamente claro) para frenar la extracción de significado de un texto, para que no se vuelva explotación descontrolada. Hay límites sintácticos, semánticos y pragmáticos: el conocimiento del idioma, su correlación con los significados y el estudio del contexto cultural del autor del texto. Es necesario usar el diálogo con los otros miembros de la comunidad de intérpretes que nos rodean. La analogía exige diálogo, pues analogamos mejor de manera comunitaria, dentro de un sentido común perteneciente a la comunidad en cuestión. En todo caso el contexto del texto nos pone límites para la interpretación. La ausencia de tales límites es el equivocismo.¹¹⁰

¹⁰⁹ *Ibid*, p. 15.

¹¹⁰ *Ibidem*.

Es el dialogo y el uso de determinados criterios, los cuales, según Beuchot, frenan las fauces del relativismo en el que se puede caer al realizar una interpretación. El uso del contexto del texto, de los elementos sintácticos, semánticos y pragmáticos, así como el dialogo comunitario ayudan a la adopción de más de una interpretación, pero no de aquellas que no se encuentre en concordancia con todos los elementos que a través de la analogía buscan una proporción entre lo unívoco y lo equivoco.

La hermenéutica analógica de Mauricio Beuchot, busca ser un acercamiento teórico y metodológico a las ciencias sociales; es decir, una mediación y proporción epistémica entre el pensamiento moderno y el posmoderno, como una respuesta concreta a las problemáticas sociales que, bajo los auspicios de una modernidad absolutista, determine criterios únicos que se vuelven obsoletos, inaplicables e indolentes. Pero también, busca ser un límite al relativismo y al subjetivismo desmesurado de la posmodernidad, que más que dar una solución, ofrece una infinidad de posibilidades las cuales son imprácticas conforme al contexto de la realidad.

Beuchot, nos muestra su hermenéutica analógica con una herramienta concreta para el mejoramiento del pensamiento humano y de las ciencias sociales, entre ellas el derecho, dando un nuevo acercamiento filosófico a la comprensión del teórica y filosófica del derecho, así como una herramienta práctica para su aplicación. Por ello, ahora veremos los insumos que, desde la postura de Beuchot, otorga la hermenéutica analógica al pensamiento jurídico.

4.4.1. La hermenéutica analógica y el derecho

Beuchot, reconoce la importancia de la hermenéutica en las ciencias sociales y, principalmente la histórica relación entre la hermenéutica y el derecho; como herramienta de interpretación de los textos normativos. Sin embargo, también visibiliza los fantasmas que han azorado a la hermenéutica como una herramienta subjetiva que no va acorde a los criterios de certeza y objetividad del derecho en sus etapas modernas.

Ante tal situación, la postura que toma el autor mexicano, es concretizar una hermenéutica que no sea acusada de un relativismo que vulnere de forma fragante a los principios del pensamiento jurídico moderno; es decir, la certeza y seguridad jurídica. Por ello, Beuchot propone a la hermenéutica analógica como la herramienta que, mediante el dialogo, de proporción a las interpretaciones jurídicas orientadas desde una perspectiva univoco o equivoca.

Para Beuchot, el debate filosófico que en el que se cierne el pensamiento jurídico actual, es el determinar los limites de una hermenéutica jurídica univoca y una equivoca. En concreto poder establecer un punto de flexión entre la pluralidad de significados o interpretaciones contra la afirmación de un único significado valido en cuanto a las normas del derecho. Una proporción hermenéutica en el derecho ayuda a solventar los problemas del positivismo jurídico (que también nosotros manejamos en esta tesis), además, de fijar también límites sobre la postura posmoderna del derecho que lleva al escepticismo fatalista y celebratorio.

La hermenéutica analógica busca dar mayor sentido a la norma, siendo consciente en que la dinámica interpersonal en la actualidad no se encuentra enclaustrada a una serie de determinaciones previamente objetivadas, y que por ello, es menester producir nuevos significado o interpretaciones sobre los textos normativos. Siguiendo esta idea, la hermenéutica analógica reconoce la posibilidad de que al interpretar una norma, podamos obtener resultados *reproductivos*, que den un nuevo significado a la misma norma. Pese a lo anterior, también es sabedor que al darle a la interpretación de la norma cualidades *reproductivas*, se acarrearán los problemas del relativismo y el subjetivismo que se puede volver desmedido.

Beuchot parte desde planteamientos jurídicos específicos, los cuales, necesitan de la adopción de nuevas aportes teóricos y prácticos que subsanen las desavenencias que actualmente se enfrenta la aplicación del derecho. Es así que, su posicionamiento, se centra principalmente en problemáticas interpretativas y aplicativas de las normas o textos jurídicos; en aquellos aspectos, en los cuales, el derecho (o la norma) es carente al momento de establecer una solución o alternativa. Al igual, el filosofo mexicano, nos habla sobre las problemáticas del derecho; sin embargo, las aborda desde una óptica más que nada metódica (al menos así es en

la mayoría de las veces), ya que si bien nos habla sobre la crisis en el pensamiento jurídico a partir del positivismo, él lo maneja esencialmente desde la postura de la aplicación de la norma jurídica, añadiendo los postulados hermenéuticos que contribuyen a *reproducir* el texto de la norma, aunque limitándose para efectos pragmáticos a ella.

La hermenéutica analógica busca solventar las dificultades con las cuales se enfrenta el pensamiento jurídico moderno, empezando por la concepción positivista del derecho. Determinando criterios *reproductivos* a la norma a través de la hermenéutica así como nuevos estándares de interpretación que reconozcan factores externos a la norma, a manera de que se concretiza en acciones claras para el desarrollo de la metodología jurídica en cuanto a la interpretación y aplicación del derecho. En otras palabras, el pensamiento de Beuchot, busca romper con los criterios metodológicos formales de la lógica deductiva, así como al reduccionismo del derecho que lo homologa a la norma. Pese a lo alentador que en un principio suena el uso aplicativo que la hermenéutica puede dar al derecho, es evidente que el mayor peso que trata de dar la hermenéutica analógica es en cuanto al uso del diálogo mesurado; estableciendo directrices firmes que no soslayen cualquier vestigio de objetividad, guardando al final de cuentas, una relación directa con el objeto de estudio del derecho, que para el caso, es la norma.

De ahí radica la proporción de la cual nos habla el autor al momento de referenciar el uso de la *phrónesis*, mediante una postura interpretativa que funja como alternativa a los problemas y a la crisis en las que se encuentra el derecho, pero respetando, en la misma medida la configuración del derecho puesto en la norma. Para entender de mejor manera lo anterior, es menester retomar las palabras que el mismo Mauricio Beuchot, ya que nos indica que:

[...] corremos el peligro de construir un derecho que le resulte extraño, ajeno o contrario, es decir, inhumano. Ya sea por falta de rigor o por exceso de éste. Es decir, un rigor excesivo, como el que se da en algunos racionalismos y positivismo; como el racionalismo de Spinoza, que construyó una ética sin libertad, para robots, inhumana; o como el positivismo de Kelsen, muy científico pero deshumanizado; pero sin caer en el

extremo de algunos posmodernos que hablan de la ley como mera narración, como mera textualidad, sin realidad ontológica.¹¹¹

La hermenéutica analógica en relación al derecho, reconoce el debate que atraviesa el pensamiento jurídico actual: mediante las posturas racionalistas y objetivas de la modernidad y; las posturas subjetivas y relativas que tiende al pensamiento posmoderno. Aborda, en una primera instancia, el problema del positivismo jurídico, y en consecuencia, analiza las soluciones que, comúnmente, aporta la posmodernidad, previendo las deficiencias de estas posturas abiertas y *reproductivas* de la aplicación del derecho. Es decir, plantea la problemática, y emite una crítica a la solución a efecto de aportar una teoría que concretice mediante la proporción de ambas cuestiones una mejor alternativa. De ahí la relevancia entre el dialogo de las interpretaciones univocas y equivocadas.

4.4.2. La hermenéutica analógica y los derechos humanos

La hermenéutica analógica, del filósofo mexicano Mauricio Beuchot, comprende la importancia de los derechos humanos para la concreción de la interpretación y aplicación del derecho. El autor de esta teoría hermenéutica, reconoce en los derechos humanos una cualidad de (re)significar la dinámica del acercamiento metodológico del derecho, es decir, en establecer nuevas disposiciones y directrices para la interpretación del derecho; modificando los postulados positivistas basados en la lógica formal deductiva.

Los derechos humanos (como lo comentamos en las primeras páginas de esta tesis) aportan una nueva postura en cuanto a la fundamentación y la determinación de las fuentes del derecho. Lo que a la postre se sintetiza en una nueva forma de acercamiento teórico y metodológico del derecho. En esa sintonía, Beuchot, es consciente de la importancia de los derechos humanos dentro del pensamiento jurídico, así como de la dinámica interpersonal de la sociedad.

¹¹¹ *Ibid*, p. 30.

Si bien, ya establecimos la forma en cómo Beuchot plantea su hermenéutica ante los problemáticas que se producen a través del univocismo y del equivocismo en el derecho; la forma en la que relaciona los derechos humanos ante estos conceptos, es la respuesta tanto teórica como metodológica que afronta el pensamiento jurídico contemporáneo.

La hermenéutica analógica aborda la fundamentación de los derechos humanos en vías a una interpretación y aplicación eficaz; que vaya más allá de los propios lineamientos epistémicos que el positivismo jurídico nos puede permitir. La hermenéutica por si misma ayuda a obtener un *sentido* amplio de derecho, a partir de conocimiento externo a él; teniendo como fundamentos y fuentes del derecho a posturas axiológicas, sociales, culturales y antropológicas, que nos ayudaban a construir una concepción jurídica de los derechos humanos más completa. Si sumamos a ello, el uso de la analogía, podemos contar con ese dialogo que media y da proporción no solamente a estas fuentes externas, sino a la misma comprensión del ser humano en relación con sus semejantes. Siguiendo esta tesitura, la teoría hermenéutica de Beuchot, se materializa como una fundamentación de derechos humanos basada en el reconocimiento del *otro*; es decir, bajo la concepción teórica de la *alteridad*.

Asimismo, la fundamentación que plantea Beuchot sobre los derechos humanos a partir de la hermenéutica analógica, se encuentra principalmente enfocado al dialogo entre los pluralismo jurídicos y las relaciones multiculturales. Parte de una hermenéutica en derechos humanos, sin universalismos ni relativismo de una construcción social multicultural, es decir, mediante el reconocimiento del otro y del uso de dialogo que perfeccione la fundamentación de derechos humanos multiculturales y plurales.

4.4.3. La Hermenéutica analógica: sus aportaciones y límites al diálogo entre Gadamer y Atienza

La obra del filósofo latinoamericano Mauricio Beuchot es ampliamente reconocida en el mundo académico. Sus aportaciones han sido claras al momento de concretizar

nuevos postulados teóricos y filosóficos en las ciencias sociales. Su estudio en cuanto al derecho y los derechos humanos materializa bases sólidas para seguir desarrollando el pensamiento y la metodología jurídica, de forma consciente a las dinámicas sociales que, en el *estado del arte*, viven las sociedades latinoamericanas.

Abordar la obra de Beuchot, es importante para el desarrollo de esta investigación, debido a que sus aportaciones teóricas sirven como punto de partida y fundamento para ella. El planteamiento que realiza el autor mexicano entre la proporción de lo unívoco y lo equivoco a través de la analogía, sirve como punto de referencia para entablar un diálogo entre la filosofía hermenéutica de Gadamer y la teoría de la argumentación jurídica de Atienza; verificando en primera instancia la existencia de una compatibilidad teórica y filosófica entre ambas posturas, y si es que la hubiera, establecer un diálogo que proporcione y medie sus principales características a efecto de determinar los derechos humanos en sus doble aporía la teórica y la metodológica en el estudio jurídico.

Tomar como punto de partida la hermenéutica analógica, servirá sólo como un fundamento que nos guíe hacia una construcción teórica, así como una referencia o antecedente teórico, debido, principalmente, a que el acercamiento teórico y filosófico que el autor de la hermenéutica analógica realiza es distinto a los objetivos de esta investigación.

La intención de esta investigación es establecer un diálogo entre la hermenéutica de Gadamer y la teoría de la argumentación de Atienza, concretizando así un objeto de estudio específico y determinado; a partir de las propias características de cada una de estas posturas teóricas y metodológicas.

Asimismo, como se ha podido observar al momento de analizar la hermenéutica analógica de Beuchot, podemos evidenciar que el acercamiento que él le da a la hermenéutica para el estudio del derecho y de los derechos humanos, se encuentra centrado esencialmente en dos postulados: a) la formulación de una teoría que postule los principios de una metodología interpretativa que amplíe las fuentes del derecho, pero que se aboque al final de cuenta a la misma norma (con la intención de no caer en el relativismo equivocista) y; b) un acercamiento a manera de diálogo multicultural que proporcione lo justo y lo digno entre diferentes culturas. Aunque

esas son las dos posturas principales que podemos tomar de Beuchot, lo cierto es, que ambas nos sirven como una clara referencia para la mediación y proporción entre los pensamientos de Gadamer y Atienza.

Aunque en el anterior párrafo evidenciamos (a manera personal) lo que sobresale de la relación entre la hermenéutica analógica, el derecho y los derechos humanos, también es preciso recalcar que Beuchot establece los fundamentos entre el debate, y el posterior diálogo, entre lo unívoco y lo equívoco, cuestiones que nosotros abordamos al manifestar puntos en comunes y la posibilidad del diálogo entre la filosofía hermenéutica ontológica y la filosofía analítica.

Podemos observar que la hermenéutica aporta nuevas formas de interpretar y aplicar el derecho (es su esencia más metodológica) con el objeto de aportar una nueva postura epistémica en derecho. Pese a lo anterior, Beuchot, reafirma la analogía dentro de una hermenéutica jurídica (interpretativa /aplicativa) como límite o freno a la perspectiva relativista, lo que denota su calidad metodológica y analítica.

Asimismo, también es prudente señalar como la hermenéutica analógica se asume en un primer momento como una herramienta metodológica que contribuya a la interpretación de los textos jurídicos, desde una particularidad abierta; es decir, como la búsqueda de un *sentido* que no sea absoluto, sino que sea conocedora de que pueden existir otras opciones válidas. Además de también considerar aspectos propios de la precomprensión y la comprensión (aunque no lo mencione como tal, y ni mucho menos lo desarrolle completamente), al determinar que existen factores previos a la hora de tomar una decisión, así como al momento de justificarla o argumentarla.

Beuchot nos dice que el derecho ocupa a la hermenéutica como herramienta de interpretación de los textos jurídicos; sin embargo, esto no quiere decir que la interpretación sea una exclusión de la argumentación, sino por el contrario, el autor mexicano, considera que la interpretación es un etapa previa a la justificación. De alguna forma Beuchot, toma brevemente el debate que hemos estado realizando a lo largo de este capítulo y del cual sintetizaremos más adelante.

Para abonar a esta reflexión, es prudente señalar las propias consideraciones que Beuchot hace sobre el desarrollo de su hermenéutica analógica en relación al derecho y a los derechos humanos:

[...] filósofos analíticos, me han sabido impulsar en sus discusiones lógicas y metodológicas tan agudas en el desarrollo de dicha hermenéutica analógica, sobre todo con su análisis lógico del lenguaje, tanto sintáctico como semántico y pragmático. La discusión es lo que más nos hace avanzar y mejorar nuestras posturas teóricas. Es el dialogo filosófico el que nos forma. Y hay que ser promotores del dialogo filosófico entre nosotros, mexicanos y latinoamericanos. Ya que transite por la filosofía analítica, antes de andar por la hermenéutica, los iusfilosofos analíticos reconocen en mi propuesta la presencia de muchos supuestos y objetivos de esa corriente.¹¹²

4.5. Los derechos humanos: una teoría como proceso de comprensión y como herramienta pragmática.

El pensamiento de Beuchot nos sirve como punto de partida para plantear un diálogo entre la hermenéutica de Gadamer y la teoría de la argumentación jurídica de Atienza, el cual a su vez nos sirve para comprender y aplicar los derechos humanos en una concepción jurídica positivista. En esencia, la hermenéutica analógica nos sirve para fundamentar el diálogo entre lo unívoco y lo equívoco, es decir, entre la filosofía analítica y la filosofía hermenéutica. Un diálogo que se caracteriza por la proporción y la mediación.

Una teoría que se fundamente entre la filosofía analítica y la hermenéutica bien puede ser entendida y concebida después de los aporte teóricos de Luiz Streck y Beuchot, quienes ya han manifestado la posibilidad del diálogo de objetivo y lo subjetivo; entre un consenso epistémico de la *modernidad* y la *posmodernidad*.

Este punto de partida es evidente, principalmente, en Mauricio Beuchot, quien también aborda la particularidad de los derechos humanos en la asimilación teórica del derecho. Sin embargo, la obra de filósofo mexicano, se encuadra particularmente en los aspectos mencionados en el tema anterior; mediante el diálogo intercultural

¹¹² *Ibid*, p. 44.

que los derechos humanos propician en entornos de pluralismo jurídico; como criterios metodológicos de índole objetivista.

La hermenéutica analógica, es un antecedente y referente a lo que sería un dialogo entre el pensamiento de Gadamer y Atienza, sin embargo, esto no quiere decir que muestre lo que en esta investigación se trata de proponer; en primer lugar, porque si Beuchot nos habla sobre dialogo de lo univoco y de lo equivoco, esto no es igual a analizar una proporción y ponderación entre los postulados de estos autores (cuestión que si se ha realizado a la largo esta investigación), es decir, el objeto de estudio es diferente; al estar focalizado en estas páginas.

En síntesis, los trabajos previos sobre la mediación entre lo univoco y lo equivoco fungen como instrumento de viabilidad entre la comparación, y posterior composición, entre posturas epistémicas diferentes (la analítica y la hermenéutica).

Si bien el dialogo entre la obra de Gadamer y Atienza puede ser viable, lo consiguiente será resaltar las aportaciones que ello conlleva, a la concretización de los derechos humanos en el pensamiento jurídico. Es imprescindible, destacar el enfoque que un análisis focalizado a las posturas de dos autores determinan la diferenciación entre los trabajos previos, tales como el de Beuchot. Es decir, el acercamiento teórico y práctico que busca esta investigación se diferencia en cuanto a sus resultados aportados por la hermenéutica analógica.

El objeto de estas páginas es contribuir a la concretización de los derechos humanos en el pensamiento y en la praxis jurídica. Por ello, se buscó a través de la hermenéutica y de la argumentación, fundamentos teóricos y herramientas metodológicas idóneas y capaces de materializar esa concretización.

El análisis que por separado se realizo tanto de la hermenéutica de Gadamer, como de la teoría de la argumentación de Atienza, fue con la intención de ahondar sobre sus fundamentos teóricos, para posteriormente verificar sus aportaciones al pensamiento jurídico. Es evidente, que ni la hermenéutica y ni la argumentación son propuestas que cumplimente de forma perfecta una inserción de los derechos humanos en una concepción jurídica positivista moderna, por ello, es la necesidad del dialogo, la mediación y la proporción de los elementos que desde cada postura teórica y epistémica, compensen las deficiencias que una a la otra se tienen. Es

decir, buscar lo mejor de ambas teorías con el afán de contribuir a la fundamentación de los derechos humanos en su acepción jurídica.

Si tomamos en cuenta lo anterior, lo prudente sería preguntarnos ¿De qué forma nos sirven la hermenéutica y la argumentación para lograrlo? Para contestar esta interrogante se habrá de determinar que características o elementos son con los que cuenta cada una de estas posturas, y si estas son viables y eficaces para el desarrollo de los derechos humanos en el pensamiento jurídico.

La hermenéutica ontológica de Gadamer es la construcción de la filosofía del conocimiento, la cual se caracteriza por conceptos y principios que ayudan a comprender el conocimiento. Bajo esa postura, la hermenéutica aporta al derecho y a los derechos humanos el rompimiento epistémico del pensamiento moderno, como nuevas estructuras de comprensión que visibilicen nuevos cauces, principio y fuentes del derecho, y principalmente, de los derechos humanos. Es establecer dos *standars* del conocimiento, la *precomprensión* y la *comprensión*, así como asimilar los derechos humanos como productos dinámicos y progresivos que se confrontan con posturas estáticas que el cientificismo objetivista y unívoco busca en un modelo de derecho moderno.

Por su parte la argumentación jurídica, la retomamos no como un acercamiento teórico filosófico que busque (re)fundamentar los derechos humanos dentro de pensamiento jurídico. Por el contrario, busca justificar, identificar y posicionar en lugares en común la aceptación de lo previamente comprendido, mediante el uso de la retórica y la dialéctica pragmática que propone Atienza. Es decir, después de la decisión que previamente se realiza mediante un proceso filosófico del conocimiento que nos ayuda a determinar que son los derechos humanos (la hermenéutica de Gadamer), lo siguiente, sería aportar la justificación de esa decisión previa, estableciendo medios que apelen por la justificación de lo ya decidido a través del reconociendo de factores como los prejuicios, la tradición y la historicidad. Reconociendo en ello, que el conocimiento se condensa tanto en las etapas de la comprensión, interpretación y aplicación, así como de la evaluación justificativa, siendo esta última necesaria para los efectos dialécticos que los derechos humanos

deben de contar no solo en su aporía teórica, sino, principalmente en su praxis interpretativa-aplicativa.

Hablamos de un diálogo que proporcione posturas *productivas* y *reproductivas*, que fundamenten a los derechos humanos más allá del formalismo-normativista, pero que a su vez, tenga sustentos dialecticos entre la aceptación de su justificación y la decisión tomada mediante la comprensión, y no únicamente como criterios de verdad absoluta, pero si como elementos que frenen el subjetivismo posmoderno.

En síntesis, no se trata de usar la hermenéutica o la argumentación de forma aislada, sino tomando en cuenta esas características que desde su enfoque epistémico sirven para el desarrollo de los derechos humanos.

4.6. Conclusiones

En este cuarto y último capítulo se retoma el planteamiento de la problemática manifestada en el primer capítulo, así como los elementos conceptuales y teóricos que se detallaron en el capítulo segundo y tercero; al hablar de la filosofía hermenéutica y de la teoría de la argumentación jurídica, con el objeto de abordar un análisis que en conjunto con todos esos elementos, inviten a la reflexión de una síntesis que concrete el objetivo de esta investigación.

Para ello fue pertinente hablar sobre estudios previo que sirven de antecedente y referente ante las intenciones de estas páginas. Las aportaciones teóricas que brinda Beuchot con su hermenéutica analógica son un punto importante para la concepción de un diálogo entre Gadamer y Atienza; ya que tiene como intención materializar un fundamento teórico y práctico de los derechos humanos tanto en la acepción de su fundamentación así como en su praxis interpretativa- aplicativa.

Asimismo, fue menester de este último capítulo, determinar y diferenciar las construcciones teóricas de la hermenéutica analógica en comparación con la intenciones de esta investigación, la cual busca: utilizar una hermenéutica ontológica como base de la comprensión de los derechos humanos en el pensamiento jurídico, pero, que a su vez, visibilice la necesidad argumentativa y retorica de su dialéctica

judicial como aplicación del derecho. Sirviéndose, de esta forma, la hermenéutica y la argumentación jurídica como frenos y contrapesos una de la otra.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El pensamiento jurídico, así como la praxis aplicativa del derecho moderno se encuentra claramente confrontado con una concepción teórica y filosófica de los derechos humanos como herramienta de emancipación y liberación de los desprotegidos. Ante tal situación, es menester acrecentar posturas teóricas y prácticas que sinteticen la concretización de los derechos humanos en el pensamiento jurídico como un rompimiento epistémico.

SEGUNDA. La hermenéutica de Gadamer y la teoría de la argumentación de Atienza, fungen como fundamento y herramienta, respectivamente, para el mejoramiento y concretización de los derechos humanos en una concepción positivista-formal-normativista. Sin embargo, ambas posturas se encuentra *a priori* confrontadas por su tradición teórica y filosófica, la primera de índole ontológica y la segunda de cuño analítico.

TERCERA. La hermenéutica de Gadamer contribuye a la construcción filosófica del proceso del conocimiento bajo las etapas de comprensión, interpretación y aplicación. Asimismo, tiene en cuenta características esenciales que forman parte del proceso del conocimiento, tales como los prejuicios, la tradición y el círculo hermenéutico, lo que en su conjunto materializa el conocimiento de los objetos y las realidades de forma *productiva*. En esta sintonía, la hermenéutica de Gadamer, es una postura o acercamiento al pensamiento jurídico reflexivo desde una composición *abierta y productiva* ante el saber jurídico, contrastándose con el objetivismo cientificista que determina al derecho como un conocimiento *dado*.

CUARTA. La teoría de la argumentación jurídica de Atienza, contribuye desde una visión analítica, al desarrollo jurídico en cuanto a procesos metodológicos que sirvan para justificar la aplicación del derecho. Se caracteriza como procesos *reproductivos*, es decir, como reaplicación del sentido previamente constituido, siguiendo la sintonía del positivismo moderno que impera en el derecho, pero, garantizando la seguridad

jurídica bajo bases objetivas solidas que divergen del subjetivismo; sin embargo, utiliza de forma abierta el uso de la retorica y la dialéctica como forma de justificación de los derechos, lo cual se amolda de forma idónea a la justificación y aplicación de los derechos humanos en su carácter aplicativo-justificativo.

QUINTA. Pese a que la hermenéutica y la argumentación jurídica provienen de tradiciones teóricas diferentes, es posible conciliar un dialogo entre sus postulados, proporcionando y mediando el sentido univoco y equivoco que les caracteriza. Muestra de ello, es la hermenéutica analógica que propone el destacado filosofo Mauricio Beuchot, quien manifiesta el uso de la *phronesis*; un diálogo entre el unovicismo y el equivocismo, así como las aportaciones que estos modelos metodológicos aportan a las ciencias sociales, entre ellas, el derecho y los derechos humanos.

SEXTA: La hermenéutica analógica de Beuchot, busca la proporción entre la univoco y lo equivoco; abocándose a la multiculturalidad que propician las globalizaciones, construyendo los pluralismos jurídicos que se necesitan para el desarrollo de un diálogo que proporcione las necesidades que cada grupo social ocupa. La mediación y proporción de la hermenéutica analógica se ocupa en abrir la dimensión de los derechos de un objetivismo modernista, sin que esto se desborde en el subjetivismo posmodernista, estableciendo límites en cuanto a determinar que es el derecho.

SEPTIMA: La hermenéutica analógica nos sirve como un antecedente para la mediación entre dos tradiciones encontradas, la hermenéutica y la analítica; es por ello que, a partir de éste antecedente analógico, podemos construir un dialogo entre la hermenéutica de Gadamer y la teoría de la argumentación jurídica de Atienza, pero no en la misma sintonía del diálogo multicultural que desarrolla Mauricio Beuchot, sino abocado a la construcción teórica y a la aplicación justificativa de los derechos humanos en la concepciones del derecho actual.

OCTAVA. El dialogo entre la hermenéutica ontológica de Gadamer y la teoría de la argumentación jurídica es viable, e incluso, puede ser eficaz al momento de concebir en lo teórico y lo práctico los derechos humanos en el pensamiento y la dinámica jurídica actual. La hermenéutica de Gadamer nos ayuda a propiciar una comprensión, y posterior generación de conocimiento, de los derechos humanos como una postura abierta; que busque principalmente la fundamentación filosófica, en una posición contraria a una fundamentación *dada* y asumida como verdad única. Mientras que la argumentación jurídica de Atienza nos ayuda a concretizar una justificación apoyada por las bases tópicas y retóricas necesarias para materializar una dialéctica que logre un consenso, aceptación y justificación necesaria en la praxis jurisdiccional en la que se debaten los derechos humanos en el pensamiento jurídico, así como en cedes judiciales y legislativas actuales.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008.

Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad externado de Colombia, 1995.

Alflen da Silva, Kelly Susane, *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, trad. Humberto Orduz Maldonado, Bogota, Temis, 2006.

Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.

Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Ariel, 2006.

Atienza, Manuel, *Derecho y argumentación*, Universidad externado de Colombia, 1997.

Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

Atienza, Manuel, *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel, 1997.

Beuchot, Mauricio, *Hermenéutica, analogía y derechos humanos*, México, CENJUS, 2010.

Beuchot, Mauricio, *La hermenéutica como herramienta de investigación social*, México, UASLP, 2007.

Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2014.

Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007.

Correas, Oscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*, México, Fotamara, 2013.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Gustavino, Barcelona, Ariel.

Fernández Ruiz, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.

Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007.

Ferraris, Maurizio, *La hermenéutica*, trad. de José Luis Bernal, México, Taurus, 2001.

Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método*, trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael Agapito, Salamanca, Sigueme, 2003.

García Amado, Juan Antonio, "Filosofía hermenéutica y derecho", *Filosofía y Derecho, Blog del departamento de derecho de la Universidad de León*, [http://www.uco.es/ciencias-juridicas/filosofia-](http://www.uco.es/ciencias-juridicas/filosofia-derecho/diego/Nuevo/FILOSOFIA/materiales/hermeneuticaART.pdf)

[derecho/diego/Nuevo/FILOSOFIA/materiales/hermeneuticaART.pdf](http://www.uco.es/ciencias-juridicas/filosofia-derecho/diego/Nuevo/FILOSOFIA/materiales/hermeneuticaART.pdf), [consultado: 13/12/13].

Gallardo, Helio, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, San Luis Potosí, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UASLP, 2008.

Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1999.

Liuz Streck, Lenio, *Hermenéutica jurídica*, Lima, Ara Editores, 2009.

Osuna Fernández-Largo, Antonio, *El debate filosófico sobre la hermenéutica jurídica*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1995.

Pérez Carrillo, Agustín, "La hermenéutica y la interpretación jurídica", *Alegatos de la UAZ. Blog Mexicano de derecho*.

<http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/39/43-09.pdf>, [consultado: 13/11/13].

Raz, Joseph, "¿Por qué interpretar?", trad. de Rolando Tamayo Salmorán, México, Oxford, 1996.

Rosillo Martínez, Alejandro, *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, México, Itaca, 2013.

Sánchez Rubio, David, *Contra una cultura anestesiada de derechos humanos*, San Luis Potosí, UASLP CEDH, 2007.

Senent de Frutos, Juan Antonio, *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis*, Valencia, Trant lo Blanch, 2007.

Squella, Agustin, *Positivism jurídico, democracia y derechos humanos*, México, Fontamara, 2004

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2003.

Ursua, Nicanor y Garagalza, Luis, "La interpretación y su correlato. La comprensión como elemento constitutivo del ser humano: ser hermenéutico simbólico y lingüístico", en Javier Espinoza de los Monteros (coord.), *Interpretacion jurídica: modelos históricos y realidades*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.

Zambrano, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, Instituto de investigaciones jurídica UNAM, 2009.