# Indice

I. Consideraciones metodológicas.
II. Antecedentes necesarios.
III. Aspectos biográficos.
IV. El discurso ético como discurso práctico.
V. Estructura de la argumentación jurídica.
VI. Una teoría como fundamentación del positivismo jurídico.
VII. Algunos críticos.
VIII. Una propuesta.
IX. Conclusiones.

# I. Consideraciones metodológicas.

# Formas de abordar la Argumentación Jurídica

- A) Análisis lógico del lenguaje jurídico (Semiótica jurídica)
- B) Lógica de las normas (Lógica deóntica)
- C) La lógica de la argumentación jurídica

# Razonamiento problemático y sistemático

- Punto de partida: el problema
- Búsqueda de soluciones concretas
- Uso de tópicos
- Dialéctica de sus premisas
- Revisión constante
- Aplicación especial

- Punto de partida: el sistema
- Búsqueda de soluciones generales
- Uso de herramientas consideradas en el sistema
- Axiomático
- Aplicación literal

# La ciencia del derecho en la argumentación jurídica

a) La dogmática jurídica
b) La cetética jurídica

# La dogmática y la cetética jurídica

- La Dogmática Jurídica. Ejemplos: Derecho Civil, Penal, Administrativo, Constitucional, Fiscal.
- La Cetética Jurídica. Ejemplos: Filosofía y teoría del derecho; sociología jurídica; ética judicial; economía jurídica; ciencia política; axiología.

# La filosofía y sus partes

a) La lógica
b) La física
c) La ética

# ¿Qué es la argumentación jurídica?

- Proceso racional para encontrar, seleccionar y utilizar los mejores argumentos de naturaleza jurídica para un caso determinado.

# Tres aclaraciones del propio Alexy

- Resolución del 14 de febrero de 1973 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal: Los jueces deben basarse en argumentos racionales. Esta exigencia debe extenderse a todo el trabajo jurídico.
- El objeto es definir la “argumentación jurídica racional”.
- Pretende fundar una teoría de la argumentación. Un posterior desarrollo es posible y deseable.

# Finalmente:

- Alexy reconoce que su teoría sustituye a la metodología jurídica.
- También, la relevancia que tuvo en su planteamiento las teorías de Theodor Viehweg y de Chaim Perelman. Lo curioso es que no vuelve a mencionarlas.

# II. Antecedentes necesarios.

# La Escuela Exegética

- El Racionalismo
- Una Francia dividida en dos tradiciones jurídicas
- El proyecto original de Código Civil Fránces. 1793, 1794 y 1799. Cámbaceres y Portalis.
- El artículo 4. El silencio, obscuridad e insuficiencia de la Ley. (Ver siguiente diapositiva)
- El artículo 9. La creación del derecho.
- Una decisión en el Consejo de Estado.
- El Código de Napoleón.

# Código Civil original

- Art. 4. El juez que rehusare juzgar bajo pretexto de silencio, de obscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia.
- Art. 9. En las materias civiles, el juez, a falta de leyes precisas, es un ministro de la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural y a los usos adoptados en el silencio de la ley positiva.

# Características de la Escuela

- El Culto al Texto de la Ley. La Supremacía de la Ley.
- Considerar la “Voluntad del legislador”
- Legislador racional e infalible.
- Códigos sin lagunas.
- Crítica de la Escuela Científica Francesa

# La Escuela Histórica Alemana

- El Romanticismo
- La disputa Thibaut Vs. Savigny
- El papel de la costumbre
- El *Volkgeist*
- El sentido de la tradición
- El papel de los jurístas

# Su método

- Las relaciones jurídicas
- Los principios jurídicos
- Las instituciones
- Las características de empirismo, relativismo y antirracionalismo.

# El derecho y el revés

**Escuela Exegética**

- Jurisprudencia de Conceptos
- Escuela Analítica
- Positivismo Jurídico

**Escuela Histórica**

- Jurisprudencia de Intereses
- Escuela Sociológica
- Escuela Realista
- Escuelas críticas

# Las corrientes de la argumentación actuales

- La Escuela de Maguncia
- La Nueva Retórica
- La Escuela de Cambridge
- La Escuela de Kiel

# III. Aspectos biográficos.

# Sus orígenes

Robert Alexy nace el 9 de septiembre de 1945 en Oldenburg, Alemania. En la actualidad, es profesor de Derecho Público y Filosofía del Derecho en la Universidad Christian–Albrechts en Kiel; asimismo, es Presidente de la sección alemana de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social.

# Sus estudios

- En el verano de 1968, Alexy da inicio a sus estudios de Derecho y Filosofía en la Universidad de Georg-August de Gotinga, doctorándose en 1976 con su trabajo *Theorie der juristichen argumentation.*
- A partir de 1986, es profesor e investigador en la Universidad de Kiel, dando clase también en las Universidades de Regensburg y Graz.

# Sus principales influencias

- La obra de G.E. Moore, *Principia Ethica,* editada en Cambridge en 1903.
- W.D. Ross y su obra *The Foundations of Ethic.*
- CH. L. Stevenson, con su obra *Ethics and Language.*
- R.M. Hare en *The Language of Morals.*
- Baier y su obra *The Moral Point of View* [Londres, 1958] .

# La influencia de Jürgen Habermas

- Quizá la mayor influencia de Alexy en su teoría argumentativa provenga de Jürgen Habermas, principalmente por su teoría consensual de la verdad y su idea referente a que las expresiones normativas, como mandatos y valoraciones, pueden ser fundamentadas de manera esencialmente idéntica a las proposiciones empíricas.
- En concreto, para Alexy la teoría de Habermas le proporciona, básicamente, el marco teórico necesario para una racionalización del discurso práctico general.

# Influencias en lo jurídico

- Tópica Jurídica y Nueva Retórica
- Otras influencias: Aristóteles, Thomas Hobbes e Immanuel Kant.
- Otros juristas: Hans Kelsen, Gustav Radbruch y H.L. Hart.

# Sus principales preocupaciones actuales:

- 1) la pretensión de corrección de las decisiones jurídicas y sus decisiones; 2)el derecho forma parte del discurso práctico general y 3) la argumentación práctica racional resulta posible. En tan sólo estos tres principios es posible encontrar la tesis principal de su percepción teórica.

# Sus más recientes obras:

- De forma reciente se han publicado las obras *La Institucionalización de la Justicia, Teoría del discurso y derechos humanos* y *La pretensión de corrección del derecho.* La primera de ellas es una compilación de artículos en torno a la justicia y la pretensión de corrección. La segunda se trata de un resumen de su teoría de la argumentación. Lo novedoso de este trabajo es la aplicación de sus postulados al tema específico de derechos humanos. Respecto a la tercera, se trata de una compilación de artículos ya presentados por Alexy.

# Líneas de investigación:

a) relación entre derecho y moral, b) teoría del discurso, c) derechos humanos; d) derechos fundamentales, e) metodología jurídica, f) institucionalización de la razón práctica, g) racionalidad judicial y h) derecho procesal constitucional.

# IV. El discurso ético como discurso práctico.

# Fundamentación de las decisiones jurídicas

- El principal problema de la metodología jurídica es establecer y analizar las reglas para fundamentar las decisiones jurídicas.
- Se usan sólo los métodos de la interpretación jurídica. No se toman en consideración aspectos casuísticos.
- Debe haber un orden de prelación.
- Se debe considerar la “natural indeterminación” de las reglas de interpretación.
- Toda decisión es “relevante moralmente”

- El decisor, en consecuencia, “se debe orientar en un sentido jurídicamente relevante de acuerdo con valoraciones moralmente correctas”

# Lo común y lo diferente en el discurso práctico general

- Tanto en la moral como en el derecho se buscan enunciados normativos correctos.
- La diferencia es que el derecho tiene una serie de condiciones limitadoras. Ejemplo: sujeción a la ley, precedentes judiciales, reglas procesales, dogmática jurídica.

# Relación entre derecho y argumentación práctica general

a) La tesis de **la secundariedad** tiene como punto de partida que el proceso de fundamentación tiene que realizarse según los criterios del discurso práctico general y que la fundamentación jurídica sólo sirve para una legitimación del resultado obtenido de esa forma. Es decir, la argumentación jurídica resulta subsidiaria del discurso práctico.

b) La tesis de la **adición** afirma que la argumentación jurídica llega hasta un punto determinado en el que ya no es posible aplicar argumentos específicamente jurídicos y que requiere, por ende, de la ayuda de la argumentación práctica general.

c) la tesis de **la integración** considera que el uso de argumentos específicamente jurídicos debe unirse, en todos los niveles, con el de los argumentos prácticos generales. Esta es la postura de Robert Alexy, la idea básica a partir de la cual desarrollará toda su teoría de la argumentación jurídica

# Racionalidad de los discursos prácticos

- Dentro de los conceptos que ayudan a esta racionalidad de la argumentación, Alexy se quedará con varios: auditorios universales y particulares, generabilidad, imparcialidad de los argumentos, contextos históricos y sociales, consenso fundamentado, acuerdo, tolerancia, por mencionar algunos de ellos.
- No obstante lo anterior, Alexy reconoce que los criterios para la racionalización de la argumentación aún son débiles.

# Principios de racionalidad práctica:

- Alexy rescata cinco principios de racionalidad práctica, indispensables en la argumentación, a saber: consistencia, eficiencia, coherencia, universalidad y sinceridad. Estos principios siempre estarán presentes a lo largo de toda la propuesta argumentativa de Alexy.

# Fundamentación de proposiciones normativas

- A los juicios de valor y de deber se les une una pretensión de corrección y, si son cuestionados, se puede llevar a cabo una discusión sobre su justificación. Dentro de la discusión el resultado dependerá de si existen o no reglas previamente establecidas.
- Precisamente, para racionalizar la fundamentación de proposiciones normativas, Alexy considera necesario establecer reglas de discusión racional.

# Los limites del discurso práctico

- Los límites del discurso práctico general son determinados por sus propias reglas, a partir de las cuales se determinan los sujetos del discurso, forma y estructura de los argumentos. Al no cumplirse con las reglas nos encontraríamos, según Alexy, ante la *imposibilidad discursiva* o bien de una *necesidad discursiva.*
- El cumplimiento de reglas nos genera una *posibilidad discursiva* que puede ser objeto del discurso práctico.
- “Los límites del discurso práctico general fundamentan la necesidad de reglas jurídicas. Con ello se produce el paso al discurso jurídico”.
- Queda la duda de si basta con el cumplimiento de reglas para darle racionalidad al discurso jurídico.

# V. Estructura de la argumentación jurídica.

# Lo problemático la herencia no continuada

- La tópica y la Nueva Retórica.
- Los sistemas con función dogmática y los sistemas con función investigadora.

# Tipos de discusiones jurídicas

- Las discusiones jurídicas pueden ser de diferentes tipos. De esta forma, puede haber discusiones dogmáticas, deliberaciones judiciales, argumentaciones litigiosas, dictámenes legislativos, discusiones doctrinales o en otros medios no propiamente jurídicos.
- Existen discusiones jurídicas institucionalizadas y otras no institucionalizadas.
- Otra diferencia puede ser en cuanto a la temporalidad de sus alcances.
- Una diferencia más puede ser en cuanto a su grado de obligatoriedad.

# Punto en común:

- En todas las formas se argumenta *jurídicamente.*
- La vinculación existente entre el argumento jurídico y el derecho vigente.
- Faltaría tomar en consideración aspectos no sistemáticos.

# Tipos de Justificación:

- **Justificación Interna**. Se trata de ver si la decisión se sigue de manera lógica de las premisas que se aducen como fundamentación.
- **Justificación externa**. Tiene por objeto la corrección de las premisas.

# Reglas de justificación interna:

- 1. Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.
- 2. La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

Alexy señala que si no puede extraerse ninguna regla de la ley, entonces hay que construirla. La regla 1, puede ser insuficiente en casos complejos. En ese caso:

- 3. Si hay duda, hay que aducir una regla que decida la cuestión. Aquí podría integrarse el pensamiento problemático.
- También se conocen como reglas de *justicia formal*.

# Reglas de justificación externa:

- No son ni de derecho positivo ni empíricas. Para ellas existen los siguientes grupos y formas de justificación externa: de interpretación, de argumentación dogmática, del uso de precedentes, de argumentación práctica general y argumentación empírica y, finalmente, las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos.

# Las reglas de racionalidad de Alexy

- La utilización de argumentos empíricos
- Reglas minímas para interpretar
- La argumentación dogmática
- El uso de precedentes
- Los argumentos jurídicos especiales
- La pretensión de corrección

# Utilización de argumentos empíricos

- Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.
- La decisión jurídica debe seguirse al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.
- Siempre que exista duda hay que aducir una regla que decida la cuestión.
- Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sean ya discutibles.
- Hay que articular el mayor número de pasos de desarrollo.

# Reglas mínimas para interpretar

- Debe resultar saturada toda forma de argumento que haya de contar entre los cánones de interpretación.
- Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.
- La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.
- Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse entre los cánones de interpretación.
- En este aspecto, Alexy reconoce seis puntos: el campo de su aplicabilidad, su *status* lógico, el requisito de saturación, las diversas funciones de las diversas formas, el problema de su jerarquía y la resolución del problema de la jerarquía en la teoría del discurso jurídico.

# La argumentación dogmática

- Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.
- Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.
- Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.
- Las funciones de la dogmática son al menos las siguientes: de estabilización, de progreso, de descarga, técnica, de control (consistencia) y heurística.

# El uso de precedentes

- Cuando pueda citarse un precedente, en favor o en contra de una decisión, debe hacerse.
- Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

# Los argumentos jurídicos especiales

- Las formas de argumentos jurídicos especiales tienen que ser saturadas.
- Ejemplos: Analogía; abducción; argumentos:*a simile; a contrario* y *a fortiori.*

# La pretensión de corrección

- Dentro del marco de las normas jurídicas vigentes.
- Respetando el sistema jurídico.
- Atendiendo a los precedentes judiciales.
- Enmarcando en la dogmática jurídica practicada institucionalmente.
- Fundada de manera racional.
- No olvidar la institucionalización de la justicia.

# Los argumentos jurídicos especiales

Se trata de una denominación dada por Robert Alexy, para especificar cierto tipo de argumentos usados en derecho, mismos que generalmente pueden expresarse de manera lógica. Según Giovani Tarello y Francisco Dorantes son los siguientes:

1. El argumento *a contrario;*
2. El argumento analógico;
3. El argumento *a fortiori*;
4. El argumento de principios de derechos humanos;
5. El argumento de la integridad;
6. El argumento de la coherencia;
7. El argumento psicológico;
8. El argumento histórico;
9. El argumento apogógico;
10. El argumento teleológico;
11. El argumento económico;
12. El argumento de autoridad;
13. El argumento sistemático;
14. El argumento de naturaleza de la cosa;
15. El argumento de equidad; y,
16. El argumento de los principios generales del derecho.

# 1. El argumento *a contrario*

Es el argumento que, del hecho de que una norma atribuya una determinada consecuencia normativa a una determinada clase de sujetos o circunstancias, concluye que se debe excluir esta consecuencia normativa a aquellos sujetos que no pertenezcan al tipo de sujetos o circunstancias consideradas. Por ejemplo: Sólo pueden ser ciudadanos mexicanos las personas que sean mayores de 18 años y tengan una manera honesta de vivir.

# 2. El argumento analógico.

Este argumento pretende que de la premisa que atribuye una determinada consecuencia a cierta clase de sujetos o circunstancias, se puede pasar a una conclusión que atribuye la misma consecuencia normativa a otra clase de sujetos o circunstancias, que sean similares en un sentido relevante. Por ejemplo: las obras de valor artístico relevante y la obra civil relevante en materia de patrimonio artístico y patrimonio histórico.

# 3. El argumento *a fortiori*

Establece que si una clase de sujetos o circunstancias está conectada con una consecuencia jurídica determinada y otra clase de sujetos o circunstancias merece con más razón esta consecuencia, entonces esta consecuencia se aplica también. Cuando el argumento se refiere a una prohibición se denomina *a minori ad maius;* cuando se refiere a una facultad, *a maiori ad minus.* Por ejemplo: Si esta permitido fumar en el salón de clase, con mayor razón lo será en los pasillos.

# 4. El argumento de principios de derechos humanos

- El control de convencionalidad. Sus pasos.
- El principio pro persona.
- Los principios de: a) universalidad; b) interdependencia; c) indivisibilidad; y, d) progresividad.

# 5. El argumento de la plenitud.

Se basa en el dogma según el cuál todo sistema jurídico es, por definición, completo: cualquier supuesto de hecho tiene una determinada consecuencia normativa. Ejemplo: Todo lo no prohibido esta permitido.

# 6. El argumento de coherencia.

Este argumento presupone que no existen normas antinómicas. De acuerdo con este argumento, cuando el interpreté se encuentra frente a dos disposiciones aparentemente contradictorias, intenta reinterpretarlas de manera que la contradicción no se produzca. Ejemplo: Norma superior deroga a inferior.

# 7. El argumento psicológico.

También se denomina como de la voluntad del legislador. Intenta disipar las dudas por el recurso de la recuperación de la intención originaria de la autoridad normativa.

# 8. El argumento histórico

Propone entender los términos jurídicos de un determinado texto normativo de la manera en que se han interpretado en la tradición jurídica a la que pertenecen. Ejemplo: Las competencias en materia de zonas y monumentos arqueológicos.

# 9. El argumento apogógico.

Denominado también como de reducción al absurdo. Según este argumento, las autoridades normativas no dictan normas absurdas. Se usa, generalmente, como refuerzo de otros argumentos, precisando que si se usara cierta interpretación, esta tendría consecuencias absurdas.

# 10. El argumento teleológico.

Se aplica en el supuesto de ciertas dudas, se debe seguir el sentido que facilite la obtención de los propósitos que la ley persigue. Se le da un uso retórico distinto al psicológico. Ejemplo: Cuando se habla del espíritu de la ley.

# 11.El argumento económico.

Este argumento presupone que el legislador no es redundante. Es decir, que si parece que dos textos tienen el mismo significado, se debe atribuir a uno de ellos un significado diferente.

# 12. El argumento de autoridad.

Este argumento se relaciona con la autoridad invocada en un determinado argumento. Mal usado coincide con la falacia *ad verecundiam.* Con este argumento se busca el apoyo doctrinal en determinados textos dudosos. Debe usarse como un argumento complementario y siguiendo las leyes de racionalidad. Ejemplo: Citar a Raúl Brañes en un caso ambiental, en concreto, problemas de acceso a la justicia.

# 13. El argumento sistemático.

Se trata de un argumento usado en diversos sentidos: a) buscando una interpretación integral de normas diversas; b) dando un significado a un texto normativo por su ubicación en un lugar determinado; c) justificando interpretaciones dogmáticas. Ejemplo: La jurisprudencia relativa al mínimo vital.

# 14. **El argumento de la naturaleza de la cosa.**

Se trata de un argumento generalmente desprestigiado por la teoría actual. No obstante, bien usado es importante. Lo que busca es comprender el aspecto sustancial de un asunto para seleccionar de manera adecuada otros argumentos, así como para orientar la solución más acorde a la naturaleza del problema. Se trata de uno de los argumentos históricamente más antiguos. Ejemplo: Los contratos de comodato y su utilización de suplencia en los contratos de arrendamiento.

# 15. El argumento de equidad.

Busca lo más justo para el caso concreto. Su fuerza radica en tratar de darle flexibilidad a reglas generales que nos puedan llevar a soluciones injustas. Su uso es bastante reducido en el derecho moderno. No obstante, la nueva percepción de los derechos humanos puede darle una nueva relevancia.

# 16. El argumento a partir de principios jurídicos.

En la actualidad el uso de los principios jurídicos se ha revitalizado, principalmente, por las teorías de la argumentación jurídica. Tienen un triple uso: como medio de interpretación, como sistema integrador y como criterio orientador de decisiones jurídicas. Ejemplo: El uso de principios en materia de derechos del consumo o en materia ambiental.

# La pretensión de corrección

- Dentro del marco de las normas jurídicas vigentes.
- Respetando el sistema jurídico.
- Atendiendo a los precedentes judiciales.
- Enmarcando en la dogmática jurídica practicada institucionalmente.
- Fundada de manera racional.
- No olvidar la institucionalización de la justicia.

# La conclusión de Alexy:

“Finalmente, no hay que infravalorar la función de la teoría del discurso jurídico racional como definición de un ideal. Como tal idea, apunta más allá del campo de la Jurisprudencia. Los juristas pueden ciertamente contribuir a la realización de la razón y la justicia, pero esto, en el sector que ellos ocupan, no pueden realizarlo aisladamente. Ello presupone un orden social racional y justo”.

# VI. Una teoría como fundamentación del positivismo jurídico.

Las decisiones jurídicas “pretenden ser correctas *en el marco del orden jurídico válido*”.

# Su Teoría de los Principios y Reglas.

- Su finalidad es analizar la estructura de las normas de derecho fundamental.
- Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición.
- Su diferencia es *cualitativa.*

# La diferencia cualitativa:

- Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado, en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Son mandatos de optimización.
- Las reglas son normas que sólo pueden cumplirse o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.

# Colisiones de principios y reglas

- Conflictos entre principios.
- Conflictos entre regla y principio.
- Conflictos entre reglas.

# Colisión entre reglas:

- Se resuelve o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida por lo menos una de las reglas. Aplicando reglas como ley posterior, ley superior o ley general. El problema no resuelto es el de antinomias.
- Dimensión de validez.

# Colisión de principios:

- Un principio sede a otro hay una *relación de precedencia condicionada;* es decir, se deben indicar las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro.
- Un principio es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor.
- Dimensión de peso.

# Colisión entre regla y principio

- Prevalece la regla pues es la única que posee *razones definitivas* para la solución de casos concretos.
- Dimensión de validez.

# Ponderación

- Una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundamentado racionalmente.
- Esta fundamentación, para muchos de los juristas contemporáneos, implica una deliberación que tiene como objeto la indagación, operabilidad y análisis práctico de las circunstancias de cada hecho para la búsqueda de la solución más adecuada.

# La “Ley de Ponderación”

- “La medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro”.
- “Su resultado es un enunciado de preferencia condicionado que, de acuerdo con la ley de colisión, surge de una regla diferenciada de decisión.”

# VII. Algunos críticas.

- El concepto de ponderación es criticado por considerarse como un método sin control racional y sujeto al arbitrio de quien la realiza.
- La teoría de Alexy no garantiza una única respuesta correcta.
- Es una teoría meramente procedimental, sin contenido sustantivo. No hay prudencia.
- Sus reglas de racionalidad son convencionales. No las justifica.

# VIII. Una propuesta.

# a. Análisis de problemas

- El problema es el centro del pensamiento jurídico
- Seleccionar a información relevante y pertinente: "*en el caso y en el contexto del caso"*
- Analizar la prueba que ya existe
- La prueba adicional a producir
- La apreciación de la prueba
- Lo mutable de los hechos y pruebas

# b. Exámen de normas

- “Deducción y aplicación” o “Determinación”(El caso de la equidad)
- La *Mens* (intención) y la *Ratio* (Razón)*. Normas rígidas o flexibles.*
- “Hecho tipo” y “Hecho del caso”. Buscar su identidad.
- Determinación del “sentido normativo” de la ley: a) Sentido literal; b) conexión de significado entre lo literal y la finalidad de la norma; c) la intención reguladora, los fines e ideas del legislador histórico; d) contradicciones de valoración; y e) Los principios que hay detrás de las normas.

# c. Revisión Jurisprudencial

- Jurisprudencia integradora y Jurisprudencia interpretadora
- Similitudes y diferencias con otros fallos
- *Holding* o lo que el fallo concretamente decide.
- *Obiter dictum* o que afirmaciones complementarias señalan.
- Necesidad de que la juriprundencia sea flexible, sin afectar la seguridad jurídica.

# d. Utilización de Principios Generales del Derecho

- Para integrar e interpretar.
- Como herramienta analítica.
- Como criterio orientador.

# e) Utilización de axiomas

- Axioma I: Todo objeto del conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo.
- Axioma II. Ninguna conducta puede hallarse, al propio tiempo, jurídicamente prohibida y jurídicamente permitida.
- Axioma III: La conducta jurídicamente regulada sólo puede hallarse prohibida o permitida.
- Axioma IV: Todo lo que está jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido.
- Axioma V: Lo que está jurídicamente permitido, no está jurídicamente ordenado, puede libremente hacerse u omitirse.

# Relaciones de tipo de pensamiento:

- A) Prevalece el pensamiento sistemático sobre el problemático.
- B) Prevalece el pensamiento problemático sobre el sistemático.
- C) El pensamiento problemático rectifica el pensamiento sistemático.

# IX. Conclusiones.

1. La argumentación jurídica desde el punto de vista metodológico no puede constreñirse a concepciones jurídico-filosóficas con pretensiones absolutas.
2. En el desarrollo teórico de Robert Alexy dos vías corren de manera paralela: el discurso de la moral y el discurso jurídico.
3. Como un resultado del seguimiento de estas dos vías, Alexy reconocerá que la jurisprudencia no puede prescindir de la utilización de valoraciones.
4. Los márgenes de actuación del discurso jurídico pueden ser la sujeción a la ley, los precedentes judiciales, la dogmática jurídica y las reglas procedimentales.

5. En la búsqueda de directrices para el discurso jurídico, Alexy analizará diversas teorías sobre el discurso práctico de las cuales rescatará cinco principios de racionalidad práctica, indispensables para la argumentación: consistencia, eficiencia, coherencia, universalidad y sinceridad.

6. De esta forma, los límites del discurso práctico general son determinados por sus propias reglas, a partir de las cuales se determinan los sujetos del discurso, forma y estructura de los argumentos.

7. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy se inclina más hacia los aspectos sistemáticos que hacia los problemáticos.

8. Robert Alexy señala cómo en la argumentación jurídica se busca la justificación de las decisiones jurídicas desde dos ópticas distintas: la interna y la externa.

9. La argumentación empírica utilizada en el derecho frecuentemente no puede obtenerse con la certeza deseable. Por esa razón, señala Alexy, en este tipo de argumentos se necesitan reglas de presunción racional.

10. Las reglas de la interpretación jurídica son difíciles de precisar puesto que la doctrina aún no se pone de acuerdo en su número, formulación precisa, jerarquía y valor.

11. La argumentación dogmática al menos desarrolla las siguientes actividades: descripción del derecho vigente, un análisis sistemático y conceptual y la elaboración de propuestas para la solución de problemas jurídicos diversos.

12. Por su importancia fáctica en la argumentación jurídica, los precedentes judiciales deben tomarse en cuenta.

13. La argumentación jurídica también hace usos de los argumentos jurídicos especiales.

14. El discurso jurídico, en Alexy, necesita la base de la naturaleza del discurso práctico general porque este último, por sí sólo, no garantiza seguridad en sus decisiones.

15. Un punto de contacto fundamental entre el discurso jurídico y el discurso práctico general es la pretensión de corrección.

16. Robert Alexy considera que sólo un orden racional y justo nos puede proporcionar una teoría de la argumentación jurídica con las mismas características.

17. Son múltiples las críticas efectuadas a la teoría de la argumentación de Robert Alexy. De ellas la objeción fundamental que se le continúa haciendo es si su alcance puede llegar a resolver asuntos pragmáticos, ya que en la realidad no existen casos de respuesta única.

18. Las funciones problemáticas y sistemáticas del razonamiento jurídico son complementarias e integradoras de una complejidad propia del derecho.

19. En Robert Alexy, los principios son la base de la fundamentación de las reglas y “una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales”.

20. Resulta paradójico que la teoría de principios de Robert Alexy se sostenga por un concepto fuerte de regla.

21. Otra forma de enlace entre pensamiento problemático y sistemático sería el concepto de ponderación que ha sido criticado por considerarse como un método sin control racional y sujeto al arbitrio de quien lo realiza.

22. La ponderación es fundamental en la selección de argumentos.