

**¿ES POSIBLE UNA TEORÍA MATERIALISTA DE LA
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?
Una revisión desde la Crítica Jurídica**

J. Ricardo Miranda¹

*No hay error más peligroso que confundir la consecuencia con la causa:
lo llamo la auténtica corrupción de la razón. No obstante, este error se
encuentra entre las costumbres más antiguas y más modernas de la
humanidad [...]²*

Sumario: Introducción; I. Discurso; II. Sentido; III. Materialismo; IV. El idealismo en la teoría de la argumentación jurídica contemporánea; V. ¿Es posible una teoría materialista de la argumentación jurídica?; VI. Conclusiones; Bibliografía.

Introducción

Uno de los avances en los estudios sobre el derecho más importantes de los últimos tiempos fue la llegada de lo que *grosso modo* llamados teorías de la argumentación jurídica, las cuales como sabemos tuvieron un renovado repunte hace casi setenta años, con la aparición del célebre escrito de Theodor Viehweg *Tópica y Jurisprudencia* a inicios de la década de los años 50 del siglo pasado, al punto de que al día de hoy la argumentación “es la pieza clave del derecho”.³

Las teorías de la argumentación han sido una auténtica “revolución copernicana” al interior de las reflexiones sobre el derecho pues, aún sin ser hegemónicas en la teoría y prácticas jurídicas, han cimbrado fuertemente las bases

¹ Licenciado y Maestro por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

² Nietzsche, Friedrich, *El crepúsculo de los ídolos*, en *F. Nietzsche*, Tomo III, Gredos, Madrid, 2011. p. 179.

³ Cárdenas, Jaime, *La argumentación como derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2018, p. 6.

del paradigma dominante en torno al derecho: el positivismo jurídico.⁴ En verdad las teorías de la argumentación constituyen un nuevo paradigma, en el preciso sentido kuhniano,⁵ en disputa actual con el anterior pues hoy en día, cada vez más, va quedando claro que la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas no es, en la mayoría de los casos, un asunto mecánico que se resuelve con la utilización de un silogismo lógico-deductivo.⁶ El problema con esta manera de ver lo jurídico no es que sea falsa, sino que peca de simplista, es incapaz de dar cuenta de la vasta gama de problemas y situaciones jurídicas que se presentan en el manejo de los materiales jurídicos.⁷

Consideramos que el gran botón de muestra de las implicaciones teórico-prácticas más importantes de las teorías de la argumentación jurídica es el asunto de la *seguridad jurídica*, “[e]ntender la argumentación como derecho, o viceversa, implica que la seguridad jurídica no tiene la solidez formal del pasado”,⁸ un tema que pareciera incluso tabú para los tribunales, las personas litigantes y las y los

⁴ El positivismo jurídico no es algo unívoco, para una clarificación conceptual respecto a este asunto véase Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, Ciudad de México, 1999.

⁵ Cfr. Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2013.

⁶ Dicho sea de paso, esta manera de ver la aplicación del derecho como un silogismo, ni siquiera suele pasar más allá del modelo silogístico bárbara, el más sencillo de la lógica aristotélica, el cual se compone de dos premisas (una mayor y una menor) afirmativas y una conclusión también afirmativa. Un ejemplo clásico en el mundo jurídico sería: 1) P. Mayor. Comete el delito de homicidio quien priva de la vida a otra persona. 2) P. Menor. Juan privó de la vida a Pedro. 3) Conclusión: Juan cometió el delito de homicidio. Esta manera de entender la argumentación jurídica, a manera de silogismos, debe producirnos desde ya bastantes sospechas pues la realidad es mucho más compleja, e. g., ¿qué sucede si las pruebas en contra de Juan no son concluyentes pero sí altamente probables para determinar su responsabilidad?, ¿qué sucede en caso de que las pruebas contra Juan sí son concluyentes pero se violó el debido proceso?, ¿qué sucede si no se no tiene claro si el homicidio fue doloso o culposo?, estas y muchas otras situaciones son el día a día de los operadores jurídicos ante las cuales el modelo simplista de aplicación silogística de las normas jurídicas no ofrece ninguna salida.

⁷ Usamos aquí *materiales jurídicos* en el sentido de Kennedy. Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Universidad de los Andes/ Pontificia Universidad Javeriana/ Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2005.

⁸ Cárdenas, Jaime, *La argumentación como derecho*, *op. cit.*, p. 8.

teóricos acostumbrados a pensar la seguridad jurídica desde el punto de vista del positivismo jurídico.

Ahora bien, a pesar del gran avance que suponen las teorías de la argumentación para una comprensión más acabada del fenómeno de lo jurídico, para la Crítica Jurídica las teorías de la argumentación aún siguen presas de ciertos velos (que todavía comparten con el positivismo jurídico) que no le permiten llevar hasta sus últimas consecuencias las desmitificaciones que han comenzado a hacer en torno a la creación, interpretación y aplicación del derecho. Así, el presente trabajo apunta a avanzar una primera revisión crítica de las teorías de la argumentación en aquellos presupuestos epistemológicos y políticos que siguen sin cuestionarle al iuspositivismo.

En este orden de ideas, el presente artículo se encuentra dividido en cinco apartados. En el primero, se explica el gran avance teórico realizado por la filosofía analítica en el campo de los estudios jurídicos al entender el derecho como lenguaje, tesis que es recuperada, por medio de la categoría de *discurso*, tanto por las teorías de la argumentación como por la crítica jurídica. En el segundo, se analiza brevemente la idea del *sentido* de un discurso lo que nos lleva a reconocer que el sentido de los discursos o cualquier producto cultural no es un dato *a priori* sino que depende, en gran medida, de la remisión a otros discursos a partir de los cuales adquieren tal o cual significado. El apartado tercero propone un esbozo de lo que debemos entender por materialismo o por una filosofía materialista con el objetivo de partir de presupuestos epistemológicos y políticos que superen las aporías del idealismo filosófico. El cuarto apartado avanza una deconstrucción preliminar de la teoría de la argumentación jurídica contemporánea para mostrar en qué medida ésta sigue enclavada en una postura idealista. Finalmente, en la última sección se responde de manera negativa la pregunta que da título al presente trabajo y se da cuenta del por qué de ello.

I. Discurso

Con el auge de las teorías de la argumentación cada día queda más claro que el derecho no es un simple modelo aplicativo, como lo entendía el iuspositivismo

decimonónico. Esto es, como ya lo señalábamos en la introducción, un modelo donde sólo debemos realizar un silogismo lógico relacionando la “norma que “corresponda” con el “hecho que acaeció” para “determinar lo que el derecho demanda” en ese caso particular. Antes bien, el derecho es un modelo interpretativo y argumentativo,⁹ es decir, un modelo donde no siempre está clara la *norma* a aplicar ni, mucho menos, el *hecho*¹⁰ que debe acarrear alguna consecuencia jurídica y, por lo tanto, las dudas se extienden a las *consecuencias jurídicas* mismas.¹¹

Desde nuestro punto de vista, este cambio –pasar de entender al derecho como un modelo meramente aplicativo a un modelo argumentativo– encuentra su condición de posibilidad en la idea, magistralmente desarrollada por la teoría jurídica analítica, de que el derecho es, fundamentalmente, lenguaje o, para ser más precisos, el derecho “aparece” en el uso de ciertas expresiones del lenguaje. De tal suerte, “en nuestro discurso jurídico usamos expresiones como ‘derechos’, ‘obligaciones’, ‘facultades’; igualmente decimos ‘capaz’, ‘hijo legítimo’, ‘heredero’, ‘tutor’, etcétera. Hablamos de estas “cosas” como si existieran realmente. Nuestros derechos nos parecen perfectamente reales. ¿No es algo muy real tener “derechos de propiedad”, ser “hijo legítimo”, “heredero” o “tutor?”¹² No obstante, es claro que

⁹ Sobre este punto véase Flores, Imer, “¿Es el derecho un modelo aplicativo?”, en *La filosofía del derecho hoy*, Juan Federico Arriola Cantero y Víctor Rojas Amandi (coords.), Porrúa, Madrid, 2010, pp.193-210.

¹⁰ Es de suma importancia tener claro que la interpretación y argumentación en el derecho no se da, exclusivamente, sobre normas sino también sobre los hechos: “en la interpretación jurídica se adscriben o determinan significados no sólo a formulaciones normativas sino a comportamientos o conductas para producir significados, es decir, normas para el caso concreto”, Cárdenas, Jaime, *La argumentación como derecho*, op. cit., pp. 12-13.

¹¹ Retomando el ejemplo del presunto homicidio cometido por Juan, cualquier operador jurídico sabe que la propia conducta de Juan no siempre es clara, por lo tanto, también hay que interpretarla (determinarla), pues un homicidio, según el derecho, puede ser culposo o doloso, y dependiendo una u otra situación, las consecuencias jurídicas variarán.

¹² Tamayo, Rolando, “Lenguaje del derecho y demiurgia jurídica (Entre actos ilocucionarios y actos mágicos)”, en *Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, número 13, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/ Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca/ Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades-UAP, Ciudad de México, 1993, p. 199. Disponible en:

estas “cosas” no las vemos en el mundo empírico, “es obvio que los derechos, facultades y deberes, no pertenecen al mundo sensible. Solamente existen actos humanos”.¹³

En este sentido, la pregunta obligada es:

“¿Cómo se originan estas cosas? ¿cómo existen? [...] Todo lo que se dice sobre estas “cosas” pareciera que se basa en una especie de “creencia”. Se considera que el derecho atribuye “consecuencias” o “efectos” jurídicos a ciertos actos. Cuando alguno de estos actos se realiza, nos sentimos autorizados a “creer” que el “efecto” también se ha “producido” (siempre que otras circunstancias no lo hayan impedido) [...] ¿Qué actos “desencadenan” estos efectos? Palabras, sólo palabras. Ciertas frases son dichas ante un notario, en presencia de testigos y ¡abracadabra! la propiedad de un inmueble se ha transmitido, alguien se ha convertido, realmente, en propietario y otro ha dejado de serlo. Con sólo pronunciar ciertas palabras, la “propiedad” (cualquier cosa que esto sea) ha “transmigrado” de un individuo a otro. Así, diciendo palabras (consten por escrito o no), son demiúrgicamente “creados” los “entes” jurídicos.¹⁴

Así las cosas, podemos observar que el derecho es un *cierto tipo de lenguaje*. Y, en tanto que lenguaje, el derecho es, en primer lugar, un sistema de signos que permite expresar, bajo determinada forma, ciertas ideas o contenidos de conciencia. Por ello, al ser un lenguaje, el derecho es también lo que los lingüistas llaman un sistema formalizador pues da forma (significado), precisamente, a esas ideas o contenidos de conciencia.¹⁵ Ahora bien, aquí es donde precisamente entra en escena el concepto de “discurso”, el cual es presupuesto por las teorías de la argumentación

<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=critica&n=13> [Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2020]. Entrecorchetados en el texto original.

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 199-200.

¹⁵ Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1993, p. 23.

jurídica y que, a nuestro parecer, tiene el mismo uso que en la crítica jurídica: *discurso* se utiliza, consciente o inconscientemente, como *contenido de conciencia ya formalizado*.¹⁶

Quizá la manera más clara donde podemos ver el uso de la categoría “discurso”, tanto en la argumentación jurídica es en la interpretación pues “en la interpretación jurídica se adscriben o determinan significados no sólo a formulaciones normativas sino a comportamientos o conductas para producir significados, es decir, normas para el caso concreto”.¹⁷ Es decir, las normas a utilizar para un caso concreto no son transparentes, no son evidentes en sí mismas, se necesita la atribución de un significado a las mismas para hacerlas entrar en operación en un caso concreto,¹⁸ y esto se hace siempre por medio de una interpretación discursivo-argumentativa, es decir, por medio de discursos justificativos. Así pues, la interpretación requiere siempre argumentación (discursos) a favor de una u otra lectura.

Ahora bien, llegados a este punto nos interesa resaltar que, para la crítica jurídica, *las condiciones de producción del discurso son constitutivas del “significado” o “sentido” que atribuimos a las normas y conductas en el razonamiento jurídico*.

III. Sentido

Cualquier signo, pensemos en la palabra “gato”, significa lo que significa, tiene el sentido que tiene, no por alguna cualidad intrínseca o innata que tenga sino por un acuerdo arbitrario, por una convención social -como las reglas de cualquier deporte. Pero, además, los signos o símbolos sólo funcionan si se distinguen de los demás signos en un lenguaje dado -“gato” se distingue de “pavo” o de “galo”- pues el

¹⁶ Siguiendo a Correas utilizamos “contenido de conciencia” como sinónimo de “ideología”. Es decir, también podríamos definir “discurso” como “ideología ya formalizada”. Cfr. Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica, op. cit.*, p. 26.

¹⁷ Cárdenas, Jaime, *La argumentación como derecho, op. cit.*, pp. 12-13.

¹⁸ Desde luego este “entrar en operación” no es siempre al momento mismo en que se va a resolver un caso, muchas veces las interpretaciones ya las tenemos de antemano, en el sistema jurídico mexicano, por ejemplo, tenemos la jurisprudencia, las tesis aisladas, las contradicciones de tesis.

lenguaje es un *sistema de diferencias*, sin términos positivos que detuvieran el paso de signo en signo; esto mismo sucede con nuestro cerebro, un pensamiento particular es posible no gracias a una neurona en específico sino por una *relación diferencial* entre muchas neuronas, no hay ninguna neurona “rey” que mande a las demás.¹⁹

Es la propia estructura del lenguaje la que determina que no sea posible revelar, lisa y llanamente, un significado inequívoco, esto es, que no sea susceptible de interpretaciones adicionales por signos, símbolos o significantes posteriores. La estructura del lenguaje es, entonces, lo que hace imposible la estabilidad o inmutabilidad de nuestros acuerdos lingüísticos, de nuestros discursos, en suma, de nuestras interpretaciones.

Todo discurso, incluidos desde luego los jurídicos, está intrínsecamente constituido por la remisión a otros discursos posibles. Lo que nos lleva a extraer la conclusión de que la producción de discursos se da siempre en el marco de *formaciones discursivo-ideológicas* o, usando terminología de Correas, *continuo discursivo*,²⁰ y estas formaciones o este continuo son el suelo que hace posible la discriminación entre los discursos posibles (permitidos, obligatorios o prohibitivos) y los no posibles en un determinado momento histórico.

Con lo anterior en mente, podemos regresar al punto con el que cerramos el apartado anterior, esto es, con la idea de reconocer que *las condiciones de producción del discurso son constitutivas del “significado” o “sentido” del propio discurso*. Ello significa que el significado o sentido de todo discurso no está dado de manera inmediata en el propio discurso sino en sus condiciones de producción. Por ejemplo, pensemos en el enunciado “la tierra gira alrededor del sol”, este enunciado es verdadero o, incluso, “natural” para nosotros, lingüistas modernos -dadas las

¹⁹ Cfr. Saussure, Ferdinand de, *Curso de lingüística general*, Akal, Madrid, 2019; y Derrida, Jacques, *De la gramatología*, Siglo XXI, Ciudad de México, 2017.

²⁰ “Vale la pena decir que si, como hemos propuesto, “discurso” tiene como referente a la ideología cuando ésta aparece formalizada, pero ésta no puede aparecer sino formalizada, entonces la ideología no existe fuera de algún discurso”, Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica*, *op. cit.*, p. 27. Resaltado en el original.

condiciones precisamente en que fue producido- mientras que para un lingüista precopernicano no tiene el más mínimo sentido.

De esta manera, se comprende mejor que el rasgo definitorio de un discurso radique, como ya lo señalábamos, el estar intrínsecamente constituido por la remisión a otro discurso que hace posible el primero. Y es aquí, en este entramado de formaciones discursivas, donde inevitablemente “entran” consideraciones extra-jurídicas, extra-políticas, extra-científicas, etc., dependiendo del discurso en cuestión. Un ejemplo jurídico. El artículo 5 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas establece que “no se considerarán como servidores públicos los consejeros independientes de los órganos de gobierno de las empresas productivas del Estado ni de los entes públicos en cuyas leyes de creación se prevea expresamente”, y para entender el sentido o significado de esta norma debemos recurrir a un segundo discurso que explique precisamente el significado de este primer discurso (el artículo 5 de la LGRA) y este segundo discurso que se construye para “explicar” (para dar sentido) al primero ya no será enteramente jurídico. Alguien puede decir, por ejemplo, que está bien que se excluya a tales consejeros independientes de ser servidores públicos (y, por lo tanto, de la obligación de acatar la LGRA) porque son expertos en la materia que no se dedican de tiempo completo a la función pública; mientras que otra persona puede aseverar que es una norma completamente neoliberal que autoriza a tales consejeros independientes a violar la ley impunemente pues son actores privados con importantes intereses económicos.²¹ ¿A qué interpretación le hacemos caso? ¿Cuál es correcta y cual es incorrecta? Esa es una cuestión que no se puede resolver enteramente apelando solamente a discursos jurídicos sino es necesario hacer entrar en juego discursos extra-jurídicos y a las condiciones de producción de tales discursos, en suma, debe entrar en escena la ideología y éste no es sino el terreno de la lucha de clases y su desarrollo históricamente determinado.

²¹ Cárdenas, Jaime, “Presentación”, *La Ley General de Responsabilidades Administrativas: un análisis crítico*, Jaime Cárdenas y Daniel Márquez (coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2019, p. XIX.

IV. Materialismo

Crear que la historia tiene una *causa* seminal y que ésta progresa *necesariamente* hacia un *fin* determinado cuyo progreso está gobernado por un sentido o *razón* trascendente que explica precisamente la historia de manera a apriorística es el sello distintivo del idealismo, frente al cual el materialismo, como postura filosófica y política debe distanciarse.

Así, para Althusser el materialismo debe pensar el hecho por consumir y no el consumado, esto es, debemos tener siempre presente que el sentido, la causalidad, la necesidad, el fin de todo el orden del mundo advienen una vez que se produce un encuentro, un encuentro que bien *podría no haber ocurrido*. Ya acaecido el encuentro, éste da forma y estabilidad a los elementos que en él se conjugaron. Sin embargo, no estaba en ellos, en tanto elementos aislados, el desenlace de encontrarse. Para ser un poco más claros en esto pensemos el ejemplo del derecho moderno. Sin ser exhaustivos, ¿cuáles podríamos decir que son los elementos que componen el derecho moderno? Al menos los siguientes: i) una concepción formalista de las normas (racionalización del derecho); ii) producción de normas jurídicas solamente en los lugares y mediante los procedimientos regulados por el propio derecho (legitimidad y validez de carácter procedimental); iii) supuesta secularización del derecho; iv) individualismo, el derecho moderno presupone una sociedad de individuos libres y autónomos; entre otras. Lo aquí interesa destacar es que, por razones históricas muy concretas, todos estos elementos pudieron “encontrarse” para dar forma y desarrollo al derecho moderno.²² ¿Qué tipo de derecho tendríamos si ese conjunto de razones históricas específicas que dieron forma, exclusivamente en el Occidente capitalista y europeo, al derecho moderno, tal como mostró Weber, no hubieran acontecido tal como

²² “[P]ara los interesados en el mercado, la racionalización y sistematización del derecho significaron en general, con las reservas que examinaremos más adelante, una creciente posibilidad de cálculo del funcionamiento de la administración de justicia, que es una de las más importantes condiciones previas de las empresas económicas de carácter permanente, especialmente aquéllas de tipo capitalista que han menester de la ‘seguridad jurídica del comercio’”, Weber, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979, p. 651.

sucedieron, si hubieran tenido otro desenlace? Nuestra concepción del derecho quizá sería una muy diferente a la que tenemos en la actualidad.

De esta forma, para Althusser, “[p]uede decirse que el mundo es el *hecho consumado* en el cual, una vez consumado el hecho, se instaura el reino de la Razón, del Sentido, de la Necesidad y del Fin. *Pero la propia consumación del hecho* no es más que puro efecto de la contingencia [...]”.²³ Frente a este materialismo aleatorio o del encuentro, como lo llama el propio Althusser, la posición idealista sostendría que el encuentro que tuvo lugar y el orden que se produce tras él son el *motor* del encuentro mismo, son la *causa* de que el encuentro se produjera y que dicho encuentro tiende, necesariamente, a un fin particular (el progreso absoluto de la humanidad, el paraíso del libre mercado, la justicia, el comunismo, etc.). Podemos observar así que el idealismo, siguiendo a Nietzsche, confunde la causa con el efecto,²⁴ convierte en anterior lo que es posterior y, en ese mismo movimiento, instaura una teleología, frente a ello el materialismo rechaza toda teleología, toda idea de necesidad apriorística: “hay que pensar la necesidad como devenir-necesario del encuentro de contingentes”.²⁵

Este materialismo del encuentro rechaza, asimismo, el materialismo marxista de corte hegeliano, aquel que afirmaría: “[t]oda contradicción, motor de su desarrollo, contiene en sí misma el principio de su superación, de su negación y de la reconciliación entre sus términos contrarios. Es el famoso principio de la *Aufhebung* hegeliana, la negación de la negación que teórica e infaliblemente promete el fin de la historia, la reconciliación universal de los contrarios, al final del desarrollo de las formas de la dialéctica histórica”.²⁶ No es difícil ver cómo este tipo de materialismo sigue atrapado en la comprensión, típicamente idealista, del movimiento histórico como un movimiento con un Sentido o Razón que lo gobierna

²³ Althusser, Louis, *Para un materialismo aleatorio*, Arena Libros, Madrid, 2002, p. 34. Althusser retoma aquí la tesis de Epicuro: el mundo consiste en una infinita lluvia de átomos. En ella irrumpe una desviación mínima, un clinamen (Lucrecio). Este desvío, imperceptible, puede hacer que dos átomos prendan, se enganchen.

²⁴ Nietzsche, Friedrich, *El crepúsculo de los ídolos*, *op. cit.*, p. 179.

²⁵ Althusser, *Para un materialismo aleatorio*, *op. cit.*, p. 60.

²⁶ *Ibidem*, p. 14.

todo dirigiéndonos hacia un Fin establecido de antemano, por lo que se piensa al azar o a la contingencia como algo excepcional a la Necesidad del desenvolvimiento histórico. La negación de la negación, entonces, opera cómo el principio que engendra todo lo que sucederá, por lo tanto, la unidad de los elementos se encuentra presupuesta (recordemos nuestro ejemplo del derecho moderno) en lugar de estar puesta como un resultado aleatorio de un encuentro que pudiera no haber tenido lugar.

En este orden de ideas, para Althusser retomando a Spinoza, toda clase de idealismo y los materialismos que suponen la dialéctica hegeliana, dada la manera en que desembocan en una filosofía de la historia teleológica, contienen la necesidad de un sujeto para su desarrollo. Es decir, existe una conexión implícita entre la figura de los fines y la del sujeto:

Hegel dio a esta exigencia latente en el concepto de génesis su forma declarada y abierta, su forma conceptual: el final es el inicio, lo que quiere decir que el inicio (*origen* en sentido estricto, *nacimiento* de un individuo identificado) contiene ya, si no totalmente formado (en sí y para sí) por lo menos en germen, en sí, el término del proceso de desarrollo [...] la estructura de toda génesis es necesariamente teleológica: si el fin ya está presente, en sí, en germen, virtualmente, etc., desde el inicio-origen, implica que todo el proceso está *regido por su final*, tienden hacia su fin (pensamiento profundamente aristotélico).²⁷

Esta matriz conceptual es la base para instaurar el imperio del sujeto “libre” moderno. La modernidad burguesa piensa al sujeto humano como el centro del mundo, donde hace de los fines trazados por su voluntad soberana la causa de su conducta, cuando esa voluntad está “enteramente sometid[a] a las determinaciones del orden del mundo: como una simple parte determinada del mundo, un modo finito de la substancia (como modo de la extensión y modo del pensamiento, modos

²⁷ Althusser, Louis, *Escritos sobre psicoanálisis*, Siglo XXI, México, 1996, p. 75.

rigurosamente “paralelos”).²⁸ Así pues, en la figura del sujeto aparece la misma confusión de la causa con la consecuencia característica de la matriz conceptual hegeliana recién explicada. En ambas situaciones se trata de explicar un proceso apelando a su finalidad, a su resultado: en el caso de Hegel, por el hecho de que toda determinación encierra su propia negación, por lo cual el fin al que tiende el proceso existe en ciernes desde su origen, con lo cual se trata de desarrollar aquello que, en estricto sentido, ya existía desde el inicio; en el del sujeto, se explica la agencia de los sujetos por su libre voluntad, cuando esta “libre voluntad” no es más que la consecuencia de una serie de determinaciones estructurales en el seno de los propios sujetos.

De tal suerte, es necesario enfatizar, entonces, que el rechazo a toda teleología debe también impugnar la necesidad de un sujeto como centro del proceso contradictorio. De esta forma, el materialista debe llevar a sus últimas consecuencias el rechazo de que haya un sujeto como centro, causa, esencia y fin del proceso, por lo que debe postular la tesis de un *proceso sin sujeto*: “el materialismo del encuentro no es el de un sujeto (ya fuese Dios o el proletariado), sino el de un proceso sin sujeto pero que impone a los sujetos (individuos y otros) a los que domina el orden de su desarrollo sin fin asignable”.²⁹

Hay mucho más que se puede decir sobre la postura materialista en filosofía, no obstante, para los propósitos de este trabajo con lo dicho hasta aquí es suficiente. Veremos a continuación como la teoría de la argumentación jurídica presupone una postura idealista, postura que debemos superar en los estudios jurídicos.

V. El idealismo en la teoría de la argumentación jurídica contemporánea

Uno de los principales presupuestos epistemológicos de la teoría de la argumentación es el de la consideración del discurso jurídico como un caso especial

²⁸ Althusser, Louis, “La única tradición materialista”, en *Youkali. Revista de las artes y el pensamiento*, número 4, diciembre de 2007, p. 135. Disponible en: <http://www.youkali.net/index4.htm> [Fecha de consulta: 18 de diciembre de 2020].

²⁹ Althusser, *Para un materialismo aleatorio*, op. cit., p. 56.

del discurso práctico en general, es decir, del discurso moral. En este sentido, la teoría de la argumentación contemporánea retoma la teoría del discurso de Jürgen Habermas³⁰ para partir del punto de que el discurso práctico-moral tiene una racionalidad y, por ello, el resultado de tal discurso puede ser un resultado racionalmente motivado.

Habermas realiza una reconstrucción de los presupuestos racionales implícitos en el uso del lenguaje o, en sus palabras, de las *condiciones de la racionalidad inmanente a la acción comunicativa*:

Si partimos de que la especie humana se mantiene a través de las actividades socialmente coordinadas de sus miembros y de que esta coordinación tiene que establecerse por medio de la comunicación, y en los ámbitos centrales por medio de una comunicación tendiente a un acuerdo, entonces la reproducción de la especie exige *también* el cumplimiento de las condiciones de la racionalidad inmanente a la acción comunicativa. Estas condiciones se tornan accesibles en la modernidad -es decir, con la descentración de la comprensión del mundo y la diferenciación de distintos aspectos universales de validez.³¹

De esta forma, para Habermas, en todo acto de habla, tendiente a un *acuerdo*, se ponen siempre en juego ciertas pretensiones de validez, es decir, la corrección, sinceridad y/o verdad de lo dicho por uno y por otro se da por supuesta. Así, estas pretensiones de validez se encuentran siempre implícitas en la pragmática propia del lenguaje, sea reconocido o no por los interlocutores en cuestión. Y es precisamente que esta pretensión de validez lo que hace posible que todo acto de habla pueda ser cuestionado o impugnado, en todos los casos siempre es posible intercambiar razones a favor o en contra, esto es, argumentar racionalmente.

En esta idea de un acuerdo racionalmente motivado, y dado que la base de la teoría de Habermas es una pragmática universal, remite a la idea de un auditorio

³⁰ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1999.

³¹ *Ibidem*, p. 506.

universal, esto es, la validez de una pretensión es una validez potencial para todos los sujetos racionales. La argumentación, el discurso racional, remite así en última instancia a una *situación ideal de habla* en donde el acuerdo o consenso racional se da en un contexto de máxima libertad y simetría entre hablantes, todos tienen la misma oportunidad de elegir y ejecutar actos de habla.

Así, en la idea de una pretensión de validez potencialmente universal encontramos otro presupuesto, epistemológico y ético, la idea de imparcialidad.³² Es decir, el espacio donde se dirima la controversia (la esfera judicial por lo regular) debe ser “un espacio donde el favor y la carga a un argumento u otro, no quedará determinado más que por mérito de [la] racionalidad que cada postura sea capaz de proveer” por lo que “de manera a priori, cualquier postura pued[e] ser propuesta y debatida”,³³ las *reglas de razón* de Alexy son el máximo ejemplo de esta postura. Sin embargo, como veremos a continuación en realidad esta imparcialidad no es tal, está comprometida -y, por lo tanto, la reproduce- con cierta realidad social -la democracia liberal burguesa- como veremos a continuación.

Esta idea habermasiana, retomada principalmente pero no exclusivamente por Alexy, de una situación ideal de habla o de potencial consenso universal de los hablantes es una tesis propiamente idealista pues al pensar que toda idea puede ser puesta en cuestión no toma en consideración lo que vimos en el tercer apartado sobre que *las condiciones de producción del discurso son constitutivas del “sentido” del propio discurso*. Dicho en otras palabras, en toda comunidad lingüística o de sentido existe una “exclusión constitutiva” de ciertos significantes/significados por lo que ninguna idea, pensamiento, comportamiento o conducta, está dada de manera inmediata en el propio discurso o acto de habla, siempre hay una inclinación o distorsión en la acción comunicativa misma.

³² Bravo, Armando, “Apuntes para una crítica de la teoría de la argumentación jurídica como componente de la teoría jurídica contemporánea hegemónica”, en *Corpus Iuris*, Facultad de Derecho-UNAM, noviembre 2019, p. 10. Disponible en: http://coordinacioneditorialfacultadderecho.com/assets/apuntes_para_una_critica.pdf
[Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020]

³³ *Idem*.

Este dejo ideológico se debe a que las teorías de la argumentación jurídica siguen atrapadas en la filosofía del sujeto (ego cogito) como ente soberano no determinado por las estructuras sociales y cuya libre voluntad es a prueba de cualquier condicionamiento estructural. Así como en un mundo poscopernicano el enunciado “la tierra gira” excluye a priori un mundo donde la tierra permanece quieta, en nuestras sociedades modernas el enunciado “los jueces imparten justicia al resolver las controversias sociales” excluye de antemano una sociedad donde los jueces no resuelven problemas sociales, sino que los administran, haciendo tolerables ciertas contradicciones sociales.³⁴

Igualmente, las teorías de la argumentación, dadas estas reglas del discurso racional de las que parten, suponen que hay un elemento inmutable que, justificado argumentativamente, explica nuestro acuerdo de manera tal que conduciría a enunciados del tipo “en el derecho poseemos certezas comunes porque acordamos los mismos significados, conceptos, interpretaciones”. Por el contrario, la crítica jurídica, en plena concordancia con la filosofía del lenguaje más consecuente, sostendría que “si no respondemos de la misma manera, es decir, si no manifestamos las mismas certezas, entonces no aprehendemos los mismos conceptos, significados, interpretaciones y somos excluidos de los juegos jurídicos que se realizan con esos conceptos, significados o interpretaciones”.

Ahora bien, el idealismo de las teorías de la argumentación jurídica se deja ver también en su presupuesto más valioso, esto es, en palabras de Habermas, en la tesis de la posibilidad de una argumentación racionalmente motivada. Que es posible argumentar racionalmente, en el derecho, es un presupuesto vital para las teorías de la argumentación jurídica y esto las compromete radicalmente con el problema de una filosofía de la historia de corte hegeliano o teleológico. ¿Por qué? Porque las teorías de la argumentación jurídica son la nueva respuesta a la crisis de legitimidad de las democracias liberales actuales, siguen pensando dentro de dicho horizonte político, reproduciendo la idea de que los excesos de los estados-nación durante el siglo XX fueron completamente “irracionales” pues no se ajustan

³⁴ *Ibidem*, p. 12.

al molde de lo que el estado debe ser y hacia donde debe caminar el progreso de la humanidad.

El papel de legitimación del estado está ahora en manos del poder menos deslegitimado en la práctica social, política y jurídica de las democracias occidentales contemporáneas: el judicial.³⁵ De esta forma, dado que los jueces pasan a ser “los defensores todo poderosos de la forma constitucional y de la reproducción de las relaciones materiales de producción [...] es necesario que por un proceso de disimulación objetivo lo que dicen se presente como “racional”, y de ser así, cualquiera que se oponga a la verdad creada por vía judicial, será solo por locura o incompetencia”.³⁶ Así pues, quien busca la racionalidad de la argumentación jurídica tiene un concepto de derecho comprometido con una concepción de la historia y del ser humano particulares e históricamente determinadas: la historia como un avance inexorable hacia un mundo mejor y el liberalismo individualista con su visión apolítica de las relaciones socio-lingüísticas.³⁷

VI. ¿Es posible una teoría materialista de la argumentación jurídica?

Con lo dicho hasta aquí, ¿qué respuesta provisoria podríamos elaborar a la pregunta que da título al presente trabajo? Podríamos avanzar la idea de que no es posible hacer una teoría materialista de la argumentación jurídica en tanto no nos deshagamos de los presupuestos idealistas que predominan en la actualidad en tales teorías.

Sin embargo, ¿cómo superar la visión teleológica en torno al derecho? Una postura materialista nos indica que por más lejos que busquemos remontarnos con el propósito de encontrar una causa seminal, lo que siempre-ya-ha-sido es el

³⁵ Correas Oscar (coord.), *Criminalización de la protesta social y uso alternativo del derecho*, Ediciones Coyoacán/ Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades-UNAM, Ciudad de México, 2014, pp. 32 y ss.

³⁶ Bravo, Armando, “Apuntes para una crítica de la teoría de la argumentación jurídica como componente de la teoría jurídica contemporánea hegemónica”, *op. cit.*, p. 19.

³⁷ Correas, Oscar, *Razón, retórica y derecho. Una visita a Hume*, Ediciones Coyoacán, Ciudad de México, 2009.

encuentro aleatorio, el advenimiento producto de la concurrencia contingente de elementos. ¿Cómo abrazar, entonces, la idea de que el derecho no tiene una finalidad necesaria establecida de antemano como su *conditio per quam*? ¿Es posible que el derecho funcione abandonando sus mayores certezas? ¿Cómo deshacernos, por ejemplo, de la idea de que el derecho no protege, *a necessario*, la seguridad jurídica de las personas? En cierta medida, consciente o inconscientemente, las teorías de la argumentación jurídica han dado un duro golpe a la idea de seguridad jurídica tal como es entendida en términos del iuspositivismo decimonónico, por ahí comienza a abrirse un camino que habría que profundizar y radicalizar.

Asimismo, ¿cómo destruir el presupuesto de las teorías de la argumentación jurídica que pone al sujeto libre como la causa de las relaciones socio-jurídicas, en suma, del lenguaje/discurso? Antes bien, como hemos visto, los sujetos son más bien la consecuencia, el producto, del lenguaje, de las relaciones socio-jurídicas. Aquí también podemos considerar que las teorías de la argumentación jurídica contemporáneas han efectuado un avance al complejizar el objeto de sus reflexiones: el derecho, ya no lo ven como un conjunto de normas completamente transparentes y que contienen la respuesta a todos los casos concretos. ¿Por qué no hacer lo mismo con el sujeto? Esto parece un límite infranqueable dado que esto sería (re)conocer abiertamente el papel constitutivo de la ideología que da forma al propio discurso jurídico, sería hacer transparente la ideología para sí misma.

La definición más sencilla sobre el materialismo la encontramos en una bella fórmula de Louis Althusser: el materialismo sería aquella posición que aspira a pensar la realidad misma “sin contarse cuentos”.³⁸ ¿Qué quiere decir lo anterior? De manera sencilla, podemos afirmar que la idea es hacernos cargo de la capa ideológica que atraviesa y vela nuestras relaciones sociales, hay que explicar también la ideología que da consistencia a nuestras creencias y prácticas, no simplemente suponerla, es decir, dejarla sin examinar. En palabras del propio Althusser: “Un pequeño cartesiano decía en otro tiempo: ‘vivimos bajo una inmensa capa de aire y sin embargo no sentimos su peso’. Hoy vivimos bajo una prodigiosa

³⁸ Althusser, Louis, “La única tradición materialista”, *op. cit.*, p. 154.

capa de ideología inconsistente y contradictoria (¡incluso no contradictoria!) Y, naturalmente, no sentimos su peso: lo propio de toda ideología es no sólo alimentar a sus actores y a las masas populares de ilusiones masivas, sino además y sobre todo no hacerles sentir su peso”.³⁹ El materialismo, pues, nos ayuda a “sentir” el peso de la ideología, pero no hay nada que garantice que nuestro sentir será el correcto.

Quizá sea posible construir una teoría materialista de la argumentación jurídica cuando respondamos afirmativamente la siguiente pregunta: ¿es posible, en sede judicial, argumentar a favor de la desaparición de los jueces y ganar el juicio?, ¿bajo qué condiciones sería posible y eficaz esa argumentación? No obstante, para cuando tengamos esa respuesta, la misma ya no será necesaria: las propias condiciones que podríamos imaginar para hacer posible y eficaz esa argumentación echan por la borda la idea de que sigan existiendo, en ese momento histórico por-venir, los jueces.

VII. Conclusiones

I. La teoría de la argumentación jurídica contemporánea ha contribuido en gran medida a afianzar la tesis, que cada vez es más común, de que el derecho no es meramente un modelo aplicativo sino es, fundamentalmente, un *modelo argumentativo*, es decir, un modelo donde se deben ofrecer razones a favor de una u otra interpretación, creación y/o aplicación de las normas jurídicas. Este cambio de paradigma, sin embargo, encuentra su condición de posibilidad en la idea, desarrollada por la teoría jurídica de corte analítico, de que *el derecho es lenguaje* o, para ser más precisos, el derecho “aparece” en el uso de ciertas expresiones del lenguaje.

II. Es la propia estructura del lenguaje la que determina que no sea posible revelar, lisa y llanamente, un significado inequívoco, esto es, que no sea susceptible de interpretaciones adicionales por signos, símbolos o significantes posteriores. La estructura del lenguaje es, entonces, lo que hace imposible la estabilidad o inmutabilidad de nuestros acuerdos lingüísticos, de nuestros

³⁹ *Idem.*

discursos, en suma, de nuestras interpretaciones. Por ello, en el caso del derecho, las normas a utilizar para un caso concreto no son nunca transparentes, no son evidentes en sí mismas, se necesita la atribución de un significado a las mismas para hacerlas entrar en operación en un caso concreto, y esto se hace siempre por medio de una interpretación discursivo-argumentativa, es decir, por medio de discursos justificativos.

III. Es de vital importancia reconocer que *las condiciones de producción del discurso son constitutivas del “significado” o “sentido” del propio discurso*. Ello significa que el significado o sentido de todo discurso no está dado de manera inmediata en el propio discurso sino en sus condiciones de producción. De tal suerte, todo discurso, incluidos desde luego los jurídicos, está intrínsecamente constituido por la remisión a otros discursos posibles. Lo que nos lleva a extraer la conclusión de que la producción de discursos se da siempre en el marco de *formaciones discursivo-ideológicas*, las cuales son el suelo que permite discriminar entre los discursos posibles y los no posibles en un momento histórico dado.

IV. El materialismo debe pensar el hecho por consumir y no el consumado, esto es, debe tener siempre presente que el sentido, la causalidad, la necesidad, el fin de todo el orden del mundo advienen una vez que se produce un encuentro, un encuentro que bien *podría no haber ocurrido*. Ya acaecido el encuentro, éste da forma y estabilidad a los elementos que en él se conjugaron. Sin embargo, no estaba en ellos, en tanto elementos aislados, el desenlace de encontrarse. Lo anterior se traduce en el rechazo a toda postura teleológica pues “hay que pensar la necesidad como el devenir-necesario del encuentro de contingentes”.

V. En este orden de ideas, el materialismo rechaza también la idea de sujeto como centro, causa, esencia, fin que gobierna todo proceso contradictorio y llevar esto a sus últimas consecuencias, es decir, el materialista debe postular la tesis de un *proceso sin sujeto*, no es la “libre voluntad” de los sujetos lo que logra/impide el cambio social sino las estructuras sociales que atraviesan y condicionan la subjetividad de los individuos: “el materialismo del encuentro no es el de un sujeto (ya fuese Dios o el proletariado), sino el de un proceso sin sujeto pero que impone

a los sujetos (individuos y otros) a los que domina el orden de su desarrollo sin fin asignable”.

VI. La idea habermasiana de una situación ideal de habla o de potencial consenso universal de los hablantes es una tesis propiamente idealista pues al pensar que toda idea puede ser puesta en cuestión no toma en consideración que las condiciones de producción del discurso son constitutivas del “sentido” del propio discurso. Dicho en otras palabras, en toda comunidad lingüística, o de sentido, existe una “exclusión constitutiva” de ciertos significantes/significados por lo que ninguna idea, pensamiento, comportamiento o conducta, está dada de manera inmediata en el propio discurso o acto de habla, siempre hay una inclinación o distorsión en el seno de la acción comunicativa misma.

VII. El idealismo de las teorías de la argumentación jurídica se deja ver también en su presupuesto más valioso, esto es, en palabras de Habermas, en la tesis de la posibilidad de una argumentación racionalmente motivada. Que es posible argumentar racionalmente, en el derecho, es un presupuesto vital para las teorías de la argumentación jurídica y esto las compromete radicalmente con el problema de una filosofía de la historia de corte hegeliano o teleológico. ¿Por qué? Porque las teorías de la argumentación jurídica son la nueva respuesta a la crisis de legitimidad de las democracias liberales actuales, siguen pensando dentro de dicho horizonte político, reproduciendo la idea de que los excesos de los estados-nación durante el siglo XX fueron completamente “irracionales” pues no se ajustan al molde de lo que el estado debe ser y hacia donde debe caminar el progreso de la humanidad. Este “deber ser” y este “progreso” están anclados a presupuestos antropológicos, epistemológicos y políticos claramente liberales y capitalistas.

VIII. No es posible hacer una teoría materialista de la argumentación jurídica en tanto no nos deshagamos de los presupuestos idealistas que predominan en la actualidad en tales teorías. No obstante, el deshacernos por completo de tales presupuestos implicaría un cambio tan radical en el discurso jurídico hegemónico que la propia idea de argumentación jurídica podría dejar de tener sentido tal como la concebimos hoy en día: ¿es posible, en sede judicial, argumentar a favor de la desaparición de los jueces y ganar el juicio?

Bibliografía

ALTHUSSER, Louis, *Escritos sobre psicoanálisis*, Siglo XXI, México, 1996, p. 75.

ALTHUSSER, Louis, *Para un materialismo aleatorio*, Arena Libros, Madrid, 2002.

ALTHUSSER, Louis, “La única tradición materialista”, en *Youkali. Revista de las artes y el pensamiento*, número 4, diciembre de 2007.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, Ciudad de México, 1999.

BRAVO, Armando, “Apuntes para una crítica de la teoría de la argumentación jurídica como componente de la teoría jurídica contemporánea hegemónica”, en *Corpus Iuris*, Facultad de Derecho-UNAM, noviembre 2019.

CÁRDENAS, Jaime, *La argumentación como derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2018.

CÁRDENAS, Jaime y Márquez, Daniel (coords.), *La Ley General de Responsabilidades Administrativas: un análisis crítico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2019.

CORREAS, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1993.

CORREAS, Oscar, *Razón, retórica y derecho. Una visita a Hume*, Ediciones Coyoacán, Ciudad de México, 2009.

CORREAS Oscar (coord.), *Criminalización de la protesta social y uso alternativo del derecho*, Ediciones Coyoacán/ Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades-UNAM, Ciudad de México, 2014.

Derrida, Jacques, *De la gramatología*, Siglo XXI, Ciudad de México, 2017.

Flores, Imer, “¿Es el derecho un modelo aplicativo?”, en *La filosofía del derecho hoy*, Juan Federico Arriola Cantero y Víctor Rojas Amandi (coords.), Porrúa, Madrid, 2010.

Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1999.

Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Universidad de los Andes/ Pontificia Universidad Javeriana/ Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2005.

Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2013.

Nietzsche, Friedrich, *El crepúsculo de los ídolos*, en *F. Nietzsche*, Tomo III, Gredos, Madrid, 2011.

Saussure, Ferdinand de, *Curso de lingüística general*, Akal, Madrid, 2019.

Tamayo, Rolando, “Lenguaje del derecho y demiurgia jurídica (Entre actos ilocucionarios y actos mágicos)”, en *Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, número 13, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Ciudad de México, 1993.

Weber, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979.