

Elementos para argumentar en la ciencia y en el derecho*

Elements To Argue In Science And The Law

JOSÉ MAXIMILIANO HERNÁNDEZ CUEVAS**

RESUMEN:

Este artículo brinda al lector una base de conocimiento y reflexión sobre la teoría de la argumentación que permite distinguir y elaborar argumentos pertenecientes a contextos distintos: el teórico o de la investigación científica, cuya pretensión es de verdad, y el de la vida práctica, que comprende tanto argumentaciones de tipo moral como las acontecidas dentro de la producción y aplicación del derecho, ambas con una pretensión de corrección. El punto es discernir que en uno y otro caso, los discursos argumentativos atienden diferentes tareas y finalidades, información imprescindible para cualquier estudioso de la sociedad o del Derecho, quienes necesitan moverse con agilidad entre contextos cuya referencia son los hechos o bien las normas, lo que no excluye que se trabaje en ambos, pero con suficiente nitidez para no confundir la clase e intención de los argumentos.

PALABRAS CLAVE:

Argumentación, Investigación, Ciencia, Discurso, Derecho.

ABSTRACT:

This article provides the reader with the knowledge in order to reflect on the theory of argumentation that allows to distinguish and to elaborate arguments on different contexts: The theory or scientific investigation, is to pursue the truth, oppose to the practical which includes both moral arguments as well as the direct application of the law, both with a claim of amending. The main point being to discern that in each case, argumentative discourses deal with different tasks and purposes. This information is essential for any one studying society or law. Since, they need to differentiate between contexts whose references are the facts and the establish norms, which in term do not exclude to work in both, but with clarity as not to confuse the class or intent of the arguments.

KEYWORDS:

Argumentation, research, science, speech, right.

** Artículo recibido: 10 de marzo de 2016. Aceptado para publicación: 21 de abril de 2016.

** Profesor investigador en la Universidad Autónoma de la Ciudad de México (UACM). (mximiliano4o@hotmail.com)

SUMARIO: Introducción / 1. Las leyes “naturales”, las normas jurídicas y la separación artificiosa entre el ser y el deber ser / 2. La verdad jurídica, sus características y contraste con la verdad científica / 3. Discursos teóricos, discursos prácticos y discursos del derecho / 4. El discurso científico como forma de argumentación descriptiva, explicativa e interpretativa / 5. Los discursos teóricos y los discursos prácticos en las investigaciones sobre el derecho / 6. El estudio de los hechos sociales y los contenidos normativos / 7. Los discursos teóricos y la ideología / 8. Los discursos de creación y operación del derecho como formas de argumentación justificativa / Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigar acerca de la realidad social en su diversidad de aspectos¹ implica tener claro que la argumentación es el medio imprescindible para lograr la consistencia discursiva. Lo mismo ocurre cuando se discute e intenta persuadir a un interlocutor –o a un auditorio– sobre la veracidad de los hechos o la rectitud de una acción o decisión realizada por alguien.

Por consiguiente, este artículo tiene por objeto proporcionar una base de conocimiento y reflexión que permita diferenciar entre las argumentaciones efectuadas al emprender una indagación científica, de aquellas que tienen lugar como parte de las discusiones suscitadas al elaborar, interpretar o aplicar las normas del derecho. La cuestión es lograr una plataforma de discernimiento para comprender lo siguiente: *que demostrar, persuadir o convencer que lo argumentado tiene suficiente base para ser aceptado como verdadero o correcto, depende no sólo de la calidad argumentativa, sino también del plano en el cual, discursivamente, se presentan las razones y o las evidencias.*

Lo anterior atañe, esencialmente, a dos de los ámbitos en que se precisa esgrimir argumentos para elucidar o resolver conflictos: uno es el de la Ciencia, en particular cuando ésta se aboca al estudio de los hechos y fenómenos sociales o normativos; y el otro, el concerniente al contexto de la vida práctica, en el que es menester atender los temas conflictivos e intentar resolverlos con base en lo que se toma por correcto.

Así pues, a continuación se exponen los elementos sustanciales que permiten no confundir los terrenos de argumentación acabados de citar: aquel

¹ Sean éstos de carácter fáctico o simbólico, en los cuales las acciones y relaciones humanas comprenden, entre muchos otros, asuntos sociales, morales o jurídicos.

en que se desempeña un trabajo teórico, es decir, científico², y el concerniente a la producción y aplicación del derecho.

1. LAS LEYES “NATURALES”, LAS NORMAS JURÍDICAS Y LA SEPARACIÓN ARTIFICIOSA ENTRE EL SER Y EL DEBER SER

En el terreno de la realidad objetiva, podemos observar la presencia de fenómenos a los cuales se les atribuye el estatus de *leyes* debido a la periodicidad con que se repiten y a que acontecen al margen de la voluntad humana; unos son propios del entorno natural, y otros, aun cuando forman parte de la vida social, suceden con regularidad y como resultado de la combinación de variables no asociadas directamente con actos deliberados, sino más bien a condicionantes surgidas de necesidades u otras circunstancias.

Así, podemos dar algunos ejemplos:

- Uno fácil de entender es la *Ley de la gravitación universal*, útil para referir el fenómeno, de carácter natural, en el cual los cuerpos con mayor masa ejercen una atracción sobre aquellos de menores dimensiones. Tal atracción es debida a la presencia de la fuerza de gravedad y sucede independientemente de la existencia, acción o voluntad humanas.
- También podemos pensar en la *Ley de la oferta y la demanda*, que alude a un fenómeno económico-social que se presenta cuando la oferta de algún bien de consumo es mayor o menor a la demanda que del mismo existe en alguna comunidad en la cual dicho bien se comercializa. En este caso, la presencia de esa regularidad es una concomitante de la sociedad de mercado y su carácter de ley se establece con base en la constancia con la que dicho suceso ocurre dentro de la vida social.
- Otra regularidad innegable dentro de cualquier grupo humano es la existencia de *Normas Sociales*; su presencia es detectable en la vida colectiva, lo mismo formando sistemas rudimentarios que complejos y haciendo posible la integración grupal de los individuos.

² Incluido el efectuado desde la Ciencia del Derecho.

Cuando se trata de las normas sociales interesa destacar que no obstante constituyen un acontecimiento observable y susceptible de ser investigado como un hecho, igualmente, son producto de valores e intereses propios de cualquier sociedad; por ello, puede decirse que son, simultáneamente, una producción fáctica y de tipo simbólico que representa razones o visiones del mundo expresadas como mandatos dirigidos a los sujetos para coordinar sus acciones.

Dichas normas pueden ser distinguidas de las leyes naturales del siguiente modo:

Mientras que las constancias de los fenómenos, fijadas en términos de leyes de la naturaleza, no sufren en principio excepción y se mantienen con independencia de los sujetos agentes, las normas sociales son algo establecido y que se impone bajo la amenaza de sanciones: sólo rigen a través de la conciencia y del reconocimiento de los sujetos que guían su acción por ellas.³

Todavía más, dichas normas son hechos *lingüísticos* –y por tanto valorativos– de carácter rector, cuyos efectos experimentamos como parte muy importante de la extensa gama de actividades humanas: dirigen la convivencia familiar, afectiva y social; acciones como el trabajo o la recreación; la vida cívica, política y administrativa; el desempeño estudiantil, académico, artístico, religioso y lúdico; etcétera. De ahí que se diga que las normas tienen un carácter vinculante, es decir, que conforman la existencia grupal de modo *obligatorio*.

Respecto a esto último, procede agregar que la obligatoriedad de las normas sociales se modifica según la clase a la que pertenecen: es posible diferenciarlas, en general, en morales y jurídicas, aunque en realidad existen muchos tipos de normas; pero para lo que interesa destacar aquí, nos mantendremos en tal clasificación.

De modo que entenderemos por *normas morales* todas aquellas que rigen la vida en común y que para ser obedecidas recurren a diversos tipos de coerción, pero dejando cierto grado de discrecionalidad a quienes van dirigidas, para acatarlas o no. Y por su lado, destacaremos a *las normas jurídicas* como poseedoras de una característica primordial: *el utilizar la fuerza física* o amenazar con emplearla para conseguir la obediencia de los subordinados a ellas, razón por la cual se dice que son coactivas.

³ Habermas, Jürgen, *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, S. A., 1988, pp. 32-33.

Ahora bien, el sistema que llamamos Derecho está compuesto por normas jurídicas y es posible estudiarlo como *fenómeno social* que regula e integra la infinidad de ámbitos de la interacción humana. En esta perspectiva forma parte de la realidad *empírica* o de los hechos que también suele denominarse *mundo del ser*, y puede indagarse sobre su creación, funcionamiento o efecto dentro de la vida de una sociedad compleja, por ejemplo:

- Con el propósito de conocer de qué manera los movimientos sociales, u otros acontecimientos históricos, constituyen una fuente de derecho cuando se llega a legislar en temas como las libertades individuales, la igualdad de las mujeres, erradicación de acciones discriminatorias a otros grupos vulnerables, derechos a la salud, educación, al trabajo, la manifestación de ideas, etcétera;
- Para demostrar hasta qué punto el derecho es obedecido por sus integrantes;
- Conocer la eficacia con que un Estado garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales;
- Detectar cuándo un Estado democrático de derecho está dejando de serlo porque aprueba normas o incurre en prácticas de carácter autoritario;
- Poner al descubierto el proceso de cómo progresan y se diversifican los tratados internacionales sobre derechos humanos; etcétera.

En estas líneas de investigación, los estudios llevados a cabo son de corte socio-jurídico y por lo tanto considerados dentro del ámbito del *ser*.

Pero el derecho también puede ser estudiado como producto de las estimaciones que sobre la vida se hacen. En tal enfoque, el derecho tiene *un sentido ideológico*, pues sus normas reflejan valores, ideas, creencias e intereses de individuos o grupos; e igualmente, posee *un sentido deóntico*, es decir, de obligatoriedad en el cumplimiento de sus mandatos porque éstos son apreciados como deberes.⁴ Sobre tal base de significados se construye lo que se conoce como *mundo del deber ser*, y en éste el Derecho es investigado atendiendo cuestiones como las siguientes:

⁴ Sobre los sentidos ideológico y deóntico del Derecho, *vid.* Correas, Oscar, *Introducción a la Sociología Jurídica*, México, Fontamara, 2004, pp. 67-69.

- La interpretación del contenido normativo;
- El tipo de estructuración que posee como sistema de normas;
- Su legitimidad conforme a principios de carácter universal;
- Los modelos y controversias concernientes a su elaboración, interpretación o aplicación;
- Su perspectiva punitiva;
- La vigencia, validez y legitimidad de las normas; etcétera.

Así pues, en razón de que el estudio del derecho ha sido deslindado en los mundos del *ser* y *deber ser*, epistemológicamente se ha considerado erróneo generar explicaciones o conclusiones pertenecientes al primero, derivándolas de análisis correspondientes al segundo, o viceversa. Sin embargo, es preciso advertir que esta restricción no supone dejar de tener en cuenta la conexión que siempre existe entre los dos ámbitos.

Al contrario, dada la problemática de fijar con precisión los hechos y sus significados en la investigación de la vida social, es imperativo no fragmentar la realidad, pues con ello se obstaculiza su mejor entendimiento; de manera que al construir una perspectiva más amplia para indagar al derecho, resulta trascendente considerar el contacto que subsiste entre los ámbitos del *ser* y el *deber ser*, puesto que separar las cosas de sus valoraciones es interrumpir *la continuidad* entre el *contenido descriptivo* y el *contenido normativo* de la existencia en sociedad, dado que los valores surgen, precisamente, de la relación entre uno y otro contexto.⁵

Este es un motivo principal por el que, progresivamente, se han robustecido otros enfoques acerca de la investigación jurídica en los cuales no se omite considerar a fondo la interrelación de ambos mundos.⁶ Por ejemplo, se acepta con amplitud que la interpretación del sentido de las normas es un asunto que implica entender sus contenidos no sólo al pie de la letra, sino *eminente* de forma pragmática; significa que es esencial considerar los entornos comunicativo, histórico, social, político, económico, etcétera, los cuales condicionan tanto la elaboración de dichas normas, como sus múltiples y diferentes interpretaciones.

⁵ Cfr. Habermas, *La lógica de las ciencias...* *op. cit.*, p.43.

⁶ Con relación a esto, es notable el planteamiento de Ferrajoli acerca de una teoría del derecho que concibe el estrecho enlazamiento entre las perspectivas sociológica y normativa, y que conduce, entre otras cuestiones, a tener presente y diferenciar "el derecho que es", del "derecho que debe ser". Vid. Ferrajoli, Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, 4ª ed., México, Fontamara, 2011, pp. 20-74; igualmente, del mismo autor, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia 1. Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 11-30.

Por consiguiente, es necesario que el requerimiento de no mezclar explicaciones dadas en el terreno de los hechos, con aquellas cuya referencia son las normas, no se traduzca más en posturas restrictivas en la investigación de los temas jurídicos, sino más bien en calidad de una perspectiva que advierte cómo *la base* para considerar algo con pretensión de verdad es *distinta* en uno y otro ámbito, pero no más; tema que abordaremos enseguida.

2. LA VERDAD JURÍDICA, SUS CARACTERÍSTICAS Y CONTRASTE CON LA VERDAD CIENTÍFICA

Comúnmente se tiene en cuenta que el concepto de verdad concierne a la realidad de los fenómenos empíricos, y que las aserciones resultan verídicas principalmente si se corresponden con los hechos. Pero en el caso de la *verdad jurídica* no son hechos, sino *normas*, lo que sirve para tomar alguna aseveración por cierta. Por lo tanto, ¿de qué forma se entrelazan el ser y el deber ser, al tratarse de cuestiones relacionadas con el contenido del Derecho que necesitan ser resueltas verazmente?

Para responder, de entrada diremos que no cabe reconocer por igual una producción discursiva enfocada en *describir* un hecho, y otra cuyo propósito es *ordenar* qué debe hacerse con relación al mismo. En general, tenemos así dos tipos de discursos: los que procuran establecer *lo verdadero*; y aquellos con miras en instituir obligaciones de *rectitud* al actuar en convivencia. Los primeros corresponden principalmente al campo de la Ciencia; los segundos, al de las normas –entre los cuales el discurso del Derecho ocupa un papel fundamental.

En otros términos:

El discurso de la Ciencia es *descriptivo*, lo cual significa que refiere, da explicaciones e interpretaciones acerca de los fenómenos y hechos; tiene *pretensión de verdad* y, por consiguiente, surge de la observación y participación indagatoria sobre lo acontecido en la realidad empírica.

Por su parte, el discurso del derecho es *prescriptivo*, es decir, se emite con *pretensión de corrección* y constituye un eje primordial para dirigir las acciones, discutir y solucionar los conflictos surgidos en las interacciones humanas. También es oportuno advertir que su contenido no es verdadero ni falso; significa que sus normas no pueden ser consideradas de tal manera, pues provienen de *actos de autoridad* y no de la comprobación o refutación de lo que se observa y describe sobre algo.

Como se aprecia en lo expuesto, la vida en sociedad se conforma en gran medida con elementos fácticos y normativos, es decir, *ser y deber ser* expresados, respectivamente, por medio de discursos descriptivos o prescriptivos; y si tratamos de entenderla es imprescindible diferenciarlos, mas no escindirlos como si se tratase de realidades ajenas.

En el caso del derecho, ya sea que se le contemple como parte del mundo fáctico, o bien en su calidad deóntica (sistema de deberes), su especial importancia estriba en que representa una base de *autoridad* compuesta por mandatos enunciados normativamente que sirve para resolver problemas de coordinación; mismos que de no solventarse terminarían disolviendo cualquier integración grupal.

El derecho es así un *referente* para actuar; por ello, conjuntamente con la Ciencia, resuelve complicaciones, es decir: mientras que ésta lo hace proporcionando *fundamentos empíricos* provenientes de la observación y conocimiento de los hechos, aquél lo consigue estableciendo *fundamentos normativos* emanados de actos de autoridad (los cuales, no obstante, derivan de discusiones racionales desde las que se intenta establecer qué es lo más correcto en la diversidad de conflictos que la vida práctica involucra).

Lo anterior conduce a observar lo siguiente:

- 1º *La verdad científica* –también denominada fáctica– se funda con relación a lo que sucede en el mundo del ser.⁷
- 2º En cambio, *la verdad jurídica* se construye con referencia en normas; significa que la base de observación, descripción e interpretación son éstas (su sentido o contenido y su existencia o vigor).⁸

De tal modo, tenemos, por ejemplo, que mientras las investigaciones en Sociología Jurídica y otras disciplinas afines se interpretan y verifican enteramente por hechos, las investigaciones en dogmática se interpretan y verifican enteramente por normas.⁹

⁷ No obstante, es preciso tener presente que no hay verdades absolutas, y lo que hoy se considera verídico, ante nuevas evidencias, puede ser refutado. Esto atañe a sucesos del presente o de otros periodos, de ahí que, incluso, cuando se alude a una supuesta "verdad histórica", es necesario advertir la gran dificultad para sostenerla; pues en materia de interpretaciones sobre acontecimientos recientes y del pasado existe siempre la incertidumbre de lo ocurrido realmente, entre otras razones, debido a que los intérpretes tienen diferente perspectiva según el tiempo, aptitud y circunstancias de cada uno; lo mismo que a la posibilidad, siempre latente, de que surjan nuevos hallazgos que desmientan aquello que se tenía por cierto.

⁸ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, op. cit. p. 33.

⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 33-34.

Pero además, es adecuado advertir que más allá de la sede científica, las discusiones y discursos con pretensión de verdad también acontecen en el terreno de la operación del derecho, donde los funcionarios (ministeriales o judiciales) y los particulares –que dirimen sus controversias conforme a las leyes– indagan y elaboran proposiciones basadas en hechos y evidencias empíricas lo mismo que en normas; por ello es posible reconocer, en tales análisis y disputas, tanto a la verdad fáctica como a la verdad jurídica. Las siguientes proposiciones son útiles para ejemplificar ambos tipos de verdad:

- La proposición “el hecho atribuido a [Juan] no sucedió” es “factualmente” verdadera si y sólo si el hecho atribuido a [Juan] no sucedió (o bien, no existe el hecho atribuido a [Juan]).
- La proposición “el hecho atribuido a [Juan] no es constitutivo de delito” es “jurídicamente” verdadera si y sólo si el hecho atribuido a [Juan] no es constitutivo de delito (o bien, no existe ninguna norma con arreglo a la cual el hecho sea constitutivo de delito).¹⁰

En casos como los anteriores las proposiciones forman parte de discursos que, según la fuerza de sus argumentos, llegan a ser tomados por verdaderos o no desde los puntos de vista empírico o jurídico. Y tales discursos, descriptivo-explicativos, cuando demuestran alguna verdad (fáctica o jurídica), a su vez, pueden subsumirse y dar mayor consistencia a discursos emitidos con otra pretensión.

En otras palabras, si la intención de un discurso no es tanto describir o explicar algo, sino más bien *justificar* decisiones, entonces, tenemos casos en que se argumenta con pretensión de *rectitud* o *corrección*,¹¹ más que de verdad. Esto es lo que sucede en gran parte de la argumentación judicial, es decir, la más importante, dado que concierne a los fallos sobre conflictos –sean sentencias, tesis o jurisprudencias, e incluso opiniones consultivas dadas por un tribunal.

De ahí que la operación del derecho, en realidad, también es un campo de creación del mismo, pues los discursos con pretensión de rectitud,

¹⁰ *Ibidem*, p. 35.

¹¹ Rectitud. “Recta razón o conocimiento práctico de lo que debemos hacer o decir.” Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., 2001. Este es también el sentido que dentro de la teoría de la argumentación le es dado al término corrección, aun cuando semánticamente, en el diccionario RAE, tiene otras acepciones y las que se le asemejan resultan mucho más limitadas, o francamente van en otra dirección: “Cualidad de la persona de conducta irreprochable”; “Cualidad de correcto (libre de errores o defectos)”; “Reprensión o censura de un delito, de una falta o de un defecto”.

argumentativamente, justifican aquello que se considera lo correcto, esto es, lo más adecuado para solucionar con equidad, con justicia, un altercado.

Por supuesto, esta es una perspectiva contemporánea del Derecho,¹² en la que toda decisión judicial sobre la vida práctica necesita ser argumentada; justificada plenamente para ser considerada correcta, y por ende legítima.

Disposición que ha de acatarse no sólo porque es aplicación de las normas, sino también debido a que proviene de una autoridad legalmente reconocida, misma que, por vía de la argumentación, logra justificar su decisión como la más aceptable posible; todo lo cual le confiere a dicha resolución un carácter prescriptivo que goza del reconocimiento de la comunidad.

Tenemos así una operatividad del derecho en la que los discursos descriptivos y prescriptivos funcionan *conjuntamente* en un proceso continuo de aplicación-creación del derecho, en el cual se argumenta lo mismo para acercarse, por vía de la argumentación, a lo que verdaderamente ha sucedido y es motivo de conflicto, que para darle una respuesta lo más correcta posible.

3. DISCURSOS TEÓRICOS, DISCURSOS PRÁCTICOS Y DISCURSOS DEL DERECHO

Los discursos argumentativos son el modo racional de utilizar el lenguaje para fundamentar una pretensión de validez. Dichos discursos pueden agruparse en tres grandes categorías: *1ª los discursos teóricos*, cuya pretensión es la verdad, *2ª los discursos práctico-morales*, y *3ª los discursos del derecho*, estos dos últimos, con pretensión de corrección; los primeros corresponden al campo de la Ciencia y los otros dos al de la vida práctica.

En cuanto a la vida práctica, procede decir que dentro de ésta son discutidos los conflictos emanados de la convivencia, por lo que en cualquier tema problematizado que llega a defenderse los debatientes pueden recurrir o bien a la moral o bien al derecho para fundamentar sus razones emitidas, por medio de *discursos prácticos*. De tal modo, cabe observar que para ello existen dos planos de justificación:

¹² Sobre la concepción argumentativa del Derecho vid. Atienza, Manuel, *El Derecho como Argumentación*, Madrid, Cátedra, 2003, pp. 120-131; del mismo autor, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 5ª reimpresión, 2011, pp. 203 y ss.; Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 4ª reimpresión, 2010, pp. 71 y ss.; García Castillo, Zoraida, *La argumentación judicial sobre hechos en el juicio acusatorio*, México, Bosch, 2014, pp. 53-60 y 69-87.

- a) *Plano estrictamente moral.* En éste, el tema en disputa es viable de justificar con arreglo a sistemas normativos que no utilizan la amenaza o uso de la coacción para hacerse obedecer.
- b) *Plano del Derecho.* Si una postura relacionada con cierto problema de la vida práctica precisa justificarse con apego a normas legales, se argumenta a través de *discursos del Derecho*, que son una *forma especial de discurso práctico*. Su carácter específico radica en que su base de fundamentación son *normas coactivas de tipo legal*, es decir, que obligan a su cumplimiento con la amenaza o uso instituido de la fuerza.

Además, el terreno y reglas de producción de los discursos del Derecho están dados, de manera precisa y sistemática, por el derecho positivo; orden sustantivo y procedimental que no existe para el caso de conflictos puramente morales. Así pues, los problemas discutidos por medio de los discursos del Derecho corresponden a la vida práctica, empero, han trascendido el entorno meramente moral y son susceptibles de una *justificación jurídica*, más que moral.

Sin embargo, en esto último, es muy importante no dejar a un lado que el derecho contemporáneo no se aparta totalmente de la fundamentación moral o de otras fuentes. Todo lo contrario, tiene un fuerte sustento extrajurídico (de carácter filosófico, moral, histórico, político, etc.) que ha derivado en la positivación de principios de carácter universal como son los derechos fundamentales.¹³

4. EL DISCURSO CIENTÍFICO COMO FORMA DE ARGUMENTACIÓN DESCRIPTIVA, EXPLICATIVA E INTERPRETATIVA

Cuando en el tema de la argumentación se afirma que un discurso es de carácter descriptivo, ello implica que es generado en el ambiente científico con objeto de aportar conocimientos sistemáticamente comprobados acerca de los hechos. Esto supone que tales hechos, que bien pueden ser sucesos pertenecientes a la diversidad de entornos que integran lo que llamamos realidad, se investigan con objeto de dar razones acerca de por qué acontecen, bajo qué circunstancias e influjos, o cuáles son sus características o significados.

¹³ Acerca de la fundamentación extrajurídica del Derecho contemporáneo véase, por ejemplo, Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit. pp. 26-85; Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris, Teoría del derecho y la democracia...*, op.cit., pp. 19-40, 274-277, 417-422, 684-690.

Por consiguiente, elaborar un discurso descriptivo involucra tanto el caracterizar, como dar explicaciones e interpretaciones sobre alguna porción de la realidad empírica —o incluso normativa, en el caso del Derecho. Y puede hacerse atendiendo a sus aspectos observables, lo mismo que a aquellos pertenecientes al mundo de los significados.

El asunto es que los discursos descriptivos, también llamados teóricos, se forman con argumentos orientados a la demostración: al esfuerzo de elucidar lo que aparece poco claro, para así dar cuenta, mediante razones y evidencias —sistemáticamente sustentadas—, que lo dicho resulta bastante convincente como para aceptarse en calidad de conocimiento verídico; lo cual implica que el rasgo distintivo de esta clase de discursos es la rigurosidad con que los argumentos y fundamentos que los soportan son presentados.

Los discursos teóricos pueden producirse dentro del terreno de cualquier área del conocimiento científico o, cada vez más, de manera interdisciplinaria, según la complejidad de la problemática abordada sobre la cual se argumente con la pretensión de aportar una propuesta que pueda resultar científicamente plausible.

Tenemos, entonces, que cuando alguien decide investigar algún sector de la realidad jurídico-social, es necesario precisar a qué nivel pretende llegar en sus indagaciones, lo que dependerá de cómo vea y plantee el problema detectado.

Es decir, cuando, por ejemplo, el propósito es obtener información estadística útil para caracterizar algún fenómeno social, o se busca ir más allá de lo que resulta visible y cuantificable para adentrarse en el estudio de los significados que los fenómenos o acciones pueden contener, en cualquiera de los dos casos, es menester contar con un marco referencial científicamente validado y, junto con esto, tener la certeza de permanecer siempre dentro del contexto de la *argumentación científica*.

Ello supone mucho cuidado al planear y desempeñarse sistemáticamente para la obtención de la información, su procesamiento, presentación y discusión razonada de la misma, de modo que el investigador pueda deslindar nítidamente el ámbito de la argumentación teórica, para no desviarse al de las justificaciones. Esto porque su pretensión es obtener conocimiento verídico, que siempre es respaldado por el rigor metodológico que proporciona la actividad en el campo de la Ciencia.

5. LOS DISCURSOS TEÓRICOS Y LOS DISCURSOS PRÁCTICOS EN LAS INVESTIGACIONES SOBRE EL DERECHO

Con relación a lo anterior, procede advertir que es fácil extraviarse en las investigaciones científicas de corte jurídico, en las cuales se llega a argumentar –y a revisar los argumentos de otras personas–, lo mismo acerca de los hechos sociales o lingüísticos, que sobre el contenido de las normas del Derecho orientado o desviado respecto al “deber ser”. En tal caso, suele cometerse el error de no distinguir entre los discursos con pretensión de verdad y los discursos con pretensión de corrección: los primeros describen, explican e interpretan los hechos (sean hechos sociales o lingüísticos¹⁴), los segundos *justifican* las acciones.¹⁵

De manera que el investigador necesita diferenciar claramente estas dos posibilidades argumentativas, pues ambas son empleadas por los juristas, tanto aquellos que realizan discusiones en el campo científico,¹⁶ como los que en calidad de operadores del Derecho (los jueces, por ejemplo), se enfrascan en discusiones dogmáticas. La forma en que una y otra clase de argumentos son entrelazados para formar discursos es diferente: en el caso de los juristas doctrinarios, se entrelazan para formar discursos teóricos, mientras que en el de los juristas operadores del derecho discursos prácticos, en este caso denominados *discursos del derecho*.

Es decir, en tanto los primeros esgrimen, revisan y discuten diversos argumentos en torno de alguna problemática jurídica con objeto de probar la veracidad de sus afirmaciones o de algún hallazgo; los segundos, también estudiosos y debatientes en el campo del derecho, emiten sus argumentaciones de manera análoga, pero con la intención de justificar lo que se estima más correcto –justo– respecto al problema analizado y debatido. Por ejemplo, cuando en un tribunal sus integrantes se confrontan discursivamente a fin de resolver alguna controversia surgida respecto a la interpretación o aplicación de una ley, o de alguna acción efectuada acorde o contrariamente al derecho. Asimismo, cuando se alega algún asunto e impone una decisión sobre el mismo dentro de un juicio: en tal caso, los diversos argumentos emitidos por las partes en litigio, al igual que los del juzgador –ya sea que estén sustentados

¹⁴ Dentro de estos últimos están las normas. Acerca de la posibilidad de considerar a las normas como hechos de carácter lingüístico, consultar Ferrajoli, Luigi, *Epistemología Jurídica...*, *op. cit.*, pp. 24-36 y 128-139.

¹⁵ Por supuesto, para justificar también se interpreta.

¹⁶ también llamado doctrinario en el caso del derecho.

por pruebas o evidencias de carácter científico, o principalmente con razones—, forman parte de discursos con pretensión de corrección.

6. EL ESTUDIO DE LOS HECHOS SOCIALES Y LOS CONTENIDOS NORMATIVOS

El investigador necesita mantenerse dentro de la perspectiva de la ciencia al revisar los discursos emitidos por los juristas, e incluso cuidar él mismo que sus discursos sean de carácter teórico.

En tal sentido, merece especial atención otro asunto en el que también es preciso se conduzca con mucha cautela: el investigador puede indagar acontecimientos sociales o contenidos normativos –o ambos en plena relación– de modo que, además de lo acabado de observar, siempre tenga en cuenta lo siguiente:

- Si lo que describe, explica o interpreta son sucesos de la vida social, los discursos teóricos emitidos serán considerados verdaderos o falsos *con relación a los hechos*.
- Si la investigación es sobre la estructura o el contenido normativo, lo que describa, explique o interprete, a través de los discursos teóricos, será considerado verdadero o falso *con relación a las normas del Derecho*.¹⁷

La confusión que suele acontecer cuando se hacen estudios concernientes al Derecho básicamente proviene de que éste, de acuerdo con el problema que se examine, ha de ser considerado como fenómeno social o fenómeno normativo. De ahí que los discursos teóricos surgidos en las investigaciones correspondientes generalmente, y cada vez más de manera necesaria, tengan pretensión tanto de *verdad fáctica* como de *verdad jurídica*. Esto porque las descripciones, explicaciones e interpretaciones realizadas son, respectivamente, verificables con base en hechos o con base en normas del derecho.

Un ejemplo que ilustra la pertinencia de tener en cuenta estas dos dimensiones de la argumentación teórica sobre la realidad jurídico-social, podemos apreciarlo en lo siguiente:

¹⁷ Dicho de otra forma, así como en las ciencias empíricas (la sociología jurídica o la criminología, por citar algunas) los argumentos son admitidos como verdaderos o rechazados como falsos *en correspondencia con los hechos sociales*, los argumentos dados en los contextos de la teoría del derecho o de la dogmática son verdaderos o falsos *en correspondencia con las normas del derecho*. Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Ibidem*, pp. 36-44.

A la pregunta “¿cómo está castigado el hurto en el derecho italiano?” el jurista dogmático responderá dando lectura a los artículos 624 y 625 [del respectivo] código penal, es decir “el hurto está castigado (o bien todos los hurtos están castigados) con reclusión hasta tres años y con la multa de doce mil a doscientas mil liras o con penas superiores o inferiores previstas por las eventuales circunstancias agravantes o atenuantes”. El sociólogo del derecho responderá por el contrario, previa lectura de los anuarios estadísticos y los sucesivos cálculos de las medias de las denuncias y de las condenas por hurto en el periodo analizado (supongamos el último decenio), que “sobre el 96% de los hurtos denunciados no son castigados y sus autores permanecen desconocidos” y que por lo tanto “no todos los hurtos (sino sólo una mínima parte de ellos) son castigados”. Las dos respuestas son en apariencia contradictorias, pero ambas verdaderas. La respuesta dada con arreglo a las estadísticas es “factualmente verdadera”, pero también es “jurídicamente verdadera” la respuesta dada con arreglo al código penal.¹⁸

Tenemos así que cuando se plantean proyectos de investigación dentro del campo de la Sociología del Derecho y disciplinas empíricas afines, así como del alusivo a la Dogmática o la Teoría del Derecho –estas últimas pertenecientes a la Ciencia Jurídica–, lo más probable es que sea imprescindible tratar la cuestión considerando, respectivamente, las perspectivas fáctica y normativa del derecho. Y, por ende, mantenerse en alerta al elaborar las argumentaciones: 1) de modo que no se incurra en confusión sobre el tipo de verdades que se procura demostrar (fáctica o jurídica), y 2) en cuanto al tipo de discurso que ha de servir para desarrollar la tesis a demostrar como verídica. Respecto a lo segundo (inciso 2), habrá que tener mucho cuidado en el manejo de la información obtenida y analizada, para diferenciar claramente el plano *descriptivo*, propio de la ciencia, del *justificativo*, el cual pertenece a la vida práctico-moral.

7. LOS DISCURSOS TEÓRICOS Y LA IDEOLOGÍA

Por último, teniendo presente la seriedad de los estudios científicos, es importante advertir que los discursos teóricos no deben confundirse con aquellos

¹⁸ Ferrajoli, Luigi, *Ibid.*, pp. 25-26.

discursos emitidos con una marcada tendencia ideológica. La diferencia entre un discurso teórico bien fundamentado y uno altamente ideologizado, es que el primero aporta razones y evidencias constatables; en tanto el segundo, recurre a argumentos deficientes que se pretenden pasar por científicos, pero que en realidad están sostenidos por un manejo tendencioso de la información y en la *distorsión de los hechos*, para intentar que se acepte como conocimiento verídico lo que se quiere hacer valer.

Al respecto, conviene recordar que los argumentos sólidos en el territorio científico se presentan mediante una proposición (hipótesis) que pretende veracidad, y que para conseguirlo ha de *respaldarse con razones y evidencias presentadas de forma consistente y constatable* que, a su vez, partan de principios, leyes u otros conocimientos previos aceptados universalmente como verdaderos.

8. LOS DISCURSOS DE CREACIÓN Y OPERACIÓN DEL DERECHO COMO FORMAS DE ARGUMENTACIÓN JUSTIFICATIVA

Los discursos que constituyen al derecho son de *carácter prescriptivo*, lo cual significa que sus contenidos sirven para organizar, regular, *dirigir* la vida en sociedad; pero también cabe reconocer que son discursos justificativos, pues tienen una pretensión de rectitud normativa. Esto es, por un lado, el derecho es un discurso que *ordena*, y por el otro, principalmente a través de la función judicial, *justifica* –por la vía argumentativa– las decisiones que se pretende sean las más correctas.¹⁹

Ahora bien, con relación a esto último, puede surgir la duda acerca de lo que ha de considerarse *correcto*, pues el significado de ello depende del sistema de valores subyacente a la moral y, por lo tanto, al sentido de la vida dado en una comunidad determinada –que difiere de acuerdo con el lugar y tiempo en el cual se vive–; de ahí que el relativismo moral sea un importante obstáculo para realizar estimaciones sobre la corrección de los actos que posean un amplio margen de validez.

Ello es importante de considerar porque en el caso del derecho, aunque el referente esencial para la toma de decisiones son las normas jurídicas,

¹⁹ "[...] el derecho debe verse, por un lado, como un sistema de normas (es la perspectiva de la teoría estándar –estructural– del derecho) y, por otro lado, como un sistema de procedimientos (esta sería la perspectiva asumida por la teoría de la argumentación jurídica [...])" Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, op. cit., p. 216. En este modo de concebir al Derecho la función judicial también crea Derecho. Vid. Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación...*, op.cit., pp. 120-131.

actualmente, éstas se erigen con una enorme carga valorativa de carácter moral.²⁰

Así pues ¿cómo es posible resolver un asunto conforme a derecho, en la certeza de que los criterios asumidos son correctos? ¿Puede ser, acaso, porque la relatividad valorativa –propia de una moral en particular– ha sido reemplazada por estándares con vocación de universalidad, y éstos incorporados al derecho como referentes de corrección? La respuesta no es sencilla, dado que tiene raíces afianzadas en múltiples terrenos (de los tipos histórico, filosófico, moral, político, económico, cultural, comunicativo y social, por citar sólo algunos de los más destacados).

Sin embargo, al respecto es pertinente observar que, progresivamente, ha surgido una *moral racional*, formada por costumbres emanadas de ejercicios comunicativos –de entendimiento– acerca de aquello que llega a apreciarse es de mayor conveniencia a la integración de los individuos en comunidad, sin producir daño a la dignidad humana.²¹

Sobre cómo ha sido viable llegar a dicho nivel de racionalidad es preciso exponer algunos elementos clave que han servido para cimentar la plataforma condicionante de los actuales discursos producidos, en los entornos moral y jurídico, al discutir las cuestiones prácticas de la vida en sociedad:

- I. La presente transformación de la realidad social deja ver que nuestro tiempo se caracteriza por el desarrollo de los medios informáticos, el manejo global de la economía y las formas de comunicación, lo cual ha permeado el abanico de la diversidad cultural y moral, y trastocado así cada una de las distintas formas de vida de las naciones del planeta. De manera que junto a las múltiples contradicciones y desigualdades surgidas de todo esto, de modo ambivalente, esas mismas circunstancias han favorecido la posibilidad de un reconocimiento *universal* de la condición que todos los humanos, por el hecho de serlo, compartimos más allá de nuestras específicas prácticas de vida y conceptos sobre la misma.

²⁰ "[...] entre el Derecho y la moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco; incluso aunque se piense que la identificación del Derecho se hace mediante algún criterio como la regla de reconocimiento hartiana, esa regla incorporaría criterios sustantivos de carácter moral y, además, la aceptación de la misma tendría necesariamente un carácter moral [...]" Atienza, Manuel, *Ibidem*, p. 125.

²¹ "[...] el Derecho no sólo es un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y [...] esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada [...]. *Ibid.*, p. 126.

- II. Esto nos acerca –aun en nuestras diferencias– de modo que los discursos surgidos en las disputas acerca de los problemas prácticos, se basan en una perspectiva existencial progresivamente centrada en el reconocimiento del ser humano con derechos inalienables. Se ha configurado así un sustrato de prácticas morales y jurídicas que, gradualmente, van adquiriendo un posicionamiento universal debido a su mayor grado de racionalidad; por lo que cuando se debaten asuntos relativos a la convivencia para decidir qué ha de tomarse por correcto o justo, se tiene como referencia primordial al ser humano con sus derechos.
- III. Una moral racional derivada del devenir histórico y las discusiones críticas propias de la participación democrática, produce –y a la vez es producto de– sistemas jurídicos fundamentados racionalmente. Por lo tanto, el sentido de corrección *que en la actualidad orienta la creación del Derecho y su aplicación, se basa en un uso de la razón dispuesto al entendimiento entre las partes en disputa, y no sólo al logro estratégico de sus particulares intereses.*
- IV. Así, aunque en el acontecer de la humanidad han existido y persisten aún distintos modelos de Derecho, en nuestro tiempo, el de aceptación universal es aquel que se *funda* en el reconocimiento y protección de los derechos humanos, en particular los establecidos en documentos internacionales y en las distintas Constituciones (de los países participantes en esta perspectiva), por ello denominados Derechos Fundamentales. Tal es el Paradigma del Derecho Contemporáneo.²²
- V. Es de suma importancia precisar que dicho paradigma proviene del acontecer histórico y el avance en el desarrollo de la racionalidad humana. En otras palabras: la experiencia y capacidad de reflexionar críticamente en torno de sucesos como el Holocausto, la amenaza a la supervivencia representada por un avance tecnológico sin guía ética, y la presencia de sistemas económico-sociales basados en la desigualdad, exclusión o exterminio de los individuos y grupos humanos, han derivado en una moral gradualmente más

²² Sobre el tema del paradigma del Derecho contemporáneo: como Paradigma de las Constituciones Rígidas, *vid.* Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica...op.cit.*, pp. 112-139; como Paradigma Procedimental, Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 4ª edición, 2005, pp. 469-532.

racional, que se manifiesta a través de instituciones políticas y jurídicas mayormente centradas –éticamente orientadas– en la seguridad y el bienestar de la humanidad; de todos y cada uno de sus integrantes.

- VI. Aun así, con tanto desequilibrio que impera en el mundo, lo precedente puede parecer una sobrestimación sobre el desarrollo humano conseguido; sin embargo, sería necio negar que experimentamos una realidad de creciente apertura hacia la manifestación de todo tipo de opiniones y formas de vida, al igual que una tendencia –en ascenso– a resolver los conflictos por el camino del debate argumentado. Esto es factible debido a la existencia de un escenario instituido, a nivel mundial, en el cual las reglas son dadas por un modelo de Derecho con inspiración de universalidad.

Hechas las observaciones anteriores, es viable comprender cómo los discursos generados dentro y en torno al derecho se consideran discursos prácticos con pretensión de rectitud normativa; es decir, que *toda disputa llevada a cabo por medio de argumentos busca soluciones con base en criterios de corrección racionalmente convenidos*.

De esta manera, son discursos con pretensión de corrección: *a)* los que crean el Derecho mediante la acción legislativa (debates y exposiciones de motivos propios de la función legisladora); *b)* los que conforman su contenido normativo (las normas en sí); y *c)* aquellos que son producidos judicialmente al interpretarlo y darle aplicación.

En los casos *a)* y *c)*, es conveniente observar que los discursos pronunciados, incluso como parte de fuertes controversias, pueden estar apoyados lo mismo en razones prácticas que de tipo científico; esto es, por argumentos basados en criterios de corrección, o en la evidencia de la verdad. Empero, es preciso tener claridad en que el propósito de tales argumentaciones *no* es proporcionar conocimiento científico, sino producir normatividad o justificar decisiones; así que *todo discurso emitido en el terreno legislativo o judicial tiene pretensión de corrección*. Lo cual no contradice considerar el siguiente asunto, como de particular relevancia:

[...] una justicia penal no arbitraria debe ser en alguna medida “con verdad”, es decir, basada sobre juicios penales predominantemente cognoscitivos (de hechos) y recognoscitivos (del derecho), sujetos como tales a

verificación empírica. Esta concepción cognoscitiva de la jurisdicción, junto a la convencionalista y empirista de la legislación de la que es complementaria, se dirige a asegurar [...] el valor de la *certeza* en la determinación [...] ²³

En cuanto a *b)*, no sobra advertir que el discurso del Derecho contemporáneo, por excelencia, tiende a ser un *referente de corrección* pues se construye sobre la base de principios universalmente aceptados, derivados de la experiencia humana y la reflexión ética. Es decir, la producción jurídica de nuestro tiempo propende al uso de la razón orientada al entendimiento de los seres humanos entre sí y como parte de la naturaleza; de ahí su perfil de rectitud normativa. No obstante, existen procesos legislativos y aprobación de normas contrarias al sentido de corrección expresado, pero en tales casos estamos ante lo que se reconoce como *derecho ilegítimo*, esto es, opuesto a los derechos humanos y las garantías de respeto y protección dadas por el mismo derecho.²⁴

Por último, resta decir que no sólo los discursos propios del derecho, sino también los que surgen en los litigios –emitidos por particulares o sus abogados representantes– tienen pretensión de corrección. Ello a pesar de que pudiera parecer lo contrario, si se toma en cuenta que el objetivo de las partes frecuentemente está centrado en resolver a su favor el tema en disputa y no necesariamente en llegar a la solución más justa. No obstante, si se argumenta sólidamente –y la autoridad también decide con argumentos, igualmente bien soportados– inevitablemente la disputa estará orientada hacia la rectitud normativa. Tal es el escenario puesto en cualquier contienda resuelta conforme al Derecho contemporáneo: una disputa crítica basada en normas y procedimientos cuyo fundamento de validez está en el entendimiento, esto es, en lo razonablemente aceptado como correcto.²⁵

CONCLUSIONES

Primera. Los discursos estructurados con base en argumentos pueden corresponder a diferentes campos de discusión, así que para investigar la realidad

²³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón... op. cit.*, pp. 37-38.

²⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 868 y ss.

²⁵ Sobre la posibilidad de casos en que ninguna decisión es correcta, *vid.* Atienza, Manuel, *Las razones del derecho... op. cit.* pp. 200-202.

jurídico-social es imprescindible distinguir los discursos teóricos de los discursos prácticos.

Segunda. Tanto la ciencia como el derecho funcionan primordialmente para dar respuesta a situaciones problemáticas. En el primer caso, las argumentaciones son esgrimidas para describir, explicar e interpretar los hechos y fenómenos; en el segundo, las argumentaciones se producen básicamente de modo prescriptivo, esto es, directivo, para dirimir o prevenir conflictos resultantes de las relaciones entre individuos y grupos humanos.

Tercera. La verdad científica es establecida con referencia a los hechos y, por su parte, la verdad jurídica con referencia a las normas. De modo que quienes investigan la realidad empírica o la realidad normativa, necesitan tener en cuenta que el derecho puede ser estudiado desde dos perspectivas: la primera, principalmente concierne a la sociología jurídica, y la segunda, a la ciencia del derecho.

Cuarta. Los discursos jurídicos son un caso particular de discursos prácticos. Por consiguiente, los argumentos elaborados tanto en los procesos de creación como de operación del derecho, buscan justificar las acciones y decisiones con base en lo que se estima correcto.

Quinta. El derecho contemporáneo se caracteriza fundamentalmente por su racionalidad, es decir, que los criterios de rectitud normativa o corrección que le sirven de base son de vocación universal; de ahí que su rasgo primordial es ser un sistema basado en el sistema de los derechos humanos.