

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO,
MORAL Y POLÍTICA**



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5314055700

618284280

125081871

**LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN
Robert Alexy**

**Tesis dirigida por el
Profesor Dr. D. José Iturmendi Morales
Catedrático de Filosofía del Derecho de la U.C.M.**

**Presentada por
D. José Antonio Pinto Fontanillo
Para la obtención del grado de Doctor**

24475

I



BIBLIOTECA

ÍNDICE GENERAL

Nº PAG.

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

PRIMERA PARTE

DISCURSO JURÍDICO Y SOCIEDAD. FUNDAMENTOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO 1 DERECHO Y SOCIEDAD	6
1.1 LA SOCIEDAD "FIN DE SIGLO" Y EL PAPEL DEL DERECHO	6
1.2 EL ESTIGMA DEL DERECHO POR SU VINCULACIÓN AL PODER	10
1.3 LA SOCIEDAD <i>JURIDIFICADA</i>	14
1.4 EL CONCEPTO DE DERECHO EN ALEXY	17
CAPÍTULO 2 DERECHO Y MORAL	20
2.1 LA NATURALEZA DE LA MORAL	21
2.2 ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA MORAL	23
2.3 JUSTICIA DE ACUERDO CON EL DERECHO	24
2.4 LA <i>TESIS DE LA VINCULACIÓN</i> EN ALEXY	27
2.5 LA <i>TESIS DE LA SEPARACIÓN</i> EN NORBERT HOERSTER Y OTROS	30
CAPÍTULO 3 SISTEMAS JURÍDICOS	34
3.1 CODIFICACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO	36
3.2 IUSNATURALISMO, DISCURSO RACIONAL Y ARGUMENTACIÓN	39
3.3 EL POSITIVISMO	41
3.4 EL ULTRARRACIONALISMO	45
3.5 EL DECISIONISMO	47
3.6 SISTEMAS DE PARTICIPACIÓN O CONSENSUALES	48
CAPÍTULO 4 NORMAS, REGLAS Y PRINCIPIOS	51
4.1 UN CONCEPTO DE NORMA	52
4.2 NATURALEZA DE REGLAS Y PRINCIPIOS	55
4.3 CRITERIOS DE VALIDEZ DE LAS NORMAS	56
4.4 TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS Y TEORÍA DE LOS VALORES	57
4.5 TRES MODELOS Y TRES NIVELES	59

CAPÍTULO 5 DISCURSO RACIONAL	61
5.1 LA IDEA DE DISCURSO RACIONAL	62
5.2 TEORÍAS POSIBLES DEL DISCURSO	62
5.3 LA TEORÍA DEL DISCURSO COMO TEORÍA PROCEDIMENTAL	63
5.4 FUNDAMENTACIÓN Y REGLAS DEL DISCURSO	65
5.5 CRÍTICA A LA TEORÍA DEL DISCURSO EN GENERAL	66
CAPÍTULO 6 DISCURSO JURÍDICO	68
6.1 CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN	69
6.2 LA LÓGICA DEL DISCURSO JURÍDICO	70
6.3 NECESIDAD Y DISCRECIONALIDAD	78
CAPÍTULO 7 DERECHOS Y ARGUMENTACIÓN	81
7.1 LOS DERECHOS COMO POSICIONES Y RELACIONES JURÍDICAS ..	82
7.2 TEORÍA DE LOS DERECHOS	84
7.3 LA TESIS DE LOS DERECHOS Y EL DISCURSO RACIONAL.....	86
7.4 DERECHOS Y RAZONAMIENTO JURÍDICO	87
CAPÍTULO 8 ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA	89
8.1 EL LENGUAJE DE LA ARGUMENTACIÓN	90
8.2 ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN	93
8.3 VARIABLES HISTÓRICAS Y METODOLÓGICAS DE LA ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA	96
8.4 LA APORTACIÓN DE ROBERT ALEXY	98
CAPÍTULO 9 ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	100
9.1 NOCIÓN DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	101
9.2 ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	103
9.3 VARIABLES HISTÓRICAS Y METODOLÓGICAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	106

SEGUNDA PARTE

CONTEXTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DE LA ARGUMENTACIÓN EN ROBERT ALEXY

CAPÍTULO 10 JUSTIFICACIÓN	115
10.1 LA FUNDAMENTACIÓN DEL MÉTODO JURÍDICO	116
10.2 RESPUESTA A LAS DEMANDAS ACTUALES DE LA SOCIEDAD ..	118
10.3 IDEAS PARA ENCUADRAR LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN UN MARCO DE JUSTIFICACIÓN MÁS AMPLIO	122
10.4 NECESIDAD DE UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ACORDE AL DEBATE METODOLÓGICO ACTUAL	125
CAPÍTULO 11 IDEAS FUNDAMENTALES	129
11.1 UNA CONCEPCIÓN PECULIAR DEL DISCURSO	130
11.2 TEORÍA ANALÍTICO-NORMATIVA DEL DISCURSO JURÍDICO.....	132
11.3 LOS DERECHOS Y EL DISCURSO JURÍDICO	135
11.4 LA TESIS DEL "CASO ESPECIAL", CON LÍMITES	139
11.5 LOS TRES NIVELES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	142
11.6 ARGUMENTACIÓN, JUSTIFICACIÓN Y DECISIÓN	147
CAPÍTULO 12 FUENTES FILOSÓFICAS	152
12.1 LA ÉTICA ANALÍTICA	153
12.2 LA ÉTICA JURÍDICA EN KANT	161
12.3 JÜRGEN HABERMAS Y LA ÉTICA DISCURSIVA	167
12.4 LA ESCUELA DE ERLANGEN	172
CAPÍTULO 13 FUENTES JURÍDICAS	179
13.1 LA TÓPICA Y RETÓRICA JURÍDICAS	181
13.2 STEPHEN TOULMIN	188
13.3 GUSTAV RADBRUCH Y RONALD DWORKIN	191
13.4 NEIL MACCORMICK	197
13.5 NORBERT HOERSTER	204
CAPÍTULO 14 LAS PRINCIPALES TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	209
14.1 LA TÓPICA JURÍDICA	210
14.2 LA ARGUMENTACIÓN RETÓRICA	214
14.3 LA ARGUMENTACIÓN EN STEPHEN E. TOULMIN	217
14.4 LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK	222

TERCERA PARTE

LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ROBERT ALEXY A TRAVÉS DE SUS CONCEPTOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO 15	230
Todo el complejo campo de las acciones prácticas (de la acción moral, en suma), admite un tratamiento o explicación racional	
15.1 DEL SENTIMIENTO A LA RAZÓN	231
15.2 LA POSIBILIDAD DEL LENGUAJE DE LA MORAL	232
15.3 ACCIÓN MORAL Y RAZÓN PRÁCTICA. EL CONCEPTO KANTIANO DE RACIONALIDAD PRÁCTICA	235
15.4 <i>CRÍTICA</i>	239
CAPÍTULO 16	241
La pretensión de argumentar supone un intento de articular una verdadera acción comunicativa	
16.1 ACCIÓN COMUNICATIVA Y CONTEXTO DIALÉCTICO	242
16.2 LA COMUNICACIÓN “ORGANIZADA”: LOS ACTOS DE HABLA ..	244
16.3 ACCIÓN COMUNICATIVA Y ARGUMENTACIÓN	246
16.4 <i>CRÍTICA</i>	251
CAPÍTULO 17	253
La acción comunicativa se apoya en un uso racional del lenguaje	
17.1 UN DISCURSO RACIONAL DE INSPIRACIÓN KANTIANA	253
17.2 LA DIFERENCIA ENTRE ACCIÓN Y DISCURSO (HABERMAS)	257
17.3 MODELO DIALÉCTICO DE DISCURSO RACIONAL	259
17.4 EL PRINCIPIO DE RAZÓN	262
17.5 <i>CRÍTICA</i>	265
CAPÍTULO 18	267
Intencionalidad, inteligibilidad y veracidad son condiciones inexcusables de un uso racional del lenguaje	
18.1 RAÍCES DE ESTOS CONCEPTOS	268
18.2 TEORÍAS DE LA VERDAD	272
18.3 <i>CRÍTICA</i>	276

CAPÍTULO 19	278
Esta racionalidad supone el consenso de los implicados o afectados por estas acciones	
19.1 CARACTERIZACIÓN DEL CONSENSO	279
19.2 CONSENSO DE MEDIOS (DE LA ARGUMENTACIÓN)	281
19.3 CONSENSO DE FINES (DE LA ARGUMENTACIÓN)	283
19.4 ARTICULACIÓN DE MEDIOS Y FINES EN ALEXY	286
19.5 <i>CRÍTICA</i>	289
CAPÍTULO 20	291
El consenso implica, a su vez, el acuerdo sobre verdad (validez) y corrección de los argumentos	
20.1 LA VERDAD COMO VALOR ESTRUCTURAL DE LA DISCUSIÓN .	292
20.2 LA CORRECCIÓN COMO VALOR FUNCIONAL DE LA DISCUSIÓN PRÁCTICA	295
20.3 ELEMENTOS DE INTEGRACIÓN DE AMBAS EN ALEXY.....	298
CAPÍTULO 21	304
Por tanto: la argumentación no se puede fundamentar en un uso convencional del lenguaje , sino en un uso argumentativo	
21.1 NIVEL ESTANDAR DE LA ARGUMENTACIÓN: EL USO “CONVENCIONAL” DEL LENGUAJE	305
21.2 NIVEL ORGANIZADO DE LA ARGUMENTACIÓN: EL USO “ARGUMENTATIVO” DEL LENGUAJE (S. TOULMIN).....	308
21.3 TRANSPOSICIÓN AL MODELO DE ALEXY.....	311
21.4 <i>CRÍTICA</i>	314
CAPÍTULO 22	315
El consenso supone la aceptación implícita del mejor argumento posible de entre todos los participantes posibles: situación ideal de habla	
22.1 UN MARCO TEÓRICO PARA LA ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA ..	316
22.2 CARACTERÍSTICAS DE LA <i>SITUACIÓN IDEAL DE HABLA</i>	318
22.3 EL <i>AUDITORIO UNIVERSAL</i>	320
22.4 <i>CRÍTICA</i>	322

CAPÍTULO 23	324
La situación ideal de habla es un "desiderátum" de partida irrenunciable, si bien no sea fácticamente alcanzable	
23.1 UTOPIA Y ARGUMENTACIÓN	325
23.2 LA COMUNIDAD IDEAL DE DIÁLOGO	326
23.3 LA INTERPRETACIÓN "APLICATIVA" DE ROBERT ALEXY	328
23.4 CRÍTICA	331
CAPÍTULO 24	332
El discurso práctico general es perfectamente fundamentable en reglas, si bien tiende a un decurso lógico hacia el infinito	
24.1 JUSTIFICACIÓN INTERNA Y JUSTIFICACIÓN EXTERNA. CASOS FÁCILES Y CASOS DIFÍCILES	333
24.2 LA NATURALEZA DE LAS REGLAS DEL DISCURSO	335
24.3 CARÁCTER DE LAS REGLAS	337
24.4 TIPOS DE REGLAS	338
CAPÍTULO 25	341
El discurso jurídico es "sólo" un caso especial del discurso práctico general	
25.1 LA CONEXIÓN CLASIFICANTE: UN MODELO DE DERECHO "MORAL"	342
25.2 UN MODELO DE DERECHO "CORRECTO"	345
25.3 EL DISCURSO PRÁCTICO COMO SOPORTE DEL DISCURSO JURÍDICO	347
25.4 EL DISCURSO JURÍDICO COMO UN "CASO ESPECIAL" DEL DISCURSO PRÁCTICO	351
25.5 CRÍTICA	354
CAPÍTULO 26	356
El discurso jurídico (a diferencia del discurso práctico) ha de cumplir, también, con reglas específicas	
26.1 MARCO DE ACTUACIÓN DEL DERECHO	357
26.2 ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO Y EL LEGALISMO	360
26.3 TIPOS DE REGLAS	364

CAPÍTULO 27	368
El discurso jurídico ha de ser solidario, además, con la dogmática, el precedente y la ley	
27.1 LOS LÍMITES DEL DERECHO	369
27.2 LAS TRES VÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	371
CAPÍTULO 28	377
El discurso jurídico tiene finalidad ejecutiva ; es decir, lleva incorporada la necesidad de cerrar el círculo racional discursivo con alguna de sus producciones: dogmática, normativa y provisión de sentencias	
28.1 LA RETROFUNDAMENTACIÓN DE LAS REGLAS Y EL DÉFICIT DE RACIONALIDAD DEL DISCURSO JURÍDICO	378
28.2 EL CUARTO TRAMO DE LA ARGUMENTACIÓN: DE LA DECISIÓN A LA SENTENCIA	381
CAPÍTULO 29	387
El discurso jurídico tiene tres momentos: ideal, racional y real , en los que se constituye y se fundamenta	
RESUMEN Y CONCLUSIONES	389
NUEVE CRÍTICAS GENERALES A LA TEORÍA	434
ANEXO: TABLA DE LAS REGLAS Y FORMAS ELABORADAS	439
OBRAS DEL AUTOR	449
BIBLIOGRAFÍA	452

INTRODUCCIÓN

La sociedad moderna, culturalmente heterogénea e ideológicamente plural, incorpora a la tradicional pregunta sobre el origen, validez y naturaleza de los patrones de comportamiento de orden práctico, la de la fundamentación de los **contenidos jurídicos** como soporte último de la racionalidad moral y de todo lo que se entiende como ámbito de lo civil.

El intento de explicación de una realidad jurídica desde la tradición, representada en los lugares comunes de los principios, en la retórica como recurso y en la lógica formal como método para abordar los fenómenos concretos desde el esquema general, resulta insuficiente para la tarea investigadora de este final de siglo, donde surgen algunos autores que desde un punto de partida menos rígido, creen encontrar explicación cumplida a la génesis del tejido jurídico en la propia dinámica del **argumentar** bajo unos cánones de racionalidad.

La **realidad jurídica** es así entendida como **realidad procesual de carácter discursivo**, encuadrada en una práctica general de la que forma parte y de la que se distingue para tomar carta de naturaleza en: tener exigencias propias, formar parte de una teoría general de la sociedad y producir acciones de ejemplaridad obligada.

En este planteamiento marco se organiza el pensamiento del autor que más ha desarrollado lo que se viene conociendo como "**Teoría de la argumentación jurídica**". Modelo en el que hemos creído encontrar claves suficientes para poder hablar de una verdadera TEORÍA que explique el origen, validez y límites del "**hecho jurídico**" desde una triple vertiente: **analítica** o de investigación de la estructura de los argumentos; **normativa** o de estudio de la composición de las normas y **descriptiva** o de estudio del soporte empírico que la envuelve.

Una teoría que pretende superar las carencias del positivismo jurídico a la hora de abordar los problemas de la sociedad actual y cuyo objeto es la elaboración de un procedimiento que asegure **la racionalidad de la aplicación del derecho**.

Creemos que el autor podría estar de acuerdo en definir la argumentación jurídica como el **lenguaje del Derecho resultante de la aplicación actual de reglas y principios a la solución de conflictos teóricos y prácticos que la sociedad se plantea en el ámbito del propio Derecho**.

Robert Alexy contempla la argumentación jurídica desde una triple vertiente: **racional, práctico-moral y jurídica**. Es decir, desde la afirmación de unos presupuestos racionales implícitos al uso del lenguaje, unas reglas morales de carácter universal que pueden usarse como presupuestos ético-racionales del derecho y una metodología jurídica que le da el carácter vinculante.

La argumentación jurídica puede ser así considerada como un **caso especial** de la argumentación práctica general subordinada a la ley, a la dogmática y al precedente.

Estructuralmente comprende **tres niveles: el de los principios, el de las reglas y el del procedimiento**. O lo que es lo mismo; los niveles de las reglas y de los principios han de complementarse con un tercero, una argumentación jurídica propiamente dicha que, sobre la base de ambos niveles, asegure una decisión racionalmente fundamentada.

El objetivo último es la obtención de una **única respuesta correcta**, planteada en este caso, como una **idea regulativa** que debe presidir todo el proceso.

El análisis de estos supuestos nos lleva a considerar como conclusión final que “**el discurso jurídico tiene tres momentos: ideal, racional y real**, en los que se constituye y se fundamenta”. Tesis ésta no imputable al autor, aunque sí compatible con su planteamiento. Creemos que constituye un paso más en la tarea de explicar la naturaleza última de la argumentación jurídica, pudiendo ser considerada como tesis provisional de una futura fundamentación que excede los propósitos de la presente investigación.

Robert Alexy es profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Kiel. Su teoría de la argumentación jurídica constituye el epicentro de su tarea investigadora de los últimos veinte años, en paralelo con un grupo de autores entre los que podemos citar a Aulis Aarnio, Neil Maccormick y Alexander Peczenik, entre

otros. Hemos abordado el estudio de su teoría en tres fases: En la primera, pretendiendo situarla en el plano histórico-social que le corresponde dentro del panorama jurídico contemporáneo. En la segunda, perfilando su contorno filosófico-jurídico y sus correspondientes raíces e influencias en ambas direcciones. En la tercera, en fin, analizando sus conceptos fundamentales, ordenándolos de manera que pudieran constituir una forma alternativa de formular la propia teoría.

PRIMERA PARTE

DISCURSO JURÍDICO Y SOCIEDAD.

FUNDAMENTOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO 1

DERECHO Y SOCIEDAD

- 1.1 LA SOCIEDAD "FIN DE SIGLO" Y EL PAPEL DEL DERECHO
- 1.2 EL ESTIGMA DEL DERECHO POR SU VINCULACIÓN AL PODER
- 1.3 LA SOCIEDAD *JURIDIFICADA*
- 1.4 EL CONCEPTO DE DERECHO EN ALEXY

1.1 LA SOCIEDAD "FIN DE SIGLO" Y EL PAPEL DEL DERECHO

"El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas" afirma el Tribunal Constitucional Federal¹ en una decisión que marcará un nuevo rumbo a la creación judicial del derecho, como único medio de mantener vivo el ordenamiento frente al déficit de actualidad que le impone la historia. "La ley y el derecho coinciden, de hecho, en general, pero no siempre y necesariamente..."²

Como sabemos, esta necesidad del derecho de traducirse a presente para poder ser útil no le sale gratis a la sociedad a la que sirve. La pretendida eficacia

¹BVerfGe 34, 269 (286 s). El T.C.F. se pronuncia en esta sentencia en contra de lo preceptuado en art. 253 del Código Civil Alemán en lo que claramente parece una decisión *contra legem*.

²ALEXY, R.: *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona 1994, p 18. El autor recupera esta sentencia del T.C. como modelo de reacción ante un ordenamiento positivista que ha perdido buena parte de su vigencia en el año 1973; RODRÍGUEZ MOLINERO, M.: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Librería Cervantes, Salamanca, 1991, [V. "El desarrollo del Derecho superando la ley", p 252].

social sobre la que se apoya es un concepto temporal sujeto a revisión permanente y, si no se revisa, envejece y se envilece. "El derecho y la justicia no se encuentran a disposición del legislador..." había recordado el mismo Tribunal³ en 1968, acotando el marco de *injusticia legal* que el derecho no debe invadir en la nueva línea de apertura hacia los problemas de nuestro tiempo y sobre la base de errores del pasado.

En este papel hay, pues, un fondo de controversia y el derecho, al que se le exige por un lado un claro dinamismo a la hora de revitalizar las zonas esclerosadas del ordenamiento mediante la creación del tejido jurídico necesario, se le recuerda no obstante, la cautela con que ha de abordar ese cometido: se le pide, en definitiva, un *plus* de justificación tanto en el proceso como en el resultado. Así, para transitar desde el principio estático al dinámico y contribuir a la organización de la convivencia social, el Derecho ha de dotarse de recursos propios que aporten coherencia a la toma de decisiones (argumentación jurídica), y ofrezcan consistencia a los resultados (fundamentación). En la propia línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal⁴ se recoge esta necesidad en su resolución de 14 de febrero de 1973 sobre desarrollo del derecho, cuando dice categóricamente que "las decisiones de los jueces deben basarse en argumentaciones racionales"⁵.

Si, consideramos que toda evolución social es positiva, sólo cuando se acompaña de la consiguiente mejora de los derechos de los individuos y que, por

³BVerfGE 3, 225 (232). En esta sentencia el T.C.F. declaraba nula *ab initio* una ordenanza del régimen anterior.

⁴BVerfGE 34,269 (287).

⁵ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de M. Atienza e I. Espejo, del título original *Theorie der juristischen argumentation*, Surkamp, Frankfurt del Meno, 1978, reimpresión Frankfurt del Meno, 1983), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p 19.

Existe nueva reimpresión de esta obra, de marzo de 1997, que no tomamos en cuenta al remitirse íntegramente a la edición mencionada (N. del A.)

contra, estaríamos hablando de desarrollos parciales de la ciencia, la técnica o la cultura, sin connotaciones manifiestamente beneficiosas cuando no se hacen acompañar de un cambio tangible en la potenciación de esos derechos, tendríamos que convenir en que esto que se ha dado en llamar sociedad "fin de siglo" es, pese a muchas matizaciones, una sociedad evolucionada.

Buena parte de las reflexiones que aquí se van a desgarnar sobre obra y autor parten de este considerando: que existe esta evolución, que existe por tanto una revalorización del papel de los derechos y más concretamente de los derechos fundamentales, que ello se corresponde con sociedades que inequívocamente denominamos occidentales y avanzadas hasta hacer equivalentes los términos, y que, en fin, se sustentan invariablemente en sistemas de gobierno democráticos: "Mi tesis, es que hay una relación interna entre la teoría de los derechos y la teoría del razonamiento jurídico. No puede haber una teoría de los derechos sin tener una teoría del razonamiento jurídico, y una teoría del razonamiento jurídico adecuada presupone una teoría de los derechos"⁶ adelanta Robert Alexy en esta afirmación comprometedora para el posterior desarrollo de su trabajo.

Se trata de un concepto del derecho que se va haciendo, a base del reconocimiento de los derechos como único soporte válido para la obtención de un ordenamiento -jurídico- de la sociedad, a través del razonamiento -jurídico- participativo y social.

⁶ALEXY,R.: 1991, "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional", texto leído en el Simposio sobre Problemas de Argumentación en el marco del Primer Seminario Eduardo García Máynez, ITAM-Escuela Libre de Derecho, trad. de Pablo Larrañaga, México, 1991, en *Derecho y razón práctica*, 1ª ed., México, 1993, p 23.

Atrás, muy atrás, quedan otros modelos de derecho válido, sobre todo en su aspecto formal, pues la cuestión subsiguiente siempre será la de preguntarse por las condiciones reales en que ese razonamiento participativo se da; es decir, si la autonomía individual en la conformación del derecho vigente a través del discurso racional primero, y del jurídico después, es más que un mero constructo teórico que nos haga abandonar el viejo paradigma de E.A. Ross que vio al derecho como *the most specialized and highly finished means of social control*.

Este concepto de derecho, en fin, no surge como paradigma intelectual precisamente, sino desde la experiencia reciente de los efectos que en la sociedad han provocado apuestas más radicales como la vivida en Alemania con el positivismo nacionalsocialista. No es casualidad que sea en este país donde más auge tengan las *teorías procedimentalistas de la justicia*⁷ "las cuales contemplan el derecho correcto como un producto del proceso de concreción del mismo". La pregunta sobre el "derecho correcto" nos lleva a plantearnos si tendrá "un fundamento material u objetivo, si podrá ser considerado como un producto acabado o podrá ser también entendido como proceso".

Si alguna característica define a la sociedad actual, lo que se entiende por sociedad post-industrial, es la de incorporar la diversidad en cada una de sus múltiples expresiones como modelo de un desarrollo integral y verdadero⁸. Asumido que la conflictualidad es un motor de cambio necesario, se viene a reconocer

⁷KAUFMANN, A.: "Panorámica histórica de los problemas de la Filosofía del Derecho", trad., de Martínez Bretones y Robles Morchón, en *El Pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid 1992, pp 47 a 141.

⁸V. para este tema, RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.: *Derecho y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1979

igualmente que es indispensable la reconducción permanente de la misma, en aras de una conservación de aquellos valores que se consideran patrimoniales de un modelo cultural evolucionado. Para ello es necesario un acuerdo en el nivel social que, convalidado en el plano institucional, sea llevado en último término y para garantizar el compromiso adquirido a un ordenamiento jurídico que le proporcionará carta de naturaleza.

A este concepto procedimental del derecho no se llega sino desde la necesidad de buscar a través del consenso en que se basa toda noción de razonamiento, las soluciones que la sociedad de hoy demanda y que no han quedado suficientemente resueltas con otros modelos jurídicos.

1.2 EL ESTIGMA DEL DERECHO POR SU VINCULACIÓN AL PODER

Sabido es que el derecho estará siempre bajo la sospecha de ser un brazo armado del poder. En la tradición lo podemos reconocer bajo un enfoque pesimista en Hobbes⁹, optimista en Rousseau¹⁰ y pragmático en Bentham¹¹.

⁹Cfr. HOBBS, Th.: *Leviatán*, Editora Nacional, Madrid, 1983

¹⁰Cfr. ROUSSEAU, J.J.: *El Contrato Social*, SARPE, Madrid, 1983; *Ibidem*, *Escritos de combate* (trad. cast de S. Masó), Alfaguara, Madrid 79

¹¹Cfr. BENTHAM, J.: *Principles of Morals and Legislation*, en *Works I*, ed., de J. Bowring (ed. Original, Edimburgo, 1938), Nueva York, 1963; BENTHAM, J.: *Of Laws in general*, Ed. De H.L.A. Hart, London, 1970

Sin embargo, la posición actual, desde una perspectiva del derecho como proceso de discusión, representada en uno de sus máximos exponentes como es el caso de Aulis Aarnio¹², es muy diferente: "Las bases económicas de la sociedad o de sus relaciones de poder no tienen, por lo general, un efecto directo en el derecho..., el estrato ideológico de la sociedad funciona como un *medium*. Su efecto se manifiesta en la moral, la religión y otras formas de cultura o de códigos éticos; el efecto entre las estructuras básicas del derecho y la sociedad no es paralelo. El sistema jurídico reinfluye en la sociedad, ya que el derecho forma también relaciones sociales. Por tanto, hablar acerca del derecho como sistema de poder, o como un genuino sistema de reglas, es sumamente erróneo"¹³

Una variante del poder, la que más nos interesa aquí por otra parte, que atañe a la dialéctica de la argumentación, es la de la autoridad como cauce legítimo de expresión en los contenidos del derecho a través de su génesis.

Algunos autores, como es el caso de Perelman¹⁴, que creen que la argumentación jurídica en tanto que paradigma de la argumentación retórica constituye la expresión más válida del derecho, entienden sin embargo que su

¹²AARNIO,A.: *Lo Racional como razonable*, (Título original en inglés: *The rational as reasonable. A Treatise on legal justification*, D. Reidel Publishing Company, 1987, versión castellana de E. Garzón Valdés y Ruth Zimmerling), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp 30 y ss

¹³Nota del autor.: Si bien no hemos encontrado referencia directa alguna en Alexy sobre al asunto del poder, su punto de vista no debería diferir mucho del que manifiesta Aarnio, dada la semejanza de la genealogía de sus respectivas Teorías sobre la argumentación jurídica.

¹⁴PERELMAN,Ch.: *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. de Díez Picazo, del Título original: *Logique juridique-nouvelle rhetorique*, Dalloz, París, 1976), Civitas, Madrid, 1979, pp 232 y ss

característica más significada es la controversia, de la que sólo se saldrá mediante la imposición de una decisión por vía de la autoridad.

Si bien, Perelman "considera su teoría como una teoría lógica en sentido amplio"¹⁵, la tomamos aquí en tanto que supone un punto de inflexión en la evolución histórica de esta pragmática del derecho. Pragmática que, que desde él, empieza a tener el carácter procedimental en el que se insertan las nuevas corrientes, la de nuestro autor incluido, que se consideran superadoras de las hasta entonces vigentes teorías analíticas de la argumentación.

A nuestro propósito conviene citar brevemente la línea evolutiva sufrida por el derecho y los modelos de razonamiento jurídico que el propio Perelman esboza. Según él, la evolución experimentada por el derecho y que bien podría traducirse en madurez, tiene un recorrido acorde con la propia evolución de los modelos de razonamiento.

El derecho "se elabora según un modelo dialéctico o argumentativo", en sus orígenes romanos; pasa por un modelo de "jurisprudencia universal fundada en principios racionales", esta vez ya de carácter deductivo, y llega a la revolución francesa a través del concepto de "producto de la voluntad general" en Rousseau. Con el código napoleónico la expresión del derecho proveniente de la soberanía nacional se sustenta en sistemas jurídicos sólidos, en detrimento de las intervenciones de los jueces cuyas decisiones por primera vez habrán de ser motivadas.

¹⁵ALEXANDER, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989, pp 157 y ss

Tras el código napoleónico la suerte del razonamiento jurídico se concreta en tres teorías o formas de ejecución del mismo. La primera, la *escuela de la exégesis* basada en un razonamiento deductivo argumentado silogísticamente; ni la racionalidad ni la eficacia social preocupan al juez, sino sólo que su sentencia sea conforme a derecho. En la concepción *teleológica, funcional y sociológica*, que circula en torno a la obra de Jhering desaparecen los sistemas cerrados y emerge la figura de un legislador que utiliza el derecho para "alcanzar ciertos fines y promover ciertos valores". Aquí la tarea argumentativa del juez es descubrir y respetar la voluntad del legislador. La concepción *tópica*, en fin, abre las puertas a las actuales teorías de la argumentación jurídica al conceder al juez la posibilidad de recurrir no sólo a los principios generales del derecho, sino a sus lugares comunes o *tópicos*. Lo que pretende aportar la *tópica* es un reforzamiento de las decisiones, conjugando equidad y seguridad jurídica, donde las soluciones sean "no sólo conformes a la ley sino también equitativas, racionales y aceptables".

Sobre la estela de la *tópica* aparecerían las modernas teorías procesales de la argumentación jurídica, entre ellas, con especial relevancia la de Robert Alexy, en la que el juez goza de una libertad relativa con respecto al legislador, siempre que se mueva dentro del campo de las decisiones no sólo razonables sino razonadas.

Estaríamos, pues, a estas alturas en un modelo de Derecho con, al menos, una mayor capacidad de reacción a la instrumentalización por cualquier forma de poder.

1.3 LA SOCIEDAD JURIDIFICADA

Buena parte de la herencia iuspositivista que hemos recogido se traduce en un afán por codificar los comportamientos sociales en los hilos del derecho, hasta un punto que bien podemos hablar de la nuestra como de una sociedad "juridificada".

De esta situación emergen dos modelos entre los que cabría situar el pensamiento jurídico contemporáneo¹⁶. Por un lado, Radbruch con sus *Elementos de filosofía del derecho*, obra superadora de su inicial trayectoria positivista, donde la idea de justicia como soporte sustancial del ámbito de lo jurídico, culmina con una idea del derecho "más allá del derecho natural y del positivismo". De otro lado, hemos de considerar el modelo jurídico discursivo de Habermas, donde la idea de justicia que debe inspirar el buen hacer del derecho¹⁷, debe surgir de un proceso cooperativo de búsqueda de soluciones por parte de los actores, ya sean en primer o segundo grado¹⁸.

Si bien estamos sin duda más cerca de este segundo modelo, de alguna manera siguen existiendo cuatro modelos jurídicos característicos:

¹⁶KAUFMANN,A.: *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, 1992, p 43

¹⁷HABERMAS,J.: *Legitimation Crisis*, (discusión sobre la justificación de las normas), Boston, 1975, pp 105 y ss; HABERMAS,J.: "Legitimation Problems in the Modern State", en , *Communication and the Evolution of Society*, Boston, 1979, pp 185 y ss

¹⁸ALEXY,R.: "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", *Ratio Juris*, V. 2, nº 2, 1989, p 172. (El autor introduce una distinción en cuanto a la percepción de los actos jurídicos: la del observador y la del participante, de la que más adelante se entrará en detalles); Cfr. GARCÍA MARZÁ, V.D.: *Ética de la justicia: J. Habermas y la ética discursiva*, Tecnos, Madrid, 1992

a) El modelo abstracto-natural, como forma más pura del iusnaturalismo, que ofrece la ventaja de que puede llegar al consenso a través de principios y normas particulares del derecho natural, libre de connotaciones metafísicas; si bien su argumentación adolecería de falta de concreción a la problemática social actual. En este sentido es abstracto¹⁹. Por otra parte, la idoneidad y significación de las propuestas naturalistas a los problemas de hoy no es probable que se basaran en el acuerdo. En este sentido es débil²⁰. La sociedad de hoy necesitaría propuestas basadas en la actualidad, el fundamento y el consenso.

b) El modelo existencial histórico, o de Derecho cambiante.

c) El modelo cultural, que bajo la pretensión de dar una respuesta segura, "ordenada" (es decir, que venga del ordenamiento jurídico, en el caso de que resuelva conflictos), lleva al derecho a asumir un protagonismo cada vez mayor en una sociedad que deposita en él buena parte de las esperanzas para regular la acción social.

Tradicionalmente la cultura jurídica, con mayúsculas, es la reservada a la comunidad científico-jurídica; es decir, es un campo acotado para iniciados: lo que Friedmann²¹ llama cultura jurídica interna.

¹⁹KAUFMANN,A.: *Ibidem*, p 158

²⁰*Ibidem*, p 159

²¹FRIEDMANN,L.M.: *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, pp 371 y ss. La cita está tomada de PECES BARBA,G., *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, 1983, p 85: "Podemos distinguir, en relación con la cultura, la cultura jurídica externa, de la cultura jurídica interna. La cultura jurídica interna es la cultura jurídica propia de aquellos miembros de la sociedad que desempeñan actividades jurídicas especializadas. Mientras todas las sociedades tienen una cultura jurídica, sólo las sociedades en las cuales existen especializaciones y profesiones jurídicas, tienen además cultura jurídica interna..."

d) El modelo específico-racional: procesual-argumentativo (de Alexy y otros) que responde a una noción genérica que entiende la génesis del derecho como un proceso plural, de amplia participación social, que incluiría no sólo la cultura jurídica interna, sino también la externa; es decir la de la población común.

Incluye una idea de un desarrollo integral de las ciencias, tanto empíricas como sociales, de una 'revisión' de los derechos fundamentales o, lo que es lo mismo, es un modelo adscrito a lo que se llama estado de derecho, escenario adecuado para que se cree, adapte y desarrolle el derecho. Otras dos reflexiones autorizadas, además de la de Alexy, la constituyen la de Aulis Aarnio²² y la de Alexander Peczenik. Para el primero, la incertidumbre de los contenidos es la nota dominante de un sistema jurídico propio de eso que llamamos un estado de derecho, que debe abordarse desde dos únicas coordenadas: respetar la *estabilidad* y procurar la *flexibilidad*.

Alexander Peczenik²³ lo plantea en términos de conflicto entre derecho y responsabilidad, una tensión entre previsibilidad y justicia, teniendo como fin la equidad: "lo que no está justificado no es correcto". A la noción de 'legalismo' puro y duro contrapone este autor el amplio concepto de 'cultural progress'.

²²AARNIO,A.: *Lo racional como razonable*, p.33, "... la maquinaria legislativa es demasiado pesada y lenta como para responder con la suficiente celeridad a cada pedido de reforma. Por ello surge la tensión entre las normas y la realidad social existente. Sólo si se deja de lado la letra de la ley es posible reducir esta tensión. Es decir: *interpretando* las regulaciones jurídicas". (...) "La estabilidad y las normas estrictas requeridas por la estabilidad se encuentran en estrecho contacto con la llamada ideología del Estado de derecho.

²³PECZENIK,A.: "Non equivalent transformations and the law" en A. Peczenik y J. Usitalo (comps.), *Reasoning on Legal Reasoning*, Vammala 1979, pp 47 y ss [V. nota nº 2 en ALEXY,R.: "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica" (trad. de E. Garzón Valdés), en *Derecho y filosofía*, Fontamara, México, 1992, incl. en *Derecho y razón práctica*, México, 1993, p 59]

En definitiva, de esta última propuesta tendríamos la idea de una sociedad más moderna, más flexible, más legalista y más justificadora de decisiones; un modelo en suma en el que el Derecho sale fortalecido y se impone como solución de buena parte de los problemas²⁴.

1.4 EL CONCEPTO DE DERECHO EN ALEXY

Teniendo en cuenta que la propia fundamentación del Derecho tiene un carácter de controversia y que no es en absoluto indiferente al campo de la argumentación el punto de vista del que se parte con respecto a dicha fundamentación, estamos obligados a acotar ese punto aun a costa de perder pretensiones de universalización inherentes a todo proceso argumentativo. Cuando abordamos un discurso teórico lo estamos haciendo desde un plano racional que, si bien da confianza a la argumentación, no alcanza al plano de lo real, es decir, al de los problemas de la sociedad, por lo que no entra en el campo del interés. Podríamos decir que no es útil.

Cuando, a través del discurso racional, queremos tratar lo útil, lo que preocupa a la comunidad, las soluciones que esta demanda para su mejor organización y convivencia, hemos de progresar desde lo convencional a lo conviccional, abordando los matices y exigencias propios de la conflictualidad social desde un plano más comprometido y no sólo con las armas de la razón. Si, como

²⁴Quizá llegando hasta lo que podría denominarse un "Derecho social". V. este punto en SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: *Sociología del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1987, pp 35 y ss; SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: *Curso de Sociología del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967

cree Alexy, la base de un futuro discurso jurídico se encuentra una trama argumentativa de carácter práctico, tendremos que partir de un concepto de Derecho predefinido en el que habrá que establecer su rango de validez.

En nuestro autor podemos reconocer hasta tres formas diferentes de entender el papel actual del Derecho o, si se quiere, otras tantas formas de representación social del mismo según, por otro lado, la mayor implicación que a la sociedad le quepa en cuanto a su definición. En primer lugar habla de un concepto ético del Derecho que prevalecería sobre el concepto sociológico²⁵ y aún del propio concepto jurídico²⁶, de los que más adelante trataremos. "A la teoría del derecho natural y racional subyace un concepto ético de validez. La validez de una norma del derecho natural o del derecho racional no se basa ni en su eficacia social ni en su legalidad conforme al ordenamiento, sino exclusivamente en su corrección, que ha de ser demostrada a través de una justificación moral"²⁷. Esto no quiere decir que no otorgue una importancia más que suficiente a estas dos vertientes con las que, más que una posición excluyente, mantiene un equilibrio tácito, que se manifiesta a la hora de defender argumentos como el de la injusticia²⁸ versus seguridad jurídica, donde su defensa del primero (crítica incluida), no es óbice para no reconocer la necesidad de que compita con el segundo a la hora de dar mayor profundidad y garantía al derecho.

²⁵Cfr. ROTTLEUTHNER, H.: *Einführung in die Rechtssoziologie*, Darmstadt, 1987, pp 54 y ss.

²⁶Cfr. ROTTLEUTHNER, H.: *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Friburgo-München, 1981, pp 91 y ss.

²⁷ALEXY, R.: *El concepto y validez del Derecho*, Barcelona, 1994, p 88

²⁸*Ibidem*, p 67

Asume, de igual modo, que el derecho racional moderno tiene su asiento en los derechos²⁹, concretamente en su expresión máxima como "derechos fundamentales a la dignidad, la libertad y la igualdad. Si a ellos se agregan los conceptos de los fines del Estado y los conceptos estructurales de la democracia, del Estado de derecho y del Estado social, se obtiene un sistema de conceptos que abarca las fórmulas centrales de ese derecho racional moderno"³⁰.

Por último, y como ya hicimos referencia al ubicar al autor en el "modelo específico-racional: procesual argumentativo", el concepto de derecho en Alexy da cuenta de un *plus* de racionalidad a través del consenso donde la metodología de la argumentación jurídica se encargará de convertir en altamente seguro a la vez que justo³¹.

²⁹*Ibidem*, p 179

³⁰ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, p 23

³¹V. *ut supra*, Cap. 1.3

CAPÍTULO 2

DERECHO Y MORAL

- 2.1 LA NATURALEZA DE LA MORAL
- 2.2 ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA MORAL
- 2.3 JUSTICIA DE ACUERDO CON EL DERECHO
- 2.4 LA *TESIS DE LA VINCULACIÓN* EN ALEXY
- 2.5 LA *TESIS DE LA SEPARACIÓN* EN NORBERT HOERSTER Y OTROS

Cualquiera que sea la posición de partida que se adopte con respecto a la fundamentación del derecho y de la moral, no puede desentenderse de la tradición histórica que los vincula, tanto para definirlos desde la independencia mutua, como desde la coimplicación más absoluta.

El posicionamiento de las diferentes corrientes y autores, podemos aquí, y con el único propósito de fijar ubicaciones previas, circunscribirlo a tres modelos básicos: el primero supone la aceptación de que la moral no sólo está íntimamente conexas con el derecho sino que es su raíz, la cuna natural donde nace y desde donde se explicita. El segundo reconoce la conexión, pero sin prioridad histórica del uno sobre el otro, correspondiendo su naturaleza, a distintos momentos del "deber ser". El tercero, en fin, no sólo les exime de la conexión sino que parte del supuesto de que toda vinculación entre la moral y derecho les restaría credibilidad a la primera y legitimidad al segundo.

Esto nos lleva a retomar lo apuntado antes en el sentido de que la moral es, al menos, una coordenada en la que se refleja o recorta el derecho, ya sea para acercarse o para separarse de ella. En sentido estricto podría considerarse un límite a partir del cual el derecho adquiere o pierde sentido.

Este debate que siempre ha estado en el plano de lo conceptual, casi siempre también en el ámbito de lo social, no ha dejado de evidenciarse en el jurídico, donde de tanto en tanto se "recuerda" en la jurisprudencia lo que está en el interés de la sociedad³² y que es reconocido por autores como Norbert Hoerster³³, inequívocamente instalados en una postura autonomista del Derecho.

2.1. LA NATURALEZA DE LA MORAL

Desde el punto de vista previo al que aludíamos, que no implica acercamiento a posición alguna, sí interesa a los propósitos de la investigación ahondar un poco más en lo que hemos llamado naturaleza de la moral.

³²"El derecho de resistencia en contra de todo aquel que intente eliminar el orden constitucional" es reconocido para los ciudadanos en el ámbito de su jurisdicción por la Ley Fundamental de la República de Alemania en el artículo 20, párrafo 4, ya desde 1968.

³³HOERSTER, N.: "El deber moral de obediencia al Derecho", incl., en *En Defensa del Positivismo Jurídico*, Barcelona 1992, p 148. El autor defiende, a propósito del derecho a la resistencia, la irrenunciable exigencia de mantenerlo desde posturas morales y reconoce que la cuestión acerca de un derecho de resistencia entendido *moralmente* conserva su relevancia práctica. Si bien, apunta, "en el caso normal, no existe un derecho moral de resistencia si hay que partir de un deber moral general de obediencia al derecho".

Si le adjudicamos un origen individual, encontramos argumentos sólidos para decantarnos por la tesis de la separación que a continuación veremos³⁴. En cambio si optamos por la versión durkheimiana³⁵ del origen social de la moral acabaremos por toparnos antes o después con un concepto de derecho que supone algún grado de articulación u organización de la moral social³⁶.

En lo que concierne a la argumentación, como expresión cabal del derecho aplicado y como tendremos ocasión de analizar más detenidamente, no cabe duda que le conviene en mayor medida un supuesto origen social de toda moral y, por extensión, de todo derecho, pues es precisamente en lo social donde se da la riqueza de matices en que se nutre³⁷.

³⁴V. "El derecho no puede ser incluido en la categoría de la moral", en GEIGER, Th.: *Moral y Derecho, Polémica con Upsala*, [Título original *Über Recht und Moral -Streitgespräch mit Uppsala-*, trad., de E. Garzón Valdés], Editorial Alfa, S.A., Barcelona, 1982 ["La moral y el derecho son sistemas de comportamiento regular. Pero en ello se agota lo que es común entre ambos desde el punto de vista sistemático. Ni en la esencia de la moral ni en la del derecho hay algo que pudiera establecer una firme relación entre ambos", p 163]

³⁵Cfr. DURKHEIM, E.: *De la división del trabajo social*, Buenos Aires 1967; *Ibidem.*: *L'éducation morale*, París, 1955. [V. también, *Les Formes élémentaires de la vie religieuse*, 5ª ed. 1968]

³⁶BAIER, K.: "Why are we moral?", en *The Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1974, p 295

³⁷Sobre esta idea descansan las dos grandes líneas discursivas de la argumentación: la de la concepción monológica, representada en "el espectador imparcial" de MacCormick y la de la concepción dialógica, representada en la "comunidad ideal de diálogo de Habermas". La idea de una argumentación de carácter dialógico estaría más extendida. (Nota del autor)

2.2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA MORAL

Si bien es cierto que desde cualquier línea de pensamiento que queramos rastrear en el nexo moral-derecho nos encontraremos con dificultades de fundamentación³⁸, hallaremos mayores facilidades si desdoblamos la primera en sus dos elementos esenciales: lo que se ha llamado "moral como estructura" y "moral como contenido"³⁹.

Es en esta fase *en acto* de la moral, donde sus mandatos necesitan revestirse de utilidad para influir en la organización social, donde tiene mayor cabida una explicación de derecho de origen no autonomista, sino como solución al carácter inerte de la moral.

Parece claro que el contenido material del derecho sea la ordenación de la vida social⁴⁰. "Esta perspectiva de la teoría del derecho supone una superación del formalismo desde el que el positivismo normativista ha afrontado el problema del concepto del derecho y la recogida de consideraciones procedentes del sociologismo y del realismo"⁴¹. Lejos del carácter inerte que en ocasiones se le ha adjudicado, es asunto del derecho "el análisis de la materia de las normas, de las relaciones entre los

³⁸RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.: *Derecho y ética*, Tecnos, Madrid, 1977

³⁹ARANGUREN, J.L.: *Ética*, Revista de Occidente, Madrid, 1958; ARANGUREN, J.L.: *Ética y Política*, Ed., Orbis, Barcelona, 1985

⁴⁰[V. "tránsito del derecho a la moralidad" en HEGEL, G.W.F.: *Principios de la filosofía del derecho, o derecho natural y ciencia política* [trad., y prólogo de J.L. Verma], Edhasa, Madrid ["El derecho es y tiene validez por su necesidad como *efectivamente real*, asegurado contra la voluntad individual existente *meramente por sí*", p 167]

⁴¹PECES BARBA, G.: *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, 1984, p 269

hombres, de la vida social humana como contenido las normas primarias y de las normas de conducta; aunque también a través de las normas de organización regula muchas veces conductas humanas, como por ejemplo los comportamientos del legislador o del juez, y en general de todos los operadores jurídicos"⁴².

Esta moral como contenido es desarrollada de dos formas, abstracta la una, mediante el análisis de la argumentación práctica que supone dar cuenta de las continuas valoraciones y controversias que se suscitan en la catalogación de los fenómenos sociales; concreta la otra, a través del análisis de la argumentación jurídica como una de las expresiones más actuales del derecho, en que las valoraciones no sólo tienen una mayor definición sino que tienen consecuencias sociales inmediatas.

2.3. JUSTICIA DE ACUERDO CON EL DERECHO

La pretensión de corrección⁴³ que la moralidad supuestamente otorga al derecho ha de traducirse a niveles de consecución de justicia, concepto éste que le es más cercano e identificable. Es difícil sustraerse a la idea de un derecho no presidido por la justicia⁴⁴, al menos hasta la frontera de lo que llamamos injusticia legal⁴⁵, tras

⁴²*Ibidem*, [V. también, "Materia del derecho: las relaciones entre hombres", en GUASP, J.: *Derecho*, Madrid, 1971]

⁴³ALEXY, R.: "Una concepción teórico discursiva de la razón práctica", incl., en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, 1994, p 139

⁴⁴Cfr. ATIENZA, M.: *Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 1993

la cual todo derecho positivo pasa de ser una solución a ser un problema. Si a esto le añadimos otra pretensión no menos identificable, la de escapar a la *coyunturalidad* y ampliar por tanto el rango de validez, vemos que, históricamente, concepciones del derecho de uno y otro signo han incluido en mayor o menor medida nociones de justicia y/o moral con objetivos de otorgar una mayor solidez a sus planteamientos⁴⁶.

Para la Tópica, es inexcusable a cualquier concepción del derecho: "los principios de éste sólo son aceptables cuando se los liga con el concepto de justicia"⁴⁷. La misma necesidad de justicia preside toda argumentación, donde lo procedimental está subordinado a lo justo, donde "los conceptos que en apariencia son de pura técnica jurídica están supeditados a su verdadero sentido desde la cuestión de la justicia"⁴⁸.

Es a lo que Maccormick se refiere con su concepto de "justicia de acuerdo con el derecho". En este caso, y siguiendo la tradición anglosajona de la regla de reconocimiento de Hart, Maccormick plantea que, en el fondo, los jueces aceptan tal regla por razones morales⁴⁹.

⁴⁵Cfr. HART, H.L.A.: *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, London, 1963. (Uno de los puntos de vista más extremos del positivismo lo representa este autor).

⁴⁶V. para este tema, RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.: *La ética de los valores como ética jurídica*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1972

⁴⁷VIEHWEG, T.: *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1964, p 139

⁴⁸*Ibidem*, p 132

⁴⁹MACCORMICK, N.: "The Ethics of Legalism", en *Ratio Juris*, vol. 2, nº 2, 1989, pp 184-

Aunque en el ámbito anglosajón hay que diferenciar entre *rights* (derechos) y *law* (ley), de lo que se trata, en definitiva, es de aceptar con Maccormick, que al final el derecho está impregnado de un trasfondo ético, lo que él llama "ética del legalismo".

Hoerster se plantea a su vez si existe, al menos en sus rasgos esenciales, un derecho "justo" anterior al derecho positivo. Asume, en contra de autores como Larenz o Fikentscher⁵⁰, que "existen razones que permiten explicar el surgimiento de una concepción objetivista de la norma, aún cuando esta concepción pueda basarse en una ilusión". En lo esencial, Hoerster trata de mostrar que "una norma no puede estar fundada o infundada en sentido objetivo, sino siempre desde el punto de vista del sujeto que sostiene esa norma"⁵¹. No obstante esto, en lo que supone de desapego entre derecho y moral, Hoerster⁵² reconoce un "cierto" deber moral de obediencia al derecho, asumiendo que "las violaciones del derecho son moralmente falsas" de la siguiente manera: en la medida que una acción representa una violación del derecho, es falsa.

Esta conexión es más evidente en Fuller⁵³ y su concepto de moral interna del derecho, basada en dos pilares esenciales: La vocación de generalidad que está

⁵⁰LARENZ,K.: *Richtiges Recht. Grundzüge elner Rechtsethik*, 1979; FIKENTSCHER,W.: *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, tomo 4, 1977, especialmente capítulo 34 ("Obtención de los valores").

⁵¹HOERSTER,N.: *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, pp 50 y ss

⁵²HOERSTER,N.: "El deber moral de obediencia al derecho", incl. en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, p 156

⁵³FULLER,L.: *The Morality of law*, New Haven Conn, 1969, pp 46 y ss

presente en el derecho y la prohibición de su aplicación retroactiva (principio de irretroactividad). Cuestión que se repite en Höffe⁵⁴, para quien el derecho (el sistema jurídico) que no satisface ciertos criterios de justicia pierde su carácter jurídico.

En nuestro autor, esta exigencia de justicia es consustancial al propio sistema jurídico, como se manifiesta en uno de sus caracteres principales: la pretensión de corrección que está en el substrato del concepto mismo del derecho.

2.4. LA TESIS DE LA VINCULACIÓN EN ROBERT ALEXY

A tenor de la cronología de sus obras se observa que el autor, cuya primera edición de la *Teoría de la argumentación jurídica* data de 1978⁵⁵, ha tenido que desandar el camino y aplicarse a justificar dos de los supuestos en que asienta su tesis: el marco de validez del Derecho⁵⁶ en un ámbito no ocupado por el positivismo (al que, dicho sea de paso, no excluye por completo del proceso de la argumentación) y la vinculación entre el Derecho y la moral, esencial para fundamentar el primer tramo de la argumentación: el discurso práctico.

Como ya vimos en el capítulo 1.5 en Alexy predomina el concepto ético del derecho sobre el sociológico y el jurídico, con esto se pone ya de manifiesto que

⁵⁴HÖFFE,O.: *Politische Gerechtigkeit*, Frankfurt, 1987, pp 159 y ss

⁵⁵ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de M. Atienza e I. Espejo, del título original *Theorie der juristischen argumentation*, Surkamp, Frankfurt del Meno 1978 (reimpresión Frankfurt del Meno 1983), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989

⁵⁶ALEXY,R.: *El concepto y la validez del Derecho* (trad. de Jorge M. Seña), Barcelona, 1994

asume una vinculación, por defecto entre la moral y el derecho. El concepto ético de validez no es sino la validez que le viene al derecho por su *pedigrí* moral. "Una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada"⁵⁷.

En el fondo de la teoría de la argumentación se da una pretensión de corrección, que está por encima de servir a la eficacia social o a la propia legalidad conforme al ordenamiento. Así, "a las teorías del derecho natural y racional subyace un concepto ético de validez"⁵⁸ que vincula moral y derecho.

Otro elemento esencial en la tesis de vinculación es el papel de los principios como eje central en el razonamiento jurídico; "el carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que en ellas se plantea una tarea de optimización"⁵⁹ que contribuye, finalmente, a esa pretensión de corrección a la que hemos aludido y que está en la base de toda la teoría. "Dicha tarea es en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo, es siempre también moral a causa de su contenido moral"⁶⁰.

Para Alexy esto es suficientemente concluyente como para asumir que la teoría de los principios es un punto sin retorno lo bastante sólido como para atacar la tesis positivista entre derecho y moral. "Mi tesis -afirma- es que hay una relación

⁵⁷ALEXY,R.: *Ibidem*, p 88

⁵⁸*Ibidem*

⁵⁹ALEXY,R.: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica" (trad. de M. Atienza), en *Doxa 5*, Alicante, 1988 y *Derecho y razón práctica*, México, 1993, p 14

⁶⁰*Ibidem*

conceptual necesaria entre el derecho y la moral, que supone que el positivismo jurídico falla como teoría general"⁶¹.

Esta relación es de naturaleza no sólo clasificante, o lo que es lo mismo, "las normas o los sistemas de normas que no satisfacen un determinado sistema moral no son, por razones conceptuales o normativas, normas jurídicas o sistemas jurídicos"⁶². Se trata también de una conexión cualificante, que supone un nivel de vinculación tal que "las normas o sistemas jurídicos que no satisfacen un determinado criterio moral pueden ciertamente ser normas o sistemas jurídicos pero, son normas jurídicas jurídicamente deficientes o sistemas jurídicos jurídicamente deficientes"⁶³.

La aportación de Alexy en este terreno supone que de lo que se trata es de un déficit de juridicidad y no de moralidad, lo que supondría la descualificación. En este sentido, no se resiste a hablar de una supuesta "conexión ideal" que estaría en la línea de la pretensión de corrección que impera en todo el sistema.

Este concepto de la vinculación es sin duda uno de los más complejos del pensamiento de Alexy. Está basado nada menos que en cinco criterios de distinción ambivalentes⁶⁴. Así, la conexión alcanzará diferentes niveles según partamos de un concepto de derecho libre o no de validez, entre norma y procedimiento, entre

⁶¹ALEXY,R.: "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral", en *Ratio Juris*, v. 2, nº 2, 1989, p 167

⁶²ALEXY,R.: *El concepto y la validez del derecho*, p 32

⁶³*Ibidem*

⁶⁴V. los "criterios tradicionales para distinguir Derecho y Moral" en RODRÍGUEZ MOLINERO,M.: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, pp 84 y ss

participante y observador, entre cualificante y clasificante, y, en fin, entre contexto conceptualmente necesario y normativamente necesario. La interconexión de todos y cada uno de ellos, arroja una combinatoria de la que surgen 64 posibles tesis o niveles de vinculación entre derecho y moral. Ahora bien, la línea de vinculación "fuerte" defendida por Alexy supondría la decantación por los segundos términos de cada uno de los binomios. Es decir, se sustenta una tesis de vinculación máxima, si hablamos de un concepto de derecho no libre de validez⁶⁵, donde predomina el procedimiento, visto desde el punto de vista del participante⁶⁶ (entiéndase el juez u otro agente jurídico similar), bajo un contexto cualificante y normativamente necesario.

2.5 LA TESIS DE LA SEPARACIÓN EN NORBERT HOERSTER Y OTROS

Un punto de vista diametralmente opuesto es el que mantiene la idea de una desvinculación esencial entre moral y Derecho. Como ya hemos apuntado, a quienes defienden esta tesis no les basta con fundamentar el origen primigenio de este último, sino que es tal el arraigo histórico de la conexión que para mantener esa postura diferenciada han de correr con la "carga de la prueba", y aplicarse en justificarla.

⁶⁵KANTOROWICZ, H.: *Der Begriff des Recht* [La definición del Derecho, edición de A. Campbell, trad., del inglés por J.M. de la Vega], Revista de Occidente, Madrid, 1964, pp 32 y ss
DREIER, R.: "Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?", en *Rechtstheorie* 18, pp 374 y ss

⁶⁶El observador tiene para Alexy un nivel de intervención en el sistema jurídico, sensiblemente inferior al participante. Se trataría de lo que hoy llamamos "ciudadano de a pie". Norbert Hoerster lo simboliza en el caso de un americano blanco casado con una mujer de color, que ante la perspectiva de viajar a Sudáfrica, en plena vigencia de las leyes del "apartheid", analiza los detalles jurídicos del viaje.

HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford, 1961, pp 86 y ss, se trata en este caso de la conocida distinción entre el punto de vista interno y el punto de vista externo: *internal/external point of view*

Uno de los autores que con más convicción han defendido este planteamiento es Norbert Hoerster⁶⁷, siguiendo la línea de H.L.A.Hart y J.L.Mackie.

Para él la vinculación entre derecho y moral es injustificable desde el mismo momento en que la ambigüedad del término "derecho" impide que argumentos acerca del positivismo jurídico no puedan establecerse por medio del análisis conceptual, plantea que la esencia del argumento es "una estipulación normativa, una sugerencia para una definición", que sólo puede justificarse por argumentos normativos⁶⁸. Esta especie de círculo entimemático supone que en derecho se puede argumentar con criterios morales sobre una base de una limitación previa del rango de validez a lo moral, pero no a lo jurídico.

En líneas generales puede asumirse que todas las teorías positivistas tienen en común la asunción de la *tesis de la separación*, que viene a decir "que el concepto de derecho ha de definirse de manera que no incluya, en absoluto, ningún elemento de la moral. Consecuentemente, para una teoría positivista, sólo quedan dos elementos definitorios: el elemento de la decisión de la autoridad y el elemento de la efectividad social"⁶⁹.

Hoerster rechaza el grueso de las críticas al positivismo jurídico por entender que no recogen los verdaderos puntos de vista comunes a los positivistas. Estos

⁶⁷HOERSTER,N.: *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, pp 9 a 27

⁶⁸*Ibidem*, pp 20 y ss

⁶⁹ALEXY,R.: "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en *Ratio Juris*, v. 2, nº 2, 1989, pp 167 y ss

Para una más amplia comprensión de las diversas interpretaciones del positivismo jurídico en este punto, V. OTT,W.: *Der Rechtspositivismus*, Berlín, 1976; DREIER,R.: "Recht und Moral" en Ralf Dreier *Recht-Moral-Ideologie*, Francfort del Meno, 1981, pp 180-216

puntos de vista convergerían en cinco tesis, de las cuales la mayoría no serían representativas del positivismo: la tesis de la *ley* (el concepto de derecho sólo podría ser explicado a través del concepto de ley); la tesis de la *neutralidad* (o de la independencia del concepto del derecho respecto de su contenido); la tesis de la *subsunción* (el derecho puede aplicarse en cualquier caso mediante una subsunción libre de valores); la tesis del *subjetivismo* (el derecho recto responde a criterios de naturaleza subjetiva) y la tesis del *legalismo* (el derecho está subyugado por toda norma de derecho y en cualquier circunstancia).

Hoerster⁷⁰ asume únicamente la tesis de la neutralidad y la del subjetivismo. "El iuspositivista exige que el concepto de derecho sea definido a través de criterios puramente formales, neutros con respecto al contenido".

El iuspositivista rechaza la concepción objetivista de la ética jurídica según la tesis del subjetivismo: "los criterios del derecho recto no son de naturaleza objetiva, sino meramente subjetiva"⁷¹.

Para Hoerster buena parte de las imputaciones que se hacen a los iuspositivistas son falsas en lo que se refieren a la subordinación "sin límites" del derecho a la ley (tesis del legalismo) entre los que naturalmente están Kelsen⁷² y Hart⁷³.

⁷⁰HOERSTER,N.: *En defensa del positivismo jurídico*, p 11

⁷¹*Ibidem*, p 14

⁷²KELSEN,H.: *Reine Rechtslehre*, 2º edición, Viena, 1960; KELSEN,H.: *Die allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979 [trad. de M. Torre (de la ed. italiana de M. G. Losano, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985)

⁷³HART,H.L.A.: *The Concept of Law*, 1961, pp 203 y ss

Hoerster alerta de la confusión al uso respecto a un derecho subjetivo entendido en sentido *jurídico* de la palabra, y uno en sentido *moral*. Esa falacia de que el derecho subjetivo a algo tiene que estar basado en el derecho vigente viene del equívoco entre *legal right* y *moral right*⁷⁴.

Por encima de cualquier consideración, la tesis de la neutralidad representa la plena autonomía del derecho con respecto a la moral, o si se quiere la *tesis de la separación*.

Otro de los puntos clave de la línea argumental de Hoerster sobre la tesis de la separación, en lo que se refiere a la propia argumentación es la propia composición argumental en sus tres dimensiones, normativa, empírica y analítica. Es precisamente sobre esta última donde se argumenta la "tesis de la separación", ya que analíticamente no puede establecerse un nexo conceptualmente necesario entre derecho y moral; es decir, "cómo es el derecho y cómo debe ser"⁷⁵.

Un punto de vista de Hoerster especialmente sutil a este respecto es el *argumento lingüístico*, que sobre la base del argumento de la injusticia como determinante en la vinculación afirma que a "la ambigüedad y la vaguedad de la expresión *derecho* no es posible imputarle una vinculación argumental lingüístico conceptual"⁷⁶.

⁷⁴HOERSTER, N.: *Ibidem*, p 18

⁷⁵ALEXY, R.: "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en *Ratio Juris* v 2, n° 2, 1989, p 169

⁷⁶ALEXY, R.: *El concepto y la validez del derecho*, p 46

CAPÍTULO 3

SISTEMAS JURÍDICOS Y ARGUMENTACIÓN

- 3.1 CODIFICACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO
- 3.2 IUSNATURALISMO, DISCURSO RACIONAL Y ARGUMENTACIÓN
- 3.3 EL POSITIVISMO
- 3.4 EL ULTRARRACIONALISMO
- 3.5 EL DECISIONISMO
- 3.6 SISTEMAS DE PARTICIPACIÓN O CONSENSUALES

En tanto que resultado de un proceso, la argumentación tiene diferentes mecánicas para progresar y dar sus frutos. Pueden reconocerse, al menos, cuatro formas esquemáticas de desarrollo de la misma: la primera es la parlamentaria o deliberativa, resultante de una voluntad colectiva. La segunda es la ejecutiva, que presupone el consenso parlamentario o, en todo caso, pospone la fase argumentativa a la decisión. Si consideramos que esta acción ejecutiva es activada como consecuencia del pronunciamiento colectivo, o de una polarización de la opinión pública, bien podríamos entender que se ha producido lo que Habermas llama acción comunicativa, preludeo de argumentación propiamente dicha. La tercera vía es la de la formación del pensamiento dogmático y la cuarta, en fin, la del proceso judicial.

Cada una de estas formas de expresión de la voluntad, con resultado más o menos vinculante para terceros, sólo tiene su expresión cabal cuando la adscribimos a un determinado sistema jurídico. En otras palabras, y tomando como referencia la última de las formas citadas, existe un gran trecho entre una decisión jurídica tomada en un sistema positivista puro, uno liberal y otro en que tenga gran relevancia, pongamos por caso, la participación de un jurado popular.

Entre estas dos coordenadas: la forma (en que se toman las decisiones de alcance jurídico o parajurídico) y el sistema (el cauce político jurídico al que corresponde el ordenamiento en cuestión donde se desarrolla el proceso), tenemos que ubicar la verdadera naturaleza de cualquier proceso argumentativo.

En todo caso es aplicable a cualquiera de estas opciones la dos distinciones fundamentales que plantea Alexy sobre todo debate jurídico: el sistema y el sujeto. Así establecemos una gran diferencia en considerar los sistemas jurídicos como *de procedimientos*, es decir, de "acciones basadas en reglas y guiadas por reglas a través de las cuales las normas son promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impuestas"⁷⁷; o como *sistema de normas*, es decir, "de resultados o productos de procedimientos de creación de normas, cualesquiera que sean sus características"⁷⁸.

En lo que respecta al sujeto éste lo es desde una doble perspectiva: como participante "en una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico está ordenado, prohibido, permitido o autorizado"⁷⁹, es decir, la propia figura del juez. Y

⁷⁷ ALEXY, R.: *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, 1994, p 31

⁷⁸ *Ibidem*

⁷⁹ *Ibidem*

como observador, "quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico, sino cómo se decide de hecho en un sistema jurídico"⁸⁰. Es, en definitiva y tal y como se plantea Fuller, el sujeto pasivo, aquél sobre el que recae el derecho y sus efectos⁸¹.

Como más general que es, analicemos en el punto todavía inicial de este estudio, algunos sistemas especialmente relevantes para nuestro propósito, toda vez que nos permitirán una primera ubicación del autor⁸².

3.1 LA CODIFICACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO

Independientemente de que queramos, o debamos, seguir considerando los diferentes sistemas jurídicos como portadores de su propia trama metodológica, lo cierto es que el fenómeno de la información, que irrumpe ya bien entrado este siglo, supone una actualización a tiempo presente de cualquier decisión jurídica, se tome

⁸⁰ *Ibidem*

⁸¹ V. FULLER, L.: *The Morality of Law*, Londres, 1969, p 193

⁸² V. para este tema, AARNIO, A.: *Lo Racional como Razonable*, (Título original en inglés: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, D. Reidel Publishing Company, 1987, versión castellana de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp 184 y ss; AARNIO, A., ALEXI, R., y PECZENICK, A.: "The Foundation of Legal reasoning", en *Rechtstheorie*, n.º. 12, 1981, pp 133-158, 257-279 y 423-448; ALCHOURRÓN, C.E.: "Systematization and Change in the Science of Law", en T. Eckhoff, L.M. Friedmann, J. Uusitalo (comps), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart (Rechtstheorie)*, Beiheft 10, 1983, p 171; ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.E.: *Normative Systems*, Viena, 1971 [Versión castellana: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974, pp 21 y ss y 53 y ss]; BULYGIN, E.: "Legal Dogmatics and the Systematization of Law", en T. Eckhoff, L.M. Friedmann, J. Uusitalo (comps), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart (Rechtstheorie)*, Beiheft 10, 1986, pp 193 y ss

desde el sistema que se tome. El derecho válido es, ya, no sólo el nuestro, el que por defecto estamos obligados a aplicar, sino el derecho conocido, irradiado en forma de noticia o de cultura, desde la aldea global. Esta ampliación del "precedente" hasta extremos tan insospechados, obliga a ir tejiendo en el acervo social más informado un proceso de codificación global del sistema jurídico que actuará como marco de referencia para el propio ordenamiento interno.

La facultad de poner en actualidad todos los materiales jurídicos, el agrupamiento de estos problemas jurídicos a tenor de los supuestos de hecho y la categorización y jerarquización de los mismos, han supuesto para la moderna judicatura un referente inexcusable donde contemplarse.

Ello no es óbice para que la idea de una decisión jurídica totalmente dependiente de la norma codificada sea hoy superada por la idea del juez creando derecho desde la interpretación de la norma⁸³.

Sabemos con Alexy, que una de las limitaciones de la argumentación jurídica es la de la vinculación del juez a la ley, según el conocido esquema que representa a aquella como un sistema "altamente institucionalizado, subordinado a la ley, la dogmática y el precedente". Pues bien, para Hassemer, la codificación, implantada gradualmente en este siglo como cortapisa judicial, vincula al administrador del derecho tanto como la relevancia concedida a la norma interpretada. Así, en la línea de Hassemer, se llega a la "ingenua" pretensión de que una argumentación ajustada a

⁸³HASSEMER, W.: "Sistema jurídico y codificación: La vinculación del juez a la ley (trad. de Martínez Bretones, incl. en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, del título original *Einführung in rechtsphilosophie und rechtstheorie der gegenwart*), Versión castellana, ed., Debate, S.A., 1992, pp 202 y ss

derecho es aquella que supone "que el juez deriva su decisión de la ley que *subsume* el caso en la norma del código, y está atribuyendo a la codificación la fuente exclusiva de toda decisión jurídica"⁸⁴.

Argumentar, en este caso, no es sino aplicar correctamente las reglas de la metodología jurídica de forma que se realice una transposición lo más fiel posible⁸⁵.

Esta vinculación, podríamos decir "integral" del juez a la ley, determina un fallo judicial⁸⁶ predeterminado por el traslado de la concreción del contenido de dicha ley al caso en cuestión⁸⁷. Si este tránsito ha sido correcto, es decir, se han aplicado con destreza las reglas de la argumentación, estamos abocados no sólo a una decisión de impecable respeto a la jurisprudencia, de altísimo nivel de *seguridad jurídica*, sino totalmente predecible de antemano.

Esta idea que Hassemer denomina "ideología de la subsunción", estaría hoy totalmente superada, reconociendo en general el proceso argumentativo como algo

⁸⁴*Ibidem*. Cfr. para este tema en general, HASSEMER, W.: "Der Begriff des positivem Rechts", en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1978, pp 101 y ss; NOLL, P.: *Gesetzgebungslehre*, 1973, esp. pp 79 y ss

⁸⁵De aquí a la implantación plena de la informática jurídica habría sólo un paso, aunque ésta ciertamente plantea otros problemas [JOHNSON, D.G.: *Ética Informática*, trad., de Porfirio Barroso, Universidad Complutense de Madrid, 1996 (V. especialmente el capítulo "Tienen carga valorativa los ordenadores", pp 206 y ss)]; MARTINO, A.: "Sistemas expertos legales", en *Theoría*, 1987, 1988, (7-9), pp 216-241

⁸⁶En la crítica de Hassemer, de todas formas, no apreciamos la diferencia entre fallo y sentencia, fundamental a la hora de entender que en la argumentación moderna suele reconocérsele al juez un *plus* de discrecionalidad a la hora de aplicar la parte procesal de la argumentación

⁸⁷V. "La automatización jurídica", en FROSINI, V.: *Cibernética, derecho y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1982, pp 39 y ss

más complejo, no tan subsidiario de la ley a la que no debería una ciega subordinación.

Cabría preguntarse qué vigencia tiene, pues, hoy la codificación⁸⁸. Parece fuera de toda duda que, "la vinculación del juez constituye un elemento necesario de toda administración de justicia que tenga carácter consistente. El sistema jurídico codificado agudizará tal vinculación y hará de la ley un elemento de la misma"⁸⁹.

3.2 IUSNATURALISMO, DISCURSO RACIONAL Y ARGUMENTACIÓN

Recordemos que la base lingüístico-filosófica del naturalismo asentaba en la pretensión de que las expresiones como "bueno" y "debido" pudieran ser expresadas en términos descriptivos. Así, "expresiones normativas contenidas en enunciados normativos pueden ser sustituidas por expresiones descriptivas..." . "La tarea de la ética se limitaría a la traducción de expresiones normativas en descriptivas"⁹⁰.

Para Moore⁹¹, esta pretensión definicionista no sería válida, como demuestra en su conocido argumento de la cuestión abierta (*open-question argument*)⁹², pues el

⁸⁸Incluso podría plantearse un caso de codificación extremo, donde se obtenga una "codificación legislativa empleando calculadoras electrónicas para revelar las antinomias, lagunas, incoherencias y redundancias en la legislación vigente" [FROSINI, V.: *Ibidem*, p 44]

⁸⁹HASSEMER, W.: "Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley", cit, p 209

⁹⁰ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989, p 52

⁹¹MOORE, G. E.: *Principia Ethica*, Cambridge, 1970, pp 40 y ss.

⁹²*Ibidem*, pp 15 y ss.

problema es que una expresión que defina el término bueno de una manera incontrovertible para todos es utópica.

Con esto podemos apreciar el déficit de que partiría una línea argumentativa de corte naturalista que Alexy considera globalmente inaceptable. Ahora bien, toda vez que el argumento de la *open-question* ofrece razones suficientes "en el sentido de que el significado de las expresiones normativas no coincide, al menos completamente, con el de las descriptivas, puede decirse que el discurso moral no puede reducirse a un discurso puramente empírico"⁹³. Lo que abunda, en su punto de vista, sobre la naturaleza de los argumentos prácticos, como veremos.

El iusnaturalismo hereda todas estas ambigüedades y discurre entre dos polos, desde lo abstracto, con una argumentación pobre en contenidos y necesariamente débil en cuanto a la significación y operatividad para los casos de la vida real, a lo concreto, con una argumentación rica en contenidos, con pretensiones de ser útil a los problemas del ámbito social, pero necesariamente débil en el orden del acuerdo o el consenso y por tanto extremadamente restringida⁹⁴.

Esta situación deriva "del interés del conocimiento iusnaturalista en formular enunciados fuertes y concretos sobre el derecho indisponible, para así proteger argumentativamente, contra la arbitrariedad, al orden de la convivencia humana"⁹⁵. Pero, si bien es clara la desprotección que el derecho positivo causa allí donde no

⁹³ALEXY,R.: *Ibidem*, Madrid, 1989, pp 54 y 55

⁹⁴V. *ut supra*, Cap. 1.3

⁹⁵KAUFMANN,A.: *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, 1992, p 159

protege, es decir allí donde no existe, el derecho natural con sus proposiciones clásicas de altísima evidencia ("hay que hacer lo justo y omitir lo injusto", o las de carácter kantiano, "no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti"), basada en la convicción general de alguna especie de justicia, moralidad o eticidad, pagan con el precio de "una falta absoluta de información sobre la conducta a seguir"⁹⁶.

Estas propuestas, que a menudo adoptan terminología decalógica, tienen interés para la argumentación sólo en un sentido muy genérico, lo que le da un amplio espectro de validez social con falsa apariencia de consensualidad e interculturalidad, que normalmente es desplazada por contenidos de derecho más actuales. Más que *reglas* de la argumentación son propiamente *metas*, por cuanto más que perseguir la protección de derechos, representan los derechos fundamentales mismos, con lo que su formulación tiene mucho de utópico.

3.3 EL POSITIVISMO

En el positivismo encontramos dos situaciones bien diferenciadas con respecto a las posibilidades de la argumentación: su excesiva dependencia de la ley⁹⁷, que pese a la matización con que se defiende Hoerster, le impide ser un sistema

⁹⁶*Ibidem*, p 160.

V. también para este tema, WELZEL, H.: *Naturrech und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., Göttingen, 1962

⁹⁷HOERSTER, N.: *En defensa del positivismo jurídico* pp 11 y 16

Hoerster niega abiertamente en la "tesis de la ley" y la "tesis del legalismo" que sean estos los conceptos que determinan un concepto tipo de derecho positivo.

abierto a dicha argumentación; y la discrecionalidad del juez, allí donde no hay cobertura legal, que le permite aplicarla con amplitud.

Para el positivismo el problema empieza con el propio reconocimiento del derecho, es decir, la idea del derecho, para poder hablar de la interpretación que le demos. El positivismo jurídico empirista de Bierling considera derecho lo que es reconocido como tal por la sociedad, siendo este reconocimiento de naturaleza psicológica más que lógica⁹⁸. En cuanto a la interpretación y aplicación del derecho no es el espíritu de la ley lo que cuenta, sino la voluntad del legislador, "los materiales legislativos". Enemigo, por tanto, de la teoría subjetiva de la interpretación.

Igual rechazo al razonamiento lógico se observa en la jurisprudencia de intereses. El interés, como origen del fenómeno jurídico, sustenta también los valores que entran en juego en una argumentación de naturaleza antiobjetiva, pero con ciertas atribuciones del juez⁹⁹.

La discrecionalidad máxima del juez la encontramos en la postura argumental de Kantorowicz¹⁰⁰. El juez aplica un acto de voluntad toda vez que la ley, muy a su pesar, no le resuelve el caso. En otras palabras, primero es la intención jurídica,

⁹⁸Cfr. BIERLING, E.R.: *Juristische Prinzipienlehre*, t.1, Friburgo de Brisgovia/Leipzig, 1984

⁹⁹Algunos representantes de este pensamiento son HECK, P. y MÜLLER-ERZBACH, R. Si bien, el origen de esta postura contra la lógica argumentativa lo representa JHERING, R. ("Quien argumenta para otros argumenta para sí, quien argumenta para sí argumenta para otros")

¹⁰⁰KANTOROWICZ, H.: *Der Begriff des Recht* [La definición del Derecho, edición de A. Campbell, trad., del inglés por J.M. de la Vega], Revista de Occidente, Madrid, 1964, pp 35 y ss

luego la construcción lógica de la argumentación. Se trata de una especie de argumentación jurídica retrospectiva.

Kelsen desmitificará el positivismo jurídico de tinte psicológico o sociológico. Los hechos son lo que son y no lo que deben ser y de esto es de lo que se ocupa el derecho. Lo que interesa a la argumentación son las estructuras lógico-formales de las normas jurídicas y no los hechos que las contienen, que escapan a todo análisis científico.

La argumentación kelseniana es pura, sólo de derecho, sin valores éticos. La ilicitud de un acto no es producto de su valoración ética, sino resultado de su presunción de ilicitud, establecido en el ordenamiento jurídico positivo o sus fuentes¹⁰¹.

La eliminación de la justicia, "ese bello sueño...", y la ética, hacen de la argumentación kelseniana el núcleo duro de una teoría jurídico-normativa o lógico-normativa.

Hoy tenemos más cerca posturas derivadas de estos mismos orígenes en Kaplan¹⁰², o Luhmann¹⁰³, cuya idea de argumentación se basa en una teoría de

¹⁰¹KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*, 2º edición, Viena, 1960; *Ibidem*, *Derecho y lógica*, trad. de U. Schmill y J. Castro, en Cuadernos de Crítica, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 1978

¹⁰²KAPLAN, M.F.: "A model of information integration in jury deliberation", en *Academic Psychology Bulletin*, nº 5

¹⁰³LUHMANN, N.: *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. de I. de Otto), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983; *Ibidem*, *Fin y racionalidad en los sistemas (Zweckbegriff und Systemrationalität)*, trad. J.N. Muñiz), Editora Nacional, Madrid, 1983

sistemas que excluye a la verdad y la justicia como valores, entendidos como "variables simbólicas". Luhmann en concreto representa uno de los adversarios más significados de la teoría de la argumentación sustentada por Alexy.

Dentro de su crítica a los conceptos positivistas sobre la supuesta discrecionalidad del juez al que se le acaban los argumentos ofrecidos por el derecho positivo, es decir, lo que los positivistas llaman apertura del derecho (la "open texture" de Hart)¹⁰⁴, Alexy considera que tampoco en este caso se está autorizado a usar argumentos extrajurídicos, pues siempre queda el recurso de los principios (*argumento de los principios*) donde puede tener cabida cualquier supuesto planteado. "El juez, también en el ámbito de apertura del derecho positivo, es decir, del derecho impuesto y eficaz, está jurídicamente ligado y lo está de una manera que crea una vinculación necesaria entre derecho y moral"¹⁰⁵.

Una alegación clásica del positivismo respecto a ofrecer una mejor base argumental en el proceso jurídico está en el *argumento de la claridad*, en el sentido de que la exclusión de elementos morales en el discurso corresponde a un concepto de derecho en principio "más claro y más simple que un concepto de derecho que contenga elementos morales"¹⁰⁶.

¹⁰⁴AUSTIN, J.: *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, Londres, 1885
Austin resume en un conocido aforismo la capacidad del juez de convertirse en legislador: "So far as the judge's arbitrium extends, there is no law at all".

¹⁰⁵ALEXY, R.: *El concepto y la validez del derecho*, p 74

¹⁰⁶HART, H.L.A.: *Derecho y moral*, pp 14 y ss; RAZ, J.: "Hart on Moral Rights and Legal Duties", en *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 4, nº 1, 1984

Para Alexy, sin embargo, alegar la simplicidad y la ausencia de criterios morales como excusa para llegar más fácilmente a una solución jurídica, supone despojar a la argumentación de sus más altos valores: la complejidad y la capacidad (supuesta) de los jueces para manejarla¹⁰⁷.

3.4 EL ULTRARRACIONALISMO

Si, en general, cualquier sistema jurídico no renuncia expresamente a llegar a conclusiones seguras en el razonamiento, en el ultrarracionalismo de Dworkin este objetivo no sólo es deseable sino alcanzable e irrenunciable.

Naturalmente un concepto tal, de carácter ideal, ha de estar sustentado en la utilización no ya de fundamentos contingentes como son las reglas, sino de estructuras estables y abstractas como son los principios.

Podrían considerarse incluidos en este capítulo, tanto un determinismo metodológico a ultranza, que considere que las decisiones jurídicas son el resultado esperable de la simple aplicación de normas generales¹⁰⁸, o el complejo sistema de información integrada de Kaplan¹⁰⁹ que representa la toma de decisiones como una resultante a la aplicación codificada cruzada de pruebas y valores a los que se les asigna un determinado peso dentro de la argumentación¹¹⁰.

¹⁰⁷ALEXY,R.: *El concepto y la validez del derecho*, p 49

¹⁰⁸NEUMANN,U.: *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986, pp 5 y ss

¹⁰⁹KAPLAN,M.F.: *Ibidem*

¹¹⁰En la investigación científica, estos sistemas se integrarían en un modelo más amplio que se conoce como "árbol de decisiones" (N.del A.)

El argumento de los principios citado está en la base de esta postura ultrarracionalista, bien tomando las formas de *argumento metodológico*¹¹¹; o bien radicalizándose con Dworkin: "*Law is an interpretative concept*"¹¹².

El modelo de Dworkin está en radical contraposición con el positivismo de la "*open texture*". El modelo de principios estaría configurado, además de por reglas, especialmente por principios jurídicos, quienes determinan una única respuesta correcta como resultado de la argumentación, aun en el caso de que no exista ya regla aplicable al caso. Manteniendo la vigencia de dichas reglas, de los precedentes y del ordenamiento en general, son los principios confrontándose entre sí por medio de la "ponderación", los que determinan la pervivencia del más idóneo de ellos para subsumir el caso.

La teoría de Dworkin, que constituiría la *tesis fuerte* de los principios según Alexy, significa que así como las reglas son aplicables según la ley del *todo-o-nada*, es decir, o vale una o vale otra, quedando una de ellas sin efecto; en el caso de los principios en liza el procedimiento de la ponderación permite la autoridad de uno sobre el otro, pero sin pérdida de vigencia del segundo. Así pues, los principios prevalecen uno sobre otro (u otros) pero no se invalidan mutuamente.

Si esta tesis de Dworkin fuera asumible, cabría aceptar la posibilidad de una única respuesta correcta a un caso, si en el proceso, y una vez comprobadas reglas,

¹¹¹Cfr. BYDLINSKI, F.: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Nueva York, 1982

¹¹²DWORKIN, R.: *Law's empire*, p 87; V. también RAZ, J.: "Legal Principles and the Limits of Law" en *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London, 1984, pp 73-87

precedentes y otros materiales de derecho, la ponderación nos ofreciera el principio a aplicar¹¹³. En este sentido, no sería necesaria una argumentación como la que propone Alexy.

3.5 EL DECISIONISMO

Desde la argumentación retrospectiva de J. Frank¹¹⁴, quien supone que la toma de decisiones del juez representa una especie de "puesta en limpio" de una serie de tentativas o soluciones tomadas intuitivamente (lo que representaría algo así como un "decisionismo diferido"), hasta los que creen que las decisiones jurídicas son puros actos de voluntad¹¹⁵, existe un gran tránsito conceptual.

El decisionismo, así entendido, supone un concepto máximo de apertura del derecho desde el punto de vista del juez.

La tesis de Ross viene a decir que las decisiones jurídicas no son, en última instancia, resultado de la razón, sino de la voluntad de los jueces y aplicadores del derecho en general¹¹⁶.

¹¹³ALEXY,R.: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica" (trad. de M. Atienza), en *Doxa 5*, Alicante, 1988 y *Derecho y razón práctica*, México, 1993, p 152

¹¹⁴Cfr.FRANK,J.: *Law and the Modern Mind*, Massachusetts, 1970

¹¹⁵NEUMANN,U.: *Juristische Argumentationslehre*, pp 3 y ss

¹¹⁶ROSS, A.: *Lógica de las normas (Directives and norms*, Routledge and Kegan Paul, Londres), trad. J.S.P. Hierro, Tecnos, Madrid, 1971

3.6 SISTEMAS DE PARTICIPACIÓN O CONSENSUALES

La teoría de la argumentación jurídica de Alexy se sitúa contra las opiniones que hemos visto y parte de que las decisiones jurídicas pueden ser, y deben ser, fundamentadas¹¹⁷.

En la idea de argumentación están presentes, no cabe duda, perspectivas de corrección máximas y pretensiones de libertad del juez para administrar justicia, pero precisan, según Alexy, de una metodología similar a la que él propone, que sobre la base de suministrar una respuesta correcta no se salga del plano de lo real: "si fuera posible una teoría de los principios de la forma más fuerte, sería sin duda aceptable la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta"¹¹⁸.

Contra esta noción de *orden fuerte* de los principios plantea Alexy un orden débil, donde la colisión entre principios no sea tan categórica como en Dworkin y se base en estos tres elementos: a) un sistema de condiciones de prioridad, b) un sistema de estructuras de ponderación y, c) un sistema de prioridades *prima facie*.

Pero, volvamos al núcleo de nuestra exposición, a los sistemas jurídicos en el proceso argumental y a la idea de que los sistemas de participación representan un avance respecto a los que hemos revisado. Sobre la base de que los sistemas normativos que no satisfacen determinados criterios procedimentales de la justicia, no

¹¹⁷Cfr. ATIENZA, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, pp 24 y

ss

¹¹⁸ALEXY, R.: *Ibidem*, pp 15 y ss

son órdenes jurídicos¹¹⁹, quedarían fuera de este catálogo las externalidades del derecho: los *órdenes absurdos* (sin fines aparentes)¹²⁰ y los *depredatorios* (de fines injustificables). Ambos necesitan legitimarse sobre la base de su perdurabilidad, dando lugar a toda una gama de sistemas más o menos refinados y aceptables socialmente.

Alexy considera que sólo aquellos sistemas que superan un umbral de justicia y mantienen una pretensión de corrección, pueden considerarse tales. "Todo sistema jurídico formula una pretensión de corrección"¹²¹. Sólo en un sentido metafórico puede un usuario denominar "sistema jurídico" a un sistema normativo que no aspira a este objetivo.

Toda metodología jurídica que base su credibilidad en la participación tiene su referente en la *teoría consensual de la verdad* de Habermas. Expresiones normativas como mandatos y valoraciones parece que "pueden ser fundamentadas de manera esencialmente idéntica a las proposiciones empíricas"¹²². A la *verdad* de las

¹¹⁹HOFFE,O.: *Politische Gerechtigkeit*, Francfort del Meno, 1987, pp 159 y ss

¹²⁰KELSEN,H.: *Reine...*, Viena, 1964, pp 49 y ss

¹²¹RADBRUCH,G.: *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1973, p 119

¹²²HABERMAS,J.: *Wahrheitstheorien en Wirklichkeit, und Reflexion, Festschrift für W. Schulz* [versión cast. *Teorías de la verdad* en J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (trad. de M. Jiménez), Madrid, 1989 pp 113-158], edición de H. Fahrenback, Pfullingen, 1973, p 114 ed. esp.; V. también, HABERMAS,J.: *Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf J. Habermas*, en J. Habermas/N. Luhmann, *Theorie oder Gesellschaft der Sozialtechnologie*, Frankfurt a. M., 1972, pp 351 y ss (La postura de Habermas es totalmente opuesta a la de Luhmann)

proposiciones empíricas corresponde aquí la *corrección* de las expresiones normativas¹²³.

Según Habermas un *fallo* que negara esta pretensión de corrección incurriría en una contradicción performativa, con lo cual ya sería incorrecto no sólo por razones morales.

Alexy y su teoría de la argumentación jurídica, en fin, se sitúa en un espacio o sistema jurídico que entiende que los argumentos han de ser justificados tanto descriptiva como prescriptivamente, que ello es posible echando mano de las normas adecuadas y los procedimientos procesales correctos. Y, en definitiva que, aunque no sean posibles teorías *materiales* que para cuestión práctica permitan extraer con seguridad concluyente una respuesta, sí son posibles teorías morales *procedimentales* que formulen reglas o condiciones de la argumentación o decisión práctica racional¹²⁴.

¹²³HABERMAS, J.: *Wahrheitstheorien...*, pp 121 y ss

¹²⁴ALEXY, R.: *Ibidem*, p 21

CAPÍTULO 4

NORMAS, REGLAS Y PRINCIPIOS

- 4.1 UN CONCEPTO DE NORMA
- 4.2 NATURALEZA DE REGLAS Y PRINCIPIOS
- 4.3 CRITERIOS DE VALIDEZ DE LAS NORMAS
- 4.4 TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS Y TEORÍA DE LOS VALORES
- 4.5 TRES MODELOS Y TRES NIVELES

El ordenamiento jurídico tiene una parte pasiva y una parte activa. A la parte pasiva pertenecen a su vez dos dimensiones: actual una, a la que corresponden las reglas; histórica, otra a la que corresponden los principios, que por decantación, a través del "respeto" social, se traducirán en valores.

La parte activa no es sino la utilización de unas y otros en la organización de la convivencia social en el campo del Derecho y a través de mecanismos como la interpretación y la argumentación.

Hemos abordado nociones históricas que entienden el Derecho como algo muy dinámico y otras que suscriben su vertiente más inercial. Aparentemente Alexy no renuncia a ninguna de las dos opciones y, a través del recurso a los principios

como fuente segura de tránsito en cualquier ámbito de lo jurídico, respeta la actualidad y la vigencia de las reglas¹²⁵, incluso en su aspecto positivista, para no desaprovechar la necesaria *seguridad jurídica*¹²⁶ que estas le otorgan. Ahora bien, considera que a estos dos niveles de concreción, le falta el procedimiento; esto es, la metodología adecuada para usar unas y otros con verdad y utilidad social, lo que él denomina los tres niveles de la argumentación. La mecánica e implicaciones de este procedimiento constituye el fundamento de esta investigación.

4.1 UN CONCEPTO DE NORMA

En Alexy encontramos alguna ambigüedad a la hora de identificar las normas. Esta clara su diferenciación en reglas y principios, que veremos. Habla igualmente de norma de derecho fundamental como la más alta referencia que podemos encontrar para el derecho aplicado. Ahora bien, resulta difícil recuperar un concepto de norma que no sea una regla ni un principio, ni una norma de derecho fundamental, por tanto entendemos que tal idea de norma representa todas esas entidades juntas si bien en ámbitos de aplicación diferentes¹²⁷.

¹²⁵ALEXY,R.: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica" (trad. de M. Atienza), en *Doxa 5*, Alicante, 1988 y *Derecho y razón práctica*, México, 1993, p 11

¹²⁶En la medida que la interpretación positiva de la argumentación no es (o no es apenas) valorativa, V. AARNIO,A.: "Sobre la predecibilidad de las decisiones jurídicas" en *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*, [trad., cast., de P. Larrañaga], Fontamara, México, 1995, p 83

¹²⁷Un concepto particularmente interesante es el del papel de las normas jurídicas "como medios de comunicación social del Derecho" en SÁNCHEZ DE LA TORRE,A.: *Sociología del Derecho*, pp 160 y ss: "la estructura de la norma jurídica se convierte en tema principal de la Sociología jurídica, desde el momento en que las normas jurídicas sean precisamente el vehículo de comunicación social a través del cual la sociedad construye su conciencia de lo que debe hacerse o evitarse obligatoriamente"

Entiende que en la norma está uno de los conceptos básicos de la jurisprudencia, a la que rebasa por otra parte¹²⁸; si bien se limita a dar cuenta de la controversia que suscita, desde la idea kelseniana de norma como el "sentido de un acto por el que se ordena, prohíbe o permite y especialmente se autoriza una conducta"¹²⁹, o la más enigmática de Luhmann: "una expectativa de comportamiento contrafácticamente estabilizada"¹³⁰, un imperativo¹³¹, un modelo de comportamiento cuyo incumplimiento tiene consecuencias sociales¹³², una regla social¹³³.

Alexy considera necesario que estas diferentes expresiones se vinculen en un concepto semántico de norma que diferencia de entrada entre norma y enunciado normativo, entre concepto y validez de la norma, tal y como en otro lugar lo hace con el propio derecho¹³⁴ en sus tres dimensiones clásicas: *sociológica, jurídica y ética*. Así la norma se adapta a estas tres dimensiones cuando es afecta de cuestiones de obediencia, mediante ejemplo o sanción social (teoría sociológica de la validez),

¹²⁸BOBBIO, N.: *Teoría general del Derecho* [trad., cast., de E. Rozo], Debate, Madrid, 1993, considera el autor el derecho como un *sistema de normas*, o reglas de conducta ["La experiencia jurídica es una experiencia normativa, (...) creemos ser libres, pero en realidad estamos encerrados en una estrechísima red de reglas de conducta", p 15]

Para una opinión alternativa, V. DÍEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1993 ["La concepción normativista del mundo jurídico y el Derecho como conjunto de experiencias vividas", pp 7 y ss]

¹²⁹KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*, p 5

¹³⁰LUHMANN, N.: *Rechtssoziologie*, Tomo 1, Reinbeck, 1972, p 43

¹³¹AUSTIN, J.: *Lectures on Jurisprudence*, Tomo 1, 4ª ed Londres, 1873, p 98

¹³²GEIGER, Th.: *Worstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Berlín, 1964, pp 61 y 68

¹³³HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford, 1961, pp 54 y ss

¹³⁴Para el concepto de norma, en general, en nuestro autor, Cfr. ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp 48 y ss.

cuando representa una imposición por la autoridad legitimada (teoría jurídica de la validez), o cuando se constituye con fundamento o validez de contenidos morales (teoría ética de la validez de la norma).

Según Alexy, el concepto semántico de validez sin aceptar ni excluir ninguna de estas teorías, tiene la virtud de que "cada una de ellas, para poder decir que algo es válido, tiene que contar con algo de lo cual pueda predicarse esto y, para ello, lo más adecuado es la norma en el sentido de concepto semántico de norma"¹³⁵.

Nos parece que ésta, con ser una excelente precisión, no tiene la mínima posibilidad de ser una definición.

Respecto a la mencionada norma de derecho fundamental, que en la cúpula del sistema de Alexy como estructura jurídica que vincula y no es vinculada la define de una manera convencional: "es aquella que es expresada a través de disposiciones iusfundamentales, y disposiciones iusfundamentales son exclusivamente enunciados contenidos en el texto de la Ley Fundamental"¹³⁶.

De aquí sólo podemos extraer dos conclusiones: primera, que la teoría de la argumentación jurídica de Alexy se inscribe en un contexto de una teoría de la sociedad y del Estado y que ambas son inequívocamente democráticas y, segundo, las reglas y los principios como mimbres básicos de la argumentación tienen una separación más conceptual que jerárquica.

¹³⁵ALEXY,R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, p 59.

¹³⁶*Ibidem*

4.2 NATURALEZA DE REGLAS Y PRINCIPIOS

Aunque hemos sostenido que Alexy no hace una buena diferenciación entre reglas, principios y normas, en su estudio publicado en *Doxa* 5, 1968, afirma que tanto las reglas como principios pueden concebirse como normas y, en ese caso, de lo que se trataría es simplemente de una distinción dentro de la clase de las normas.

Estos criterios de distinción se basan en la competencia para asumir el hecho en cuestión. En el caso de la generalidad como criterio de distinción se observa que los principios la sustentan en un alto grado, en cambio las normas presentarían un bajo grado de generalidad. Para quien este elemento de distinción es suficiente entre reglas y principios, sólo hay una distinción de grado. Es lo que Alexy llama *tesis débil de la separación*.

Sin embargo, parece que hay que recurrir a otro tipo de diferenciación de matiz cualitativo, opinión defendida por Alexy: sería la *tesis fuerte de la separación*.

Este punto de vista contrasta con la opinión de Dworkin para quien las reglas son aplicables en forma de todo-o-nada, en cambio los principios no. Alexy formula que en la colisión de dos principios se da la prerrogativa de la decisión al principio con un peso relativo mayor, sin menoscabo de la validez del segundo principio. En el caso de las reglas, la prevalencia de una anula a la otra en el caso en cuestión.

Por tanto la cuestión decisiva entre la distinción de reglas y principios es que estos son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en

relación con las posibilidades jurídicas y fácticas¹³⁷. Así pues los principio podrían considerarse como *mandatos de optimización* que tienen una cumplimentación sólo de grado y cuya vinculación al caso no sólo depende de las posibilidades fácticas sino también jurídicas.

Las reglas por el contrario exigen un cumplimiento de pleno derecho. Si la regla es válida, obliga; es decir, las reglas actúan con un criterio de determinación entre lo posible fáctica y jurídicamente.

En definitiva la naturaleza de los principios implica que, aparte de su carácter de generalización, compiten en el caso con criterios de optimización. Su fórmula es jurídica, su fondo es moral. Alexy considera que en eso estriba su tesis antipositivista de la vinculación entre derecho y moral.

4.3 CRITERIOS DE VALIDEZ DE LAS NORMAS

En nuestro autor se dan tres tipos de validez para las normas: validez jurídica, validez moral y validez social. Naturalmente es el concepto ético o moral de validez el que más ha tratado. "Una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada"¹³⁸. La validez de una norma¹³⁹ no se basa por tanto ni en su eficacia

¹³⁷ALEXY,R.: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, p 14; V. "Reglas fácticas y reglas normativas" en HAYEK,F.A.: Derecho, legislación y libertad, p 128

¹³⁸ALEXY,R.: *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, 1994, p 88

social ni en su legalidad conforme al ordenamiento, sino propiamente en su corrección que habrá de ser demostrada a través de una justificación moral¹⁴⁰.

4.4 TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS Y TEORÍA DE LOS VALORES

La distinción entre principios y valores parece radicar en dos cuestiones: histórica una y aplicativa la otra. Los principios representarían valores que hay que aplicar a la solución de un caso. Los valores son elementos a determinar en los principios que se aplican al caso. Ambos están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: por un lado igual que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores¹⁴¹. Lo que en los principios es un cumplimiento gradual en los valores es expresión o realización también gradual. Por tanto la manera de que sean tenidos en cuenta los valores en la aplicación de casos es a través del reconocimiento que supone la aplicación del principio que le da cobijo.

Nuestro autor no es partícipe de una teoría fuerte de los principios, al modo de Dworkin, es decir de que la aplicación de los mismos suministran una única respuesta correcta. No renuncia sin embargo a los efectos de esta tesis, pero lo hace

¹³⁹FARIÑAS DULCE, M.J.: *El problema de la validez jurídica* [prólogo de G. Peces Barba], Cuadernos Civitas, Madrid, 1991 [V. "criterios de validez jurídica": *criterio normativista*, pp 39 y ss]

¹⁴⁰Cfr. RAZ, J.: *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, Londres, 1975
HABERMAS, J.: *Legitimation Crisis*, (discusión sobre la justificación de las normas), Boston, 1975, pp 102-117

¹⁴¹ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, p 138.

a través del concepto de que una teoría débil de los principios en convergencia con la aplicación de las reglas adecuadas y el *procedimiento* oportuno mantienen el ideal al que todo agente jurídico tiene que tender en la pretensión de lograr una única respuesta correcta.

Este *orden débil* de los principios significa que su concurso se produce sobre tres supuestos siempre presentes: 1) que entran en juego en un sistema de condiciones de prioridad; 2) que constituyen un sistema de estructuras de ponderación y, 3) que suponen un sistema de prioridades *prima facie*.

Las condiciones de prioridad dan cuenta del peso relativo de los principios. No agotan la argumentación sino que la dirigen. Son elemento central de una teoría de la argumentación jurídica de carácter más o menos ideal y con pretensión de corrección plena.

La ponderación supone asumir el principio de proporcionalidad. Los principios entran en la argumentación en función de su peso específico. Su competencia lo es más en función de la pérdida de competencia de otro principio en liza. Este tanteo o balanceo determina no solamente la supervivencia de un principio sino el criterio de racionalidad que impera en la argumentación.

Siendo el concurso de los principios básico para una teoría de la argumentación no constituye sino su parte estructural, que ha de ser completada con la aplicación de las consiguientes reglas y el mencionado procedimiento.

La connotación *prima facie* supone la aceptación de que, incluso al aplicar derechos fundamentales o principios que sustentan derechos fundamentales, hay un orden de prelación que "no contiene una determinación definitiva. Si son más fuertes los argumentos en favor de una prioridad de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la carga de la prueba. Con ello el orden depende de nuevo de la argumentación"¹⁴².

4.5 TRES MODELOS Y TRES NIVELES

En teoría hay tres adscripciones metodológicas en la aplicación de cualquier sistemática jurídica que incluya los principios como elementos fundamentales. En la primera la preeminencia de los principios imprime el carácter final de la argumentación: sería un modelo puro de principios. En la segunda imperaría un modelo aplicativo de reglas fundamentalmente, más propio de sistemas positivistas: sería un modelo puro de reglas. En la tercera se trataría de una combinación de ambos al que le faltaría el criterio de actualidad y definición al caso, es lo que constituye el procedimiento. Se completaría así un modelo de reglas, principios y argumentación jurídica. Este es el modelo al que se apunta nuestro autor.

Técnicamente se pueden construir un modelo puro de principios pero, también "se puede confrontar el modelo puro de principios con un modelo puro de reglas y, desde luego, parece más justificado intentar construir un modelo combinado"¹⁴³.

¹⁴²ALEXY,R.: "Sistema jurídico..., p 19

¹⁴³ALEXY,R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, p 158.

El modelo puro de reglas impediría por ejemplo la interpretación del derecho fundamental, por lo que debe ser considerado como insostenible en su conjunto.

El modelo de reglas-principios-procedimiento adscrito a una teoría débil de los principios tiene la ventaja de que pueda abordar cuestiones del derecho fundamental y precisiones de cualquier cuestión recogida por ejemplo en el código civil. Si se quiere lograr un modelo adecuado de sistema jurídico se debe añadir al nivel de las reglas y al de los principios, o lo que es lo mismo al lado activo y al lado pasivo del sistema jurídico un mecanismo de activación de ambos: la teoría de la argumentación. En palabras de Alexy "los niveles de la regla y los principios deben complementarse con un tercero, a saber, por una teoría de la argumentación jurídica que dice cómo, sobre la base de ambos niveles, es posible una decisión racionalmente fundamentada. Una respuesta concluyente a la cuestión de la única respuesta sólo es posible refiriéndose a estos tres niveles"¹⁴⁴.

¹⁴⁴ALEXY,R.: "*Sistema jurídico...*", p 20 (El autor ofrece aquí una de las explicitaciones más claras de su teoría, que sólo en contadas ocasiones se repite)

CAPÍTULO 5

DISCURSO RACIONAL

- 5.1 LA IDEA DEL DISCURSO RACIONAL
- 5.2 TEORÍAS POSIBLES DEL DISCURSO
- 5.3 LA TEORÍA DEL DISCURSO COMO TEORÍA PROCEDIMENTAL
- 5.4 FUNDAMENTACIÓN Y REGLAS DEL DISCURSO
- 5.5 CRÍTICA A LA TEORÍA DEL DISCURSO EN GENERAL

Así como la comunicación supone un acto de la voluntad entre las partes mediante la aplicación de un código conocido, para elevarla a la categoría de discurso es necesario cumplir con unas reglas que, en la medida que son producto de la razón, acreditan a este discurso como racional y que, estando en la base de toda comunicación convencional, tiene la facultad de adjetivarse o especializarse dando lugar a otros tantos discursos. Así surgen el discurso filosófico, el social, el práctico, el jurídico, etc.

El discurso racional es, pues, la condición de posibilidad de todo lenguaje específico quien, además de las reglas y método que le sean propios, debe transitar por ese camino común si no quiere incurrir en déficits de validez y seguridad.

Alexy cuenta con él como fundamento de la argumentación práctica o moral, sobre la que posteriormente se construye el discurso jurídico¹⁴⁵.

¹⁴⁵La base de la teoría general del discurso práctico racional la obtiene Alexy de una amplia valoración de las teorías Wittgenstein, Austin, Stevenson, Hare, Toulmin, Baier, Habermas, Lorenzen, Schwemmer y Perelman, de las que extrae tanto las condiciones de

5.1 LA IDEA DEL DISCURSO RACIONAL

El discurso racional es la raíz de toda argumentación, no sólo porque se fundamenta en ella sino porque admite la traslación a otros discursos. Se trata de "un procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos"¹⁴⁶. La racionalidad del discurso se determina por un conjunto de reglas del discurso. Estas reglas tratan de las condiciones de posibilidad de intervención en el discurso y de las condiciones de posibilidad del propio lenguaje en cuanto a sus objetivos de verdad y universalidad.

La teoría del discurso supone que una argumentación que excluye a personas o suprime argumentos no entra en el campo de los mínimos de racionalidad y que por tanto renuncia a la pretensión de corrección, es decir, a la obtención de una respuesta justificada en derecho.

5.2 TEORÍAS POSIBLES DEL DISCURSO

Según Alexy una teoría discursiva puede ser empírica, analítica y/o normativa¹⁴⁷. Es empírica cuando trata de la vinculación con los intervinientes y la experiencia obtenida en estas intervenciones. De ahí se derivan concepciones

posibilidad del lenguaje de la moral como las posibilidades del lenguaje de la argumentación jurídica.

¹⁴⁶ALEXY,R.: "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional" en *Derecho y razón práctica*, México, 1993, p 34.

¹⁴⁷ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 177

predominantes de validez, es decir argumentos validados por la experiencia. Es analítica cuando aborda la estructura lógica de los argumentos y su ámbito de posibilidad. Es, en fin, normativa cuando pretende fundamentar los criterios de la propia racionalidad del discurso.

Estas tres concepciones de la racionalidad del discurso son dimensiones conexionadas que adquieren pleno sentido si alcanzan a cumplirse en un mismo razonamiento. No cabe pensar en una suerte de discurso normativo que no cumpla, o esté en condiciones de cumplir, con las exigencias del análisis y de la empirie.

5.3 LA TEORÍA DEL DISCURSO COMO TEORÍA PROCEDIMENTAL

Como hemos visto, a la aplicación de principios y normas le cabe el consiguiente procedimiento, del que esperamos conseguir la corrección final del argumento. A esto se refiere Alexy cuando habla de una teoría procedimental. Las características de este procedimiento son que: 1) adquiere la forma de una multiparticipación (aunque en principio se trata de un concepto dialógico de argumentación, no se puede excluir el monológico). En teoría, en el discurso puede participar un número ilimitado de individuos; 2) en el procedimiento se impone una serie de reglas o condiciones y, 3) el procedimiento es perfectamente modificable: las condiciones fácticas y normativas de los participantes pueden cambiar en el curso del mismo.

Respecto a esta concepción de procedimiento, se le realiza una objeción habitual en cuanto al concepto de corrección práctica. Se trataría de que la idea de

procedimiento eliminaría la distinción entre el concepto y el criterio de corrección¹⁴⁸; tal como por ejemplo, una corrección práctica en el nivel semántico, como plantea Tarski¹⁴⁹.

Weinberger¹⁵⁰ objeta que los discursos tengan algo que ver con la corrección o con la verdad.

También se hacen a Alexy objeciones sobre la posible utilidad¹⁵¹ de un criterio teórico discursivo de corrección, en base a que las reglas del discurso no determinarían un procedimiento que permitiera llegar a un resultado concreto en un número limitado de operaciones. Y ello por tres motivos: a) no se conocen bien los puntos de partida teóricos de un discurso; b) parece que, de existir estos puntos, serían algo así como las convicciones normativas de los participantes, y c) parece también de sentido que las reglas, por numerosas y complejas, sólo se puedan cumplir de manera aproximada¹⁵².

¹⁴⁸ALEXY,R.: "Respuesta a algunos críticos" en *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989, p 300

¹⁴⁹Cfr.TARSKI,A.: *The Semantic Conception of Truth and the Foundation of Semantics*, en "Philosophy and Phenomenological Research" 4, 1943-44, p 343

¹⁵⁰Cfr. WEINBERGER,O.: "Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation" en *Metaheorie juristischer Argumentation*, Berlín, 1983.

¹⁵¹*Ibidem*, pp 191 y ss

¹⁵²ALEXY,R.: *Ibidem*, p 300

5.4 FUNDAMENTACIÓN Y REGLAS DEL DISCURSO

En principio para fundamentar las reglas del discurso podría seguirse cuatro vías. La primera alude a una consideración como reglas técnicas, es decir, modelos que prescriben medios para lograr fines. Es el caso de la "Escuela de Erlangen" que asume la idea de que el fin a lograr por medio del discurso es la eliminación del conflicto por medios no violentos. Una segunda vía es la fundamentación empírica. Supone que determinadas reglas se corresponden de hecho a nuestras convicciones normativas realmente existentes, es decir, que ciertas reglas rigen de hecho. La tercera, es la fundamentación definatoria, según la cual el criterio a seguir viene implícito en el análisis de las propias reglas que definen un juego de lenguaje. La cuarta vía, "pragmático trascendental" o "pragmático universal" sugiere que la validez de determinadas reglas es condición de posibilidad de la comunicación lingüística. La postura de Alexy resultaría de una modificación de este último planteamiento¹⁵³ consistente en afirmar que: 1) la validez de determinadas reglas está determinada por la posibilidad de determinados actos de habla; 2) cuando renunciamos a estos actos de habla estamos abandonando la posibilidad de formas de comportamiento que definen lo humano¹⁵⁴.

¹⁵³ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 178

¹⁵⁴APEL,K.O.: "Analytic Philosophy of Language and the Geisteswissenschaften", en *Foundation of Language*, Supplementary Series, Vol. 4, Dordrecht, 1967; APEL,K.O.: *Discurso y realidad: en debate con K.O. Apel*. ed., de Domingo Blanco [et al.], Trotta, Madrid, 1994

Apel se plantea la imposibilidad de la pura existencia humana como tal de no ser por la posibilidad de la comunicación: es decir, la comunicación como necesidad.

V. (también para este tema) APEL,K.O.: "El problema de la fundamentación última filosófica a la luz de una pragmática trascendental del lenguaje (Ensayo de una metacrítica del racionalismo crítico)", *Dianoia*, 21, 1975, pp 140-173

V. (para la fundamentación de la ética sobre esta idea de *comunicación ideal de la comunidad*) APEL,K.O.: *Teoría de la verdad y ética del discurso* (trad., de N. Smilg), Paidós, Barcelona, 1991

5.5 CRÍTICA A LA TEORÍA DEL DISCURSO EN GENERAL

El concepto de discurso ha sido criticado fundamentalmente a tres niveles: 1) en cuanto a su estructura lógica, es decir, en su capacidad de sustentar argumentos con identificación lógica; 2) en cuanto a su carácter procedimental, es decir, que sea resultado de un debate ético intelectual y 3) en cuanto a su carácter comunicativo, o lo que es lo mismo, su pretensión de que adquiere sentido sólo en el nivel activo de transmisión de contenidos intencionales del lenguaje.

La primera crítica supone una actitud clásica, que supera en mucho el planteamiento de Alexy, por lo que no merece aquí un mayor comentario.

En la segunda crítica lo que está en juego es el propio criterio de verdad. Es fundamentalmente Weinberger quien pone de manifiesto que no se puede pretender buscar una verdad objetiva basada en el consenso. En todo caso el planteamiento sería inverso: el hallazgo final de una verdad objetiva (y recordemos que si se trata de un discurso integrado en un proceso jurídico difícilmente se podría hablar de verdades objetivas, sino más bien de soluciones correctas) debería concluir en un consenso, pero no al revés. En definitiva para Weinberger¹⁵⁵ no es equiparable el resultado obtenido por el empleo de la lógica, de la experiencia o del análisis crítico, del que podemos esperar verdad, con el obtenido en el discurso, que todo lo más, puede ofrecer opiniones.

¹⁵⁵WEINBERGER, O.: "Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation", en *Metatheorie juristischer Argumentation* (ed. de R. Alexy), Duncker-Humblot, Berlín, 1983, pp 205 y ss.

En la tercera crítica alude Tugendhat a un equívoco introducido en el planteamiento de Alexy, al no haber distinguido entre el aspecto semántico y pragmático de las reglas (que serán parte integrante del discurso). El que una norma sea buena para todos es algo apreciable a nivel individual, es decir se puede constatar monológicamente por la simple aplicación de reglas semánticas¹⁵⁶. Por otra parte la pretensión final del consenso no alcanza para Tugendhat sino al acuerdo sobre el derecho de expresión de voluntades, más que de opiniones, de cada uno de los participantes. Sería este un consenso de buenas intenciones que en nada respaldaría una respuesta así obtenida en sus pretensiones de verdad¹⁵⁷.

La respuesta de Alexy a estas críticas la iremos tratando a lo largo de esta investigación.

¹⁵⁶TUGENDHAT,E.: "Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen in modernen Recht", *A.R.S.P.*, Nueva serie, Cuaderno 14, 1980, pp 8 y ss

¹⁵⁷TUGENDHAT,E.: "Tres lecciones sobre problemas de la ética", en *Problemas de la ética* (trad. de J.Vigil), Barcelona, 1988, pp 129-138

CAPÍTULO 6

DISCURSO JURÍDICO

- 6.1 CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN
- 6.2 LA LÓGICA DEL DISCURSO JURÍDICO
- 6.3 NECESIDAD Y DISCRECIONALIDAD

Cuando el discurso de la razón sin más, o de la razón práctica por añadidura, se aplica a resolver cuestiones del ordenamiento civil, estamos en el lenguaje propio del derecho y en su parte más dinámica: el discurso jurídico.

Aunque hay autores¹⁵⁸ para quien este lenguaje no es sino la máxima expresión de la comunicación lógica; es decir, donde se manifiesta más evidentemente una construcción argumentativa racional, lo cierto es que por lo general se conviene en admitir que el lenguaje jurídico como tal tiene señas de identidad propias y es deudor de otros lenguajes más genéricos como el de la lógica o el de la razón práctica.

¹⁵⁸TOULMIN, S.E.: *The uses of argument*, Cambridge, 1958, p.7 (El autor se aparta del modelo tradicional aristotélico, subordinado al ámbito matemático: "Logic, we may say, is generalized jurisprudence").

6.1 CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El discurso jurídico está en la base de toda dialéctica jurídica. Las pretensiones de credibilidad de ésta dependen de la confianza que inspire aquél respecto a su naturaleza, estructura y verosimilitud.

Su ámbito aplicativo se concreta en tres niveles: el de la dogmática, el del debate institucional que dará lugar a la génesis del cuerpo legislativo y reglamentario, y el propio proceso judicial¹⁵⁹. Cabría añadirle un cuarto espacio operativo, el de la crítica jurídica que aglutinaría la controversia suscitada en cualquiera de las instancias mencionadas.

Dentro ya de la argumentación jurídica, el discurso tiene dos ámbitos de intervención. El primero está circunscrito a las leyes de la lógica, pudiendo resolver casos de un primer nivel de justificación. Se comporta como una inferencia¹⁶⁰. La conclusión a un caso jurídico es verdadera si las premisas son verdaderas¹⁶¹. Lo que determina la regla de inferencia es que si las premisas son verdaderas, la respuesta también verdadera. Esta cuestión raramente se puede plantear en un caso real, donde

¹⁵⁹ ATIENZA, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, 1993, pp 19 y ss

¹⁶⁰ DEAÑO, A.: *Introducción a la lógica formal*, Alianza editorial, Madrid, 1981, p 133

"La obligatoriedad en el paso de las premisas a la conclusión, la imprime una regla de inferencia, un dispositivo lógico que, a partir de unas premisas con una forma determinada, arrastra una determinada conclusión".

¹⁶¹ ATIENZA, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, 1993, p 31

lo natural es, precisamente esto, una *deducción natural*¹⁶². Pero, aun dando por bueno un modelo axiomático de deducción, el discurso jurídico, que antes que nada es discurso práctico en la concepción de Alexy, tiene que dar cuenta no sólo de una corrección formal, sino de la corrección material. Parece, pues, que la lógica sería un instrumento tan necesario como insuficiente para el control de los argumentos¹⁶³. Así el argumento ha de dar cuenta tanto de su parte formal como de su parte material¹⁶⁴.

6.2 LA LÓGICA DEL DISCURSO JURÍDICO

El discurso jurídico siempre se ha movido entre dos polos de fundamentación: la necesidad de consolidarse como método científico reconocido de interpretación universalizable, para lo que necesariamente ha tenido que ofrecer una imagen de articulación lógica más o menos estable, y la obligatoriedad de la flexibilidad, la versatilidad o lo que en términos jurídicos es más acorde, la

¹⁶²DEAÑO, A.: o. cit., p 142

"La diferencia fundamental entre el modo axiomático de deducir y el modo natural de hacer inferencias deductivas es que en el primer caso se parte de enunciados formalmente verdaderos y a enunciados formalmente verdaderos se llega al cabo de deducción, mientras que en el segundo se puede partir - y eso es lo más frecuente- de enunciados indeterminados en su valor de verdad o incluso declaradamente falsos, llegándose a enunciados que tampoco son tautológicos".

¹⁶³ATIENZA, M.: *Las razones del derecho*, p 32

¹⁶⁴La lógica formal sería suficiente si en el derecho sólo se ventilasen asuntos de carácter formal, pero no es así, intervienen factores psíquicos, sociales, consuetudinarios, etc., por tanto no nos basta con la lógica formal. (N. del A.)

discrecionalidad. La teoría de la argumentación jurídica pretende dar una idea de discurso lógico, discrecional y seguro¹⁶⁵.

Alexy justifica la necesidad del discurso jurídico, entre otras razones, por la falta de seguridad con que opera el discurso práctico o, más aun, por la debilidad de éste en sus reglas y formas¹⁶⁶, lo que se traduce en que en la solución de un caso no garantizaría la seguridad jurídica suficiente¹⁶⁷.

Pero este punto de vista viene refrendado de alguna manera, tanto en sus hallazgos como en sus carencias por aquellas teorías que le dan cobertura. Así en la Tópica ya se plantea que la lógica apenas rebasa los problemas de la justificación interna y que el intento de nuestra sociedad de dotar de científicismo al derecho haciendo que aborde los problemas con el método deductivo, sería equivocado pues desnaturalizaría precisamente al derecho convirtiéndolo en un instrumento al servicio del método científico. El derecho, según la concepción tópica, y más concretamente de Viehweg, sería "insistematizable, porque no puede encontrarse en su campo ningún principio que sea al mismo tiempo seguro y objetivamente fecundo"¹⁶⁸, por tanto no queda sino abandonar la vía sistemática por la *aporética*, aquella que resulta

¹⁶⁵ATIENZA,M.: "Sobre los límites del análisis lógico del derecho", en *Theoría*, Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, 1992, 7 (16-18), pp 1007 y ss

¹⁶⁶ALEXY.R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 273

¹⁶⁷VERNENGO,R.J.: "Lógicas normativas y la reconstrucción del razonamiento jurídico", en *Theoría*, 1992, 7 (6-18), pp 1.115-1.124

¹⁶⁸VIEHWEG,T.: *Tópica y jurisprudencia*,(trad. de Díez Picazo. Prólogo de García de Enterría), Taurus, Madrid, 1964, p 164

de construir la estructura argumental (la *técnica de pensamiento problemático*)¹⁶⁹ en torno al problema.

Es incuestionable la influencia de esta corriente en el complejo trama argumentativo de Alexy, quien reconoce que la tópica propone la búsqueda de todos los puntos de vista que se puedan tener en cuenta¹⁷⁰. De hecho, de la triple definición de Otte de la tópica: 1) una técnica de búsqueda de premisas; 2) una teoría de la naturaleza de las premisas, y 3) una teoría del uso de las premisas en la fundamentación jurídica¹⁷¹, entendemos que la primera y la última, por lo menos, están presentes en la concepción de Alexy. En definitiva, es un modelo abierto del derecho que converge finalmente en una solución única al caso planteado¹⁷².

En el caso de la retórica jurídica, y más concretamente de la de Perelman, la influencia que ejerce sobre la teoría de la argumentación jurídica es importante, aunque finalmente sólo tome de ella más bien la intención que el desarrollo. Según Perelman la idea de decisión razonable es variable, no sólo histórica sino

¹⁶⁹GARCÍA AMADO, J.A.: *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, 1988, pp 90 y ss

¹⁷⁰ALEXY, R.: *Ibidem*, p 40

¹⁷¹OTTE, G.: *Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben*, en "Rechtstheorie" 1, (1970), pp 184

¹⁷²V. (para este tema en general) VIEHWEG, Th.: *Tópica y filosofía del derecho* (trad. de J.M. Seña y revisión de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling), Gedisa, Barcelona, 1990

GARCÍA AMADO, J.A.: "Tópica, Derecho y método jurídico" en *Doxa*, 4, 1987, pp 161-188

socialmente, incluso en un mismo momento histórico podrían darse un abanico de decisiones razonables¹⁷³.

La verdadera contribución de Perelman al discurso jurídico es su intento de rehabilitar la razón práctica; es decir, racionalizar el discurso en el ámbito de la moral, el derecho, la política, etc. Aunque bien es verdad que su teoría argumental, que aparece en la nueva retórica¹⁷⁴, es criticada en cuanto al concepto, en cuanto a la ideología y en cuanto a la concepción del derecho y del razonamiento jurídico¹⁷⁵.

Concretamente el modelo jurídico de Perelman viene a consolidar una especie de *statu quo* sobre todo en la utilización de los tópicos y en la idea de que, por defecto, la solución a los casos está en el derecho vigente, no en el innovado. La diferencia fundamental con Alexy es que éste plantea un discurso jurídico amplio que afecta a diversas esferas de la sociedad; es más bien un debate de carácter jurídico en instancias que pueden serlo o no, en cambio Perelman apenas se sale del discurso judicial y en concreto el que se ejerce en tribunales superiores, con lo que queda bastante constreñido su planteamiento.

Otra similitud importante la observamos en Maccormick, quien parte de que la racionalidad del discurso se puede derivar de la justificación de que exista un

¹⁷³Cfr. WROBLEWSKI, J.: "Logique juridique et theorie de la argumentation de Ch. Perelman", en *Justice et argumentation*, 1986.

¹⁷⁴Cfr. PERELMAN, Ch.: *La Lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. de Díez Picazo. Título original: *Logique juridique-nouvelle rhetorique*, Dalloz, París, 1976), Civitas, Madrid, 1979

¹⁷⁵ATIENZA, M.: *Ibidem*, p 87.

procedimiento jurídico racional que incluya no sólo la existencia de normas universales y consistentes, sino los jueces y legisladores que las apliquen. En este sentido el razonamiento jurídico es una forma de racionalidad práctica aunque no limitado a ella, pero a diferencia de Alexy, que considera el razonamiento moral en el mismo plano que el jurídico, MacCormick entiende que el razonamiento jurídico es "un caso especial, altamente institucionalizado y formalizado de razonamiento moral".

Otra diferencia con Alexy procede del origen de su pensamiento jurídico, en la línea de Hume y Hart y en concreto de éste, de la necesidad de aceptar la regla de reconocimiento, por un lado y la obligación de los jueces de aplicar el derecho vigente, por otro¹⁷⁶.

Un punto de contacto en esta reconstrucción lógica del discurso lo encontramos en Toulmin para quien el discurso jurídico representa el foro más intenso para la práctica y análisis del razonamiento, por encima de cualquier ámbito de debate social. El derecho representa un campo propicio para esgrimir los mil matices que pueda presentar una argumentación¹⁷⁷.

¹⁷⁶MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, pp 272 y ss

¹⁷⁷RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Civitas, Madrid, 1988. [El autor sostiene, siguiendo a Recaséns Siches, que la lógica del derecho es no sólo una lógica de lo racional, sino también de lo humano y de lo razonable, por tanto estimativa y axiológica] p 27. [Así, "en nuestro quehacer cotidiano de juristas prácticos (los abogados) nos vemos obligados a saltar una y otra vez fuera del campo de la lógica formal"], p 17

Por argumentación entiende Toulmin "la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones, e incluso refutando esas críticas"¹⁷⁸. Por argumento entiende al menos dos cosas, o bien un tramo de razonamiento: "secuencia de pretensiones, razones encadenas que, entre ellas, establecen el contenido y la fuerza de proposición en favor de la que argumenta un determinado hablante", o bien, algo en lo que la gente se ve envuelta, es decir, "interacciones humanas en las que formulan y debaten estos asuntos o estos tramos de razonamiento".

En definitiva la equivalencia entre lógica y jurisprudencia permite situar en el centro la función *crítica* de la razón¹⁷⁹. Es un concepto coronado de idealismo como se ve cuando afirma que "nuestras pretensiones extrajurídicas tienen que ser justificadas no ante sus majestades los jueces, sino ante el tribunal de la razón"¹⁸⁰. Un concepto en cierta medida equiparable a la *comunidad ideal de diálogo* de Habermas.

El modelo de Toulmin supera en definitiva un análisis tradicional de la lógica, quien no respondería a las exigencias reales del discurso jurídico y que por tanto no puede ni debe tomarse como paradigma de todos los demás. En tanto que la lógica sólo distingue entre premisa y conclusión, considera que al menos se deben diferenciar seis tipos de proposiciones, que cumplen además funciones distintas en la argumentación: el respaldo, la garantía, las razones, el cualificador, la condición de

¹⁷⁸TOULMIN-RIEKE-JANIK.: *An Introduction to Reasoning*, MacMillan, New York, 1984, pp 14 y ss

¹⁷⁹TOULMIN,S.: *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958, p 7

¹⁸⁰*Ibidem*, p 7

refutación y la pretensión¹⁸¹, que constituye la formulación más compleja planteada por este autor¹⁸².

La última variante lógica que vamos a revisar es la de teoría consensual de Habermas que representa la inmediata referencia de nuestro autor. Se basa en un criterio de verdad basado en el acuerdo potencial de todos los participantes. Al tratarse de proposiciones normativas plantea que se hable de *corrección* en vez de *verdad*, aunque considera que ambos términos son equiparables.

La crítica principal que se le viene haciendo y que Alexy matiza¹⁸³ es que tendría dos puntos débiles: primero, no puede ser cumplido y segundo, incluso su cumplimiento no sería suficiente.

Habermas considera suficiente criterio de verdad el *consenso fundado*¹⁸⁴ es decir, una convergencia colectiva de verdad: "el sentido de la verdad no es la circunstancia de que se haya alcanzado cualquier consenso, sino que en cualquier momento en todas partes, si entramos en un discurso, puede ser obtenido un consenso en condiciones que lo acrediten como un consenso fundado"¹⁸⁵. Habermas

¹⁸¹El modelo sintético de argumentación de Toulmin se representa en cuatro eslabones: las razones, el respaldo, la garantía y la pretensión. (N. del A.)

¹⁸²Dado que en la argumentación no se dan razonamientos esquemáticos sino que también los hay de tipo substancial, no sería posible dar cuenta de los mismos con el modelo simple de Toulmin. (N. del A.)

¹⁸³ALEXY, R.: *Ibidem*, p 119

¹⁸⁴HABERMAS, J.: *Wahrheitstheorien*, p 239

¹⁸⁵*Ibidem*, p 343

fundamenta esta posición en que la lógica del discurso es una lógica pragmática en la que los contextos de la argumentación están compuestos no de enunciados sino de actos de habla. La unidad estructural sería el argumento "o fundamentación que nos motiva a reconocer la pretensión de validez de una afirmación o de una orden o, en su caso, de una valoración".

Alexy utiliza este concepto de argumentación, que a su vez enlaza con la representación estructural de Toulmin que ya planteábamos; es decir, el argumento disociado en razones, respaldo, garantía y pretensión¹⁸⁶. En el caso de Habermas el consenso se produce de la fuerza que tenga el paso del respaldo a la garantía y en definitiva de la adecuación del sistema lingüístico usado para la argumentación. La fuerza de un argumento para producir consenso descansa en "un desarrollo cognitivo que garantiza la adecuación del sistema de descripción que precede a toda argumentación singular"¹⁸⁷. Pero Habermas considera que en todo sistema lingüístico "naturalmente regulado" la pretensión de verdad se da si existe la "posibilidad estructural de interrogar, modificar y sustituir el respectivo lenguaje de fundamentación en que son interpretadas las experiencias.

Este punto de vista sobre la verdad y en general sobre la lógica del discurso es asumido en buena parte por Alexy¹⁸⁸, pero alega que en el discurso práctico, base de su discurso jurídico y que Habermas llama "principio de universalización" (único principio en el que se manifiesta la razón práctica), no ha habido una investigación

¹⁸⁶TOULMIN,S.E.: *The Uses of Argument*, p 95

¹⁸⁷HABERMAS,J.: *Ibidem*, p 249

¹⁸⁸ALEXY,R.: *Ibidem*, p 123

suficiente, por lo que habría que retomar las concepciones de Hare, Baier y Singer. Este principio de universalización será el precedente de su teoría de la *situación ideal de diálogo*.

6.3. NECESIDAD Y DISCRECIONALIDAD

En el plano de la moderna metodología jurídica podemos encontrar desde un planteamiento como el de Neil Maccormick que sitúa el discurso como una "justificación deductiva de carácter lógico" hasta el de Alexy, como una "argumentación lógico-deductiva con triple limitación (a la ley, a la dogmática y al precedente)¹⁸⁹. Entre uno y otro cabe toda una serie de posibilidades y planteamientos intermedios¹⁹⁰.

El discurso jurídico de Maccormick está a medio camino entre la racionalidad y la afectividad, es decir entre la ortodoxia de la razón y la pragmática de la racionalidad¹⁹¹. Esto tiene su razón de ser en el propio origen de su pensamiento, tanto por la vía de la racionalidad de Kant, como por la del escepticismo de Hume, el *deber ser* y *el empirismo*, la pragmática universal y la teoría del precedente.

¹⁸⁹STEINER, J.M.: "Judicial Discretion and the Concept of Law", en *Cambridge Law Journal* 35 (1976), pp 135-157

¹⁹⁰V. para el complejo caso de la "discrecionalidad técnica" y, en especial, la derivada de órganos comisionados y colegiados no revestidos de autoridad jurídica propiamente dicha, IGARTUA SALAVERRÍA, J.: *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Instituto Vasco de Administración Pública, ed., Civitas, S.A., Madrid, 1998

¹⁹¹MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, p 270

La justificación deductiva, según Maccormick es posible en los casos fáciles en que a partir de premisas fácticas se resuelve el caso por deducción; o casos difíciles, en que la premisa normativa habrá de ser justificada. En estos casos se plantea un cuádruple problema a valorar: la *interpretación*, esto es, cuando tenemos la norma pero no hay homogeneidad en su interpretación. La *relevancia*, o cómo ha de interpretarse una determinada norma. La *prueba*, que se remite a la identificación de la premisa menor, y la *calificación*, que trata de los hechos de acompañamiento al caso; es decir, los llamados hechos secundarios¹⁹².

La necesidad del razonamiento se da en el ámbito de las premisas fácticas, es decir en un campo abocado a soluciones incontestables¹⁹³. La inclusión de premisas normativas amplía el abanico de la solución y generalmente habrá que recurrir al requisito de la universalidad¹⁹⁴, pero, en cualquier caso, lo decisivo del punto de vista de Maccormick es que en su modelo de razonamiento lo que la lógica determina es la obligación del juez de fallar en el sentido indicado, pero no el fallo del juez en cuanto tal¹⁹⁵.

¹⁹² ATIENZA, M.: "La argumentación jurídica en un caso difícil. La huelga de hambre de los 'Grapo'", en *Jueces para la democracia*, nº 9, Madrid, 1990, pp 31-37

¹⁹³ HAYEK, F.A.: *Derecho, Legislación y Libertad: formas y orden* [Tit. original: *Law, Legislation and Liberty*], V. 1, Unión Editorial, S.A., Madrid, 1978 [V. "Reglas fácticas y reglas normativas", p 125, y "La fijación de la ley y la predecibilidad de las decisiones judiciales", p 181]

¹⁹⁴ V. también MACCORMICK, N.: "On Reasonableness", en *Les notions a contenu variable en Droit. Etudes publiées par Chaïm Perelman et Raymond Vander Est*, Bruselas, 1984; ATIENZA, M.: "Sobre lo razonable en el Derecho", *Revista española de Derecho constitucional*, nº 27, Madrid, 1989, pp 93-110

MACCORMICK, N.: "Coherence en Legal Justification", en *Weinberger-Festschrift*, 1984, pp 37-53

¹⁹⁵ ATIENZA, M.: *Las razones del derecho*, p 136

La controversia que suscita que el resultado lógico de un proceso dentro del razonamiento judicial, no se corresponda absolutamente con la decisión¹⁹⁶, vendría de no entender la diferente naturaleza del silogismo práctico, con un procedimiento institucionalizado al que se debe atener el juez.¹⁹⁷

Alexy parte de la diferenciación kantiana entre *principium diudicationis* y el *principium executionis* para distinguir entre lo que es la formación del juicio y la formación de la voluntad y entiende que el *proceso judicial* va un punto más allá que el propio discurso jurídico al tener que acotar una solución que, aunque él plantea como idealmente alcanzable, debe ser ajustada *ex aequo* entre razón y autoridad.

¹⁹⁶AARNIO, A.: "Sobre la predecibilidad de las decisiones jurídicas" [publicado en finlandés en el *Festschrift* en honor de G.H. von Wright en su 70 aniversario] y en *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*, [trad., cast., de P. Larrañaga], Fontamara, México, 1995, pp 83 y ss

¹⁹⁷V. para la crítica a Maccormick, WILSON, A.: "The Nature of Legal Reasoning: A Commentary with special reference to professor MacCormick's Theory", en *Legal Studies*, nº 2, 1982, pp 269-285

CAPÍTULO 7

DERECHOS Y ARGUMENTACIÓN

- 7.1 LOS DERECHOS COMO POSICIONES Y RELACIONES JURÍDICAS
- 7.2 TEORÍA DE LOS DERECHOS
- 7.3 LA TESIS DE LOS DERECHOS Y EL DISCURSO RACIONAL
- 7.4 DERECHOS Y RAZONAMIENTO JURÍDICO

Según convinimos al hablar de los sistemas democráticos, de participación o, si se quiere, consensuales, los derechos están en la base de toda argumentación. Son, al mismo tiempo, el objeto y el resultado del razonamiento jurídico por antonomasia. Esta relación de necesidad que a primera vista podría aparecer como entimemática la resuelve el autor con la aplicación del discurso racional. "Se necesita una razón para hacer necesaria dicha relación. Esta razón puede encontrarse en la teoría del discurso racional que está en la base del sistema en su totalidad"¹⁹⁸.

¹⁹⁸ALEXY,R.: "Derechos Razonamiento Jurídico y Discurso Racional", incl. en *Derecho y Razón Práctica*, México, 1993, p 23

7.1 LOS DERECHOS COMO POSICIONES Y RELACIONES JURÍDICAS

Este concepto que, sin ser nuevo, es tratado por Alexy con originalidad, supone reconocer a los derechos la fuerza necesaria para desatar toda la tensión jurídica que condicionará el ordenamiento¹⁹⁹. Tanto los principios como las subsiguientes reglas de acompañamiento tendrían su razón de ser en la definición y protección de estos derechos²⁰⁰, y estos, a su vez, se constituirían en fundamento de unos y otras²⁰¹.

Alexy analiza previamente el concepto de derecho individual, sobre la base de lo que llama "un modelo de tres niveles"²⁰², para posteriormente desarrollar una teoría de los principios de estos mismos derechos individuales²⁰³.

El modelo de tres niveles se construye sobre: 1) la fundamentación de los derechos individuales; 2) la consideración de los derechos individuales como posiciones y relaciones jurídicas, y 3) la imposibilidad de los propios derechos individuales²⁰⁴.

¹⁹⁹ ALEXY, R.: *El concepto y validez del derecho*, p 17

²⁰⁰ ALEXY, R.: "Derechos individuales y bienes colectivos", p 180

²⁰¹ *Ibidem*, pp 182 y ss

²⁰² *Ibidem*

²⁰³ ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, p 178

²⁰⁴ *Ibidem*, p 186

V. también (para la relación de los derechos subjetivos con las cuestiones normativas) KANT, I.: *Metafísica de las Costumbres (Metaphysik der Sitten*, 1979), Altaya, Barcelona, 1973, p 48 y p 96; y HART, H.L.A.: "Bentham on Legal Rights" en A.W.B. Simpson ed., *Oxford essays in Jurisprudence*, Oxford, 1973, p 189; RAZ, J.: "Hart on Moral Rights and Legal Duties", en *Oxford Journal of Legal Studies*, v, 4, n° 1, 1984

La naturaleza de estas posiciones o relaciones jurídicas es diferente según hablemos de *derechos a algo*, *libertades*, o *competencias*, en una distinción originaria presente tanto en Bentham que habla de "*rights to services*", "*liberties*" y "*powers*"²⁰⁵; o en Bierling, "pretensiones jurídicas", "simples pretensiones jurídicas" y "poder hacer jurídico"²⁰⁶.

Los derechos a algo se configuran como relaciones triádicas²⁰⁷ entre el sujeto del derecho (*a*), los destinatarios (*b*) y el objeto del derecho (*G*), representado según la fórmula general:

RabG

que supone que sólo cuando ocurre esta relación trinomial podemos decir que se da en *a* la necesaria posición jurídica que le caracteriza por tener un derecho a *G* frente a *b*.

No analizamos aquí los dos niveles siguientes por no ser relevantes para el punto aquí considerado. De lo que se trata es de poner de manifiesto la preeminencia de los derechos como posiciones jurídicas y que los derechos individuales asignados a este segundo nivel tienen un carácter deontológico, es decir son reducibles a

²⁰⁵BENTHAM, J.: *Of Laws in General*, ed. de H.L.A. HART, London, 1970, pp 57, 82, 119, 173 y ss

²⁰⁶BIERLING, E.R.: *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 2ª parte, Gotta, 1983, pp 49 y ss

²⁰⁷ALEXY, R.: *Derechos individuales y bienes colectivos*, p 182

"modalidades deónticas relacionales"²⁰⁸, lo que es fundamental a la hora de asignarle su papel en la argumentación²⁰⁹.

7.2 TEORÍA DE LOS DERECHOS

El papel de garante de los derechos que en cualquier sistema democrático suele reservarse al orden constitucional y su intérprete (en este caso comúnmente referido al Tribunal Federal), hace que Alexy coloque en el vértice de la pirámide a los derechos fundamentales en tanto derechos subjetivos²¹⁰. Aunque su análisis es posterior al de la aparición de la Teoría de la argumentación puede inferirse perfectamente que este concepto y su valoración normativa, empírica y analítica²¹¹, está presente a la hora de diseñarla.

Una vez establecida la posición de los derechos como soporte y justificación del tejido jurídico, Alexy da un paso más y aborda su papel en relación con los bienes colectivos²¹².

²⁰⁸ *Ibidem*

²⁰⁹ Cfr. para el concepto de modelo a tres niveles: GEWIRTH, A.: "Why Rights are Indispensable" en *Mind* 95 (1986), p 328

²¹⁰ ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales* (del título original *Theorie der grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986, trad. de E. Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp 173 y ss

²¹¹ *Ibidem*, pp 174 y ss

²¹² ALEXY, R.: "Derechos individuales y bienes colectivos", p 190

Cataloga los derechos en un doble concepto: fuerte y débil. El primero basado en el supuesto de que "todos los rasgos que se consideran importantes en conexión con los derechos son elementos del concepto de derecho"²¹³, cuya máxima expresión está en los "intereses jurídicamente protegidos" de Jhering²¹⁴, o en el concepto diferencial de Windscheid como "un poder de la voluntad o superior a la voluntad que confiere el orden jurídico"²¹⁵.

El concepto fuerte de derecho que propone Alexy supone el *handicap* de la conceptualización de problemas de la teoría del derecho, aun en vigente debate.

En tanto, la concepción débil de los derechos se sustenta en la consideración de los mismos como relaciones jurídicas²¹⁶. Ahora bien, aunque no todas las normas expresan un derecho, si hay un derecho hay obligación relativa y un enunciado que expresa una obligación relativa es una norma. "Cuando hablamos de derechos lo hacemos de un tipo especial de normas", lo que lleva a una diferenciación más precisa, la distinción entre derechos definitivos y derechos *prima facie*, que hemos visto y que equivale ni más ni menos que a la propia entre reglas y principios²¹⁷.

²¹³ALEXY,R.: "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional", p 24

²¹⁴Cfr. JHERING,R.: *Geist römischen Rechts aufden verschiedenen Stufenseiner Entwicklung*, 5ª ed., parte 3ª, Leipzig, 1906

²¹⁵Cfr. WINDSCHEID,B.: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9ª ed., edición de Th. Kipp, t.1, Francfort del Meno, 1906

²¹⁶ALEXY,R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, pp 173 y ss

²¹⁷ALEXY,R.: "Derechos, razonamiento y discurso racional, p 26

7.3 LA TESIS DE LOS DERECHOS Y EL DISCURSO RACIONAL

Toda la teoría discursiva pretende ser asiento de una teoría de la corrección y de la racionalidad práctica²¹⁸, en este sentido los derechos, como objetivo de una y otra, se convierten en la clave para desarrollarla. No se trata ya de una relación normativa, que también²¹⁹, sino de una relación lógico-argumental necesaria.

Según la teoría del discurso, lo sujeto a las reglas del discurso, es decir, lo ordenado, debe sustentarse en la garantía de preservar el derecho de cada persona a participar en el mismo, incluyendo o criticando cualquier argumento (simetría). Si no se dan estas pretensiones, junto con otras de carácter técnico-lingüístico, no puede hablarse de racionalidad. Ahora bien, este reconocimiento de la participación, no obstante la individualidad, es la expresión máxima de la garantía de los derechos de cada uno, aunque sea en la propia idea de que estos pueden ser explicitados. "Lo que es verdad en los argumentos racionales acerca de cuestiones jurídicas o políticas tiene implicaciones por las respuestas que se den a tales cuestiones. Mi tesis es que el resultado de un discurso racional sería un sistema de derechos fundamentales que incluyera una preferencia *prima facie* de los derechos individuales sobre los bienes colectivos"²²⁰.

Las consecuencias de esta afirmación son claras: por un lado hablamos en Alexy de un sistema impregnado de moral como soporte de la defensa de los

²¹⁸ALEXY,R.: "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", incluido en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, 1994, p 136

²¹⁹ALEXY,R.: "Derechos individuales y bienes colectivos", p 200

²²⁰ALEXY,R.: "Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft". Conferencia presentada en el 15 Congreso Mundial del Derecho y Filosofía Social, Gottinga, 1991

derechos fundamentales y, por otro, su idea de argumentación gira en torno a la protección de los derechos por un más o menos ortodoxo y complejo sistema procedimental.

7.4 DERECHOS Y RAZONAMIENTO JURÍDICO

Toda vez que los derechos y su salvaguarda se convierten en objetos del discurso racional y en fines del discurso jurídico, parece que toda argumentación que no tenga presente este presupuesto queda viciada al dejar de lado la pretensión de corrección imperante en cualquier sistema jurídico que se precie. Bien es verdad que, desde Jhering²²¹, no es fácil determinar que el postulado a defender en la argumentación no sea afín a la ortodoxia práctica por el hecho de serlo al *interés* entre lo individual y lo comunal. Es decir, que no podamos hablar de la mejor respuesta posible en función de derechos en abstracto, y esta es una de las críticas a Alexy y a su teoría.

En esta cuestión nos podemos remontar hasta donde queramos. Ya en Kant encontramos esta controversia al hablar de conceptos usurpados al *quid juris*²²² desde el *quid facti*. Alexy parece asumir que representan posiciones jurídicas tanto los

²²¹JHERING,R.: *Ibidem*, p 351

²²²KANT,I.: *Crítica de la Razón Pura (Kritik der Reinen Vernunft)*, Madrid, 1978, p 120. "Al hablar de derechos y pretensiones, los juristas distinguen en un asunto legal la cuestión de derecho (*quid juris*) de la cuestión de hecho (*quid facti*). De ambas exigen una demostración y llaman a la primera -la que expone el derecho o la pretensión legal- *deducción...*, y se produce una gran perplejidad ante la deducción de tales conceptos, ya que no se puede introducir ninguna justificación clara, ni desde la experiencia ni desde la razón, para poner de manifiesto la legitimidad de su empleo".

derechos más o menos universales o fundamentales, como los más específicos *derechos a algo*²²³.

Un sistema jurídico puede contener muchos derechos individuales que no se sostengan en principios, como los de la legislación contractual, fiscal, administrativa, etc., y, en estos casos, plantea Alexy una dificultad real de la aplicación de la regla correspondiente a la defensa del derecho en cuestión por el sistema de deducción. En estos se necesita algo más y es el razonamiento jurídico que el propone como único medio para llegar a una solución aceptable²²⁴.

En los sistemas democráticos lo habitual es que los derechos estén protegidos jurídicamente e identificados en el razonamiento práctico. Según Alexy, "en estos sistemas jurídicos el papel de los derechos fundamentales se debe a la práctica jurídica, y dentro de esta práctica jurídica este papel se manifiesta el razonamiento práctico. Desde un punto de vista crítico se podría decir que los derechos fundamentales son promovidos por la práctica jurídica e institucionalizados por la decisión política"²²⁵.

El razonamiento jurídico afronta el tema de los derechos a través de la fórmula de ponderación o balanceo, desde luego, no como método más o menos de elección discrecional, sino bajo las estrictas leyes de la argumentación jurídica planteadas por el autor²²⁶.

²²³ ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, p 201

²²⁴ Para el concepto de "interpretación más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales" V. EZQUIAGA GANUZAS, F.J.: *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, pp 302 y ss

²²⁵ ALEXY, R.: "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional", p 31

²²⁶ *Ibidem*, p 32

CAPÍTULO 8

ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA

- 8.1 EL LENGUAJE DE LA ARGUMENTACIÓN
- 8.2 ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN
- 8.3 VARIABLES HISTÓRICAS Y METODOLÓGICAS DE LA ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA
- 8.4 LA APORTACIÓN DE ROBERT ALEXY

El hecho de que un razonamiento tome como base los derechos y de que los derechos se evidencien en el razonamiento nos indica que la naturaleza de éste, antes que jurídica, es moral. Es efectivamente el razonamiento práctico el adecuado en la ponderación y evaluación de los principios que entran en liza en todo debate jurídico, y que no son sino el soporte de esos derechos que se pretenden justificar. Resulta obvio que esta afirmación en la línea de nuestro autor no es necesariamente compartida por otros teóricos de la argumentación, especialmente si hacemos referencia a corrientes marcadamente positivistas.

La importancia de la argumentación práctica y consiguientemente su fundamentación, queda patente en el prefacio con que el autor presenta la obra en

1978²²⁷, donde justifica que el grueso de la misma esté dedicado precisamente a este cometido, en detrimento de la propia fundamentación de la argumentación jurídica, ya que en buena medida esta descansa en la anterior.

8.1 EL LENGUAJE DE LA ARGUMENTACIÓN

Para afianzar su teoría Alexy somete a revisión las propuestas más autorizadas sobre el análisis del lenguaje en general, del lenguaje práctico en especial, y de éste mismo como soporte válido de contenidos de verdad y corrección en el ámbito del *deber ser*²²⁸. Es decir, se trata de comprobar si en el ámbito de la verdad podemos trascender el plano de la opinión²²⁹, e instalarnos en la racionalidad de la interpretación²³⁰.

De esta revisión extrae la consecuencia de que, aunque la crítica a los significados del lenguaje de la moral y, por tanto, a sus posibilidades como discurso

²²⁷ALEXY,R.: *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, 1989, p 19

²²⁸KANT,I.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 8ª ed., trad. de García Morente, Espasa Calpe, 1983, p 49

La duda permanente sobre la moral como algo predicable y objeto de experiencia, es clásica, pues "aunque muchas acciones suceden en *conformidad* con lo que el *deber* ordena, siempre cabe la duda de si han ocurrido *por deber* y, por tanto, de si tienen un valor moral.

²²⁹KANT,I.: *Crítica de la Razón Pura*, p 641

Igual que en los juicios de razón pura no está permitido opinar como fuente de verdad, en los principios de la moralidad tampoco, a no ser que lo sometamos a las características de universalidad y necesidad. A través de la *situación ideal de habla* de Habermas, entendemos que Alexy conecta con esta idea, dotando a sus juicios morales de la suficiente capacidad de verdad.

²³⁰HABERMAS,J.: *Conciencia moral y acción comunicativa*, p 43

es consistente, es rescatable, no obstante, un hilo conductor que habla de un discurso práctico con entidad como para ser depositario de un aval de verdad suficiente en el campo del razonamiento.

En cualquier caso, esta es una hipótesis de trabajo que no acaba de despejar la duda de la capacidad de convicción, o al menos de justificación, de las discusiones morales y, queda pendiente también la laguna que supone tener que sustituir el concepto de *acuerdo* por el de *verdad*.

La postura experiencialista del naturalismo, pretendiendo que todo discurso moral es trasladable a lo empírico, la refutaba Moore²³¹ mediante el argumento de la *open-question argument*, que desmontaba la falacia naturalista.

La capacidad de intelección apriorística del intuicionismo para algunos términos clave del ámbito práctico no parece muy asumible hoy. La motivación *psíquica* del emotivismo de Stevenson²³² apunta a una idea de influir en los demás más acorde con la idea de argumentación.

La cuestión central, que Alexy quiere sugerir, es la necesidad de descubrir las reglas del discurso práctico, idea que queda más clara a través de los conceptos de Wittgenstein, que los concibe como juegos articulados del lenguaje y "de un tipo

²³¹Cfr. MOORE, G.E.: *Principia ethica*, Cambridge, 1970 (trad. cast. de N. Roig, *Principia ética*), Laia, Barcelona, 1982

²³²Cfr. STEVENSON, Ch.L.: *Etics and Language*, New Haven, London, 1944

propio"²³³. En tanto, para Austin, el *acto de habla* entendido como acto *ilocucionario*²³⁴, supone el suficiente arraigo convencional (es decir sujeto a reglas), del habla.

Hare parte de la universalidad de las expresiones descriptivas, así como de las valorativas²³⁵. Analiza la equivalencia entre regla y razón en el sentido de que "cuando hacemos un juicio moral sobre algo, lo hacemos porque posee ciertas propiedades no-morales. La noción de razón lleva siempre consigo la noción de regla"²³⁶. Este punto de vista concretado en un análisis prescriptivista del lenguaje moral se traduce en que "no puede haber una deducción lógica de juicios morales a partir de afirmaciones sobre hechos"²³⁷.

En fin, de Baier y su punto de vista moral²³⁸, se desprende que hay razones de más peso que otras y que compiten según las "reglas de prioridad", y que los

²³³WITTGENSTEIN, L.: *Tractatus lógico-philosophicus*, (traducción e introducción de J. Muñoz e I. Reguera), Alianza Universidad, Madrid, 1992; también, *Tractatus lógico-philosophicus*, en: L. Wittgenstein, *Schriften*, vol.1, Frankfurt, a. M., 1969 pp 279-544). Edición a la que hace referencia la Teoría de la Argumentación Jurídica de Alexy

²³⁴AUSTIN, J.L.: *How to do things with Words*, London, Oxford, New York, 1962, p 3

²³⁵Cfr. HARE, R.M.: *The Language of Morals*, London/Oxford/New York, 1952; V. también el punto de vista de Bobbio en su *Teoría dell'ordinamento* [en RUIZ MIGUEL, A.: *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp 340 y 341: "Es cierto, sin embargo, que en Bobbio no está tan clara la reducción de valoraciones a las prescripciones, pero aunque no haya profundizado en el problema ha tendido a ver la moral como un conjunto de proposiciones descriptivas derivadas de proposiciones valorativas, todas ellas integradas en un conjunto sistemático]

²³⁶Cfr. HARE, R.M.: *Freedom and Reason*, Oxford, 1963

²³⁷V. también, para este tema, FRANKENA, W.K.: *Analytische Ethik*, München, 1972

²³⁸Cfr. BAIER, K.: *The Moral Point of View*, London, 1958

juicios morales en cuestión, deben atenerse a unas condiciones que son las que caracterizan ese punto de vista moral. Estas reglas tienen coordenadas formales: la *exigencia de enseñabilidad general*, y materiales: afectas al bien común, reversibles (atañen por igual a sus promotores que a sus destinatarios) y antinegatividad (las consecuencias indeseables las invalidan de pleno).

En definitiva lo que se pone de manifiesto en estos planteamientos, por otra parte tan dispares, es que existe un lenguaje moral diferenciado, con unas características determinables y, desde luego, en mayor o menor medida sujeto a reglas²³⁹.

Alexy extrae las conclusiones convenientes a la mejor fundamentación de su teoría, eminentemente práctica, aunque a veces da la impresión de que éstas resultan algo forzadas, como tendremos ocasión de analizar.

8.2 ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN

Sí los acontecimientos del mundo práctico pueden ser recogidos en un lenguaje propio, más o menos contestado, pero con suficientes pretensiones de

²³⁹Esta afirmación es compatible con la de un lenguaje jurídico que, como tal, aun teniendo señas de identidad propias puede asemejarse al lenguaje general (N. del A.). Para autores como Aulis Aarnio "la base para entender el lenguaje jurídico es la misma que para entender el lenguaje en general. Lingüísticamente el lenguaje jurídico no puede distinguirse de, por ejemplo, el lenguaje de la literatura,... aspecto clave cuando se intenta definir la teoría del derecho" [AARNIO, A.: *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*, (trad., cast. de P. Larrañaga), Fontamara, México, 1995, p 15]

racionalidad²⁴⁰ como para articularse en una construcción discursiva, la cuestión es poder pasar con este discurso a la solución de los conflictos que se plantean en el mundo real. Ahora bien, el problema parece radicar en que el razonamiento práctico tiene un tramo argumentativo *fácil* y otro *difícil*.

Esto se traduce en que, en la práctica, el juez o agente jurídico en cuestión, se encuentra con dos tipos de razonamiento a aplicar: uno de carácter simple en que por deducción se puede, a partir de las premisas, establecer la conclusión al caso. En este campo de supuestos entrarían todos los casos jurídicos o parajurídicos que no ponen en cuestión ni las premisas ni la deducción como método de resolver asuntos de orden práctico. El otro procedimiento surge cuando se necesita, a su vez, justificar la aplicación de determinados referentes, como son las normas. Entramos aquí en una *meta-justificación* en que lo que puede resultar relevante en último caso no es la solución obtenida, que incluso pudiera ser asumida desde un punto de vista histórico-jurídico, sino el dar cuenta de la validez²⁴¹, oportunidad y procedencia²⁴² de aplicar determinadas normas y doctrina jurídica o, incluso, la necesidad de no haberlas tenido en cuenta.

El ámbito estructural interno se corresponde con lo que se llama *corrección formal* de la argumentación. El ámbito externo se corresponde con el de la

²⁴⁰BAIER, K.: *Ibidem*, p 44

²⁴¹BAIER, K.: "Value Judgments", en *The Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1974, pp 47 y ss

²⁴²MACCORMICK, N.: "Universalization and Induction in Law" en *Reason in Law. Proceedings of de Conference Held in Bologna 12-15 December 1984*, Giuffrè, Milán, 1987, pp 103 y ss

corrección material. En el primero operamos por deducción, pero al igual que se obtiene verdad de premisas verdaderas, se obtiene no-verdad de premisas falsas, pudiendo ser, por lo demás, impecable el razonamiento.

Esta es una cuestión de distinción entre argumentos incorrectos (inválidos), de los correctos (válidos²⁴³) y, lo que es una cuestión más escurridiza, distingue los absolutamente inválidos de los que "parecen" válidos (*falacias*²⁴⁴).

A través de la lógica formal deductiva podemos evitar las falacias formales, en tanto que con la argumentación podríamos evitar las materiales. Esto, naturalmente, con todas las reservas del caso.

En definitiva, el razonamiento deductivo-inferencial parece que es manifiestamente inseguro en el ámbito práctico, en tanto que nos hace abandonar el campo estricto de la verdad y ocuparlo por el término más equívoco de la corrección²⁴⁵.

Según Atienza, tendríamos una inferencia lógica o "una argumentación válida (deductivamente), cuando la conclusión necesariamente es verdadera (correcta, justa, válida, etc.) si las premisas son verdaderas (correctas, justas, válidas, etc.)

²⁴³ATIENZA, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p 32; V. también, ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996

²⁴⁴Cfr. COPI, I.: *Introducción a la lógica* (trad. de N.A. Minguez), Eudeba, Buenos Aires, 1986

²⁴⁵EDWARDS, P.: *The Logic of Moral Discourse*, New York/London, 1955; FOOT, Ph.: *Moral Arguments*, en "Mind" 67 (1958), pp 502-513

Salvando todas las dificultades podríamos llegar a asumir una suerte de silogismo práctico que estuviera auspiciado por la argumentación práctica y sus reglas²⁴⁶.

8.3 VARIABLES HISTÓRICAS Y METODOLÓGICAS DE LA ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA

Un modelo de argumentación jurídica como el planteado por Alexy, con un componente estructural de tipo práctico evidente, no pretende ser revolucionario en el contexto de la moderna metodología jurídica, sino adecuado a una mayor exigencia de ajuste de las decisiones jurídicas y parajurídicas. Y todo ello, en el horizonte de una sociedad más crítica con los modelos y soluciones que, si bien son acordes a derecho, no lo son en relación al momento de madurez social que nos corresponde.

Como en tantas ocasiones, más que ideas novedosas, es en la revisión de "los clásicos" donde se pueden encontrar respuestas ya agotadas en la jurisprudencia inmediata.

La *Tópica*, al modo como la concibe Viehweg, incluye tres elementos definicionales: puede entenderse como una *técnica de pensamiento problemático* (según el objeto), un lugar o *topos común* (según el instrumento o método), o una *búsqueda y análisis de premisas*²⁴⁷.

²⁴⁶Cfr. GIANFORMAGGIO, L.: *In difesa del sillogismo pratico ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Giuffrè, Milano, 1987

²⁴⁷Cfr. GARCÍA AMADO, J.A.: *Teoría de la Tópica jurídica*, Cívitas, Madrid, 1988

La tópica representa un caso claro de preeminencia del razonamiento sobre el problema, más que de identificación del problema en el sistema, como hemos visto. "La estructura total de la jurisprudencia sólo se puede determinar desde el problema", según Viehweg²⁴⁸. La jurisprudencia actúa tópicamente dentro del propio sistema jurídico, moviéndose en un "sistema abierto en el que el punto de vista no está adoptado de antemano"²⁴⁹.

En la *Retórica* encontramos otro modelo clásico de argumentación activa, podríamos decir que de origen tan antiguo como los propios razonamientos dialécticos de Aristóteles. Su máximo exponente, Perelman, desarrolla en su obra central²⁵⁰ *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, esta forma de razonar adaptada al ámbito jurídico. Un "razonamiento jurídico, que vendría a ser el paradigma del razonamiento práctico", o una confirmación o prueba de lo que se supone en el razonamiento práctico.

En última instancia los argumentos retóricos, que persiguen un interés lógico en vez de psicológico, más que poner de manifiesto verdades evidentes, quieren

²⁴⁸VIEHWEG, Th.: *Tópica y jurisprudencia* (trad. de Díez Picazo, prólogo de García de Enterría), Taurus, Madrid, 1964, p 130

V, también, para este tema: RECASÉNS SICHES, L.: *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Dianoia, México, 1956; y ESSER, J.: *Principio y norma en la colaboración jurisprudencial del derecho privado* (trad. de E. Valenti), Bosch, Barcelona, 1961

²⁴⁹ATIENZA, M.: *Ibidem*, p 55

²⁵⁰PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (título original *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, trad. cast. de J. Sevilla Muñoz), Gredos, Madrid, 1989

mostrar el "carácter razonable" de una decisión obtenida por medio de la argumentación²⁵¹.

8.4 LA APORTACIÓN DE ROBERT ALEXY

Desde los *lugares comunes*²⁵² de la Tópica hasta el concepto de *coherencia*²⁵³ en Maccormick, la argumentación práctica de Alexy sigue un hilo conductor que transita a través de las ideas de universalidad, justicia, pretensión de corrección, participación, consenso y procedimiento. En el fondo se trasluce la idea de que existe la mejor de las respuestas posibles a un caso, que es cuestión de grados acercarse más o menos a ella y que el modelo a seguir incluye una base argumental de carácter moral o práctico.

Sobre la crítica constructiva a la filosofía analítica funda Alexy las posibilidades del lenguaje. Las intenciones y los contenidos tienen su origen filosófico-jurídico en estas corrientes de pensamiento y autores que hemos revisado.

El autor formulará así su idea de argumentación práctica sobre la base de esas conclusiones.

²⁵¹V. también, para este tema, PERELMAN, Ch. y OLBRECHT-TYTECA, L.: "Logique et Rhétorique" en *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, Paris, 1950

²⁵²V. VIEHWEG, Th.: *Tópica y jurisprudencia...*, cit.

²⁵³MACCORMICK, N.: "Coherence in Legal Justification" en *Weinberger-Festschrift*, 1984, pp 38 y ss

1. El lenguaje de la moral no se resume en una descripción de objetos, o propiedades de objetos, empíricas, o no.

2. Que el discurso moral es una *actividad guiada por reglas*, quedando por determinar su formulación, análisis, justificación y fundamentación.

3. Esta actividad, aunque no es equiparable al ámbito científico, puede considerarse *racional* de pleno derecho.

4. Podemos diferenciar claramente una parte analítica del discurso y de sus reglas y una parte normativa.

5. Existe lo que se llama *formas de argumento* no identificables con las reglas propiamente dichas²⁵⁴.

6. Sobre una deseable idea de *generalización* de las proposiciones normativas, estas son desde luego *universalizables*.

Estas conclusiones, cuando menos discutibles, no recogen buena parte de las objeciones que se le hacen a un lenguaje con estas pretensiones de racionalidad y universalidad. El autor las ha tomado más como presupuestos de su plan de argumentación que como condiciones a fundamentar exhaustivamente²⁵⁵.

²⁵⁴ALEXY,R.: *Ibidem*, p 110

²⁵⁵Esta actitud es uno de los puntos que hemos considerado objeto de réplica (V. el cap. correspondiente a *Crítica*)

CAPÍTULO 9

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

- 9.1 NOCIÓN DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA
- 9.2 ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA
- 9.3 VARIABLES HISTÓRICAS Y METODOLÓGICAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La argumentación jurídica es el lenguaje del Derecho resultante de una aplicación actual de reglas y principios a la solución de los conflictos teóricos y prácticos que la sociedad se plantea en el ámbito del propio Derecho²⁵⁶.

Pretende otorgar un *plus* de racionalidad y eficacia al frío concurso de las normas en el debate de los problemas jurisdiccionales de los sujetos de Derecho, al tiempo que otorga la necesaria versatilidad a sus administradores a la hora aplicar los recursos que le son propios.

Si bien su campo de acción propio va de la intención de los legisladores a la decisión de los jueces, tanto en la hermenéutica como en la dogmática jurídicas y en

²⁵⁶Definición que ya adelantábamos en la introducción como compatible con el planteamiento de Alexy

la propia valoración social de las acciones de unos y de otros, se manifiesta el talante argumentativo de la sociedad moderna.

La actualidad de la argumentación jurídica se aparece a la sociedad democrática como un último esfuerzo por ofrecer un Derecho justo, motivado y razonable²⁵⁷, hasta tanto sea posible, combinando la complejidad de las interacciones humanas y sus derechos con el rigor y la metodología más elaboradas.

9.1 NOCIÓN DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Hemos visto ya que el ámbito de desarrollo del discurso es cada vez más plural, como lo es la propia sociedad a la que sirve. La argumentación jurídica, hoy, no puede entenderse únicamente como una metodología para resolver conflictos sociales. Su papel está también en el campo de la crítica y la investigación social de todos aquellos fenómenos susceptibles de una solución más o menos coactiva, más o menos vinculante; es decir de una solución jurídica.

Podemos diferenciar, al menos, dos conceptos de argumentación jurídica: o, bien, la metodología aplicativa de reglas y principios confrontada con los hechos en cuestión y utilizando una mecánica procedimental como la que propone Alexy u otros; o, bien, un concepto más complejo que incluye la elección del propio modelo (modelo de principios, modelo de reglas, orientación *moralista*, orientación *positivista*, etc.), para luego aplicar al procedimiento, o no. El primer modelo utiliza

²⁵⁷ Cfr. nota ut supra n°5.

el tejido jurídico como referencia para un posterior actuación argumental; es decir, una fase pasiva seguida de una fase activa. En cambio, el segundo modelo estaría constituido por una sólo fase activa, que consistiría en identificar o reconocer el problema dentro del ordenamiento. En última instancia, de lo que se trata es de un modelo *aporético*²⁵⁸ que pone el sistema a disposición del problema, frente a un modelo *sistemático*²⁵⁹, que ha de encajar el problema en el sistema.

Por otra parte, aunque en Alexy no encontramos una separación explícita entre lo que entiende por argumentación jurídica y lo que entiende por discurso jurídico, puede inferirse por el diferente contexto en que los ubica que no son términos equivalentes. En tanto el discurso puede entenderse como construcción teórica disponible para su utilización en el ámbito del debate jurídico allí donde se produzca, la argumentación jurídica representaría la parte activa del debate, es decir, la pretensión de intervenir, modificar (argumentar) desde una situación de partida que incluye la elección de unas normas y la aplicación de un procedimiento (en definitiva, el uso del discurso)²⁶⁰.

²⁵⁸V. VIEHWEG, T.: *Tópica y jurisprudencia*, (trad. de Díez Picazo. Prólogo de García de Enterría), Taurus, Madrid, 1964

²⁵⁹V. LUHMANN, N.: *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. de I. de Otto), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983

²⁶⁰GIL CREMADES, J.J.: "Razón práctica y razón jurídica", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1977 (017), pp 1-41; PATTARO, E.: "Modelos de razón y tipos de razón jurídica", en *Estudios de Deusto*, 1989, V., 37 (2), pp 423 y ss; OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A.: "La razón práctica y la legitimación del derecho", en *Estudios filosóficos*, 1988, (37), 9-12

9.2 ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La necesidad de dar respuesta tanto a los casos clásicos, o en la terminología de Aarnio, *rutinarios*²⁶¹, como a aquellos más complicados, hace que la argumentación pase de ser un proceso de simple deducción a un debate complejo donde hay que tener en cuenta a los actores, a los hechos y a todo tercero susceptible de ser, no ya sujeto de derecho, sino posible sujeto de argumentación.

En los casos simples las resoluciones toman la forma de inferencias, más o menos complejas, pero el eje central del argumento tiene carácter más deductivo que interpretativo. Puede tratar aspectos eminentemente fácticos y hasta cierto punto evidenciables mediante un proceso argumentativo simple, que no se sale de lo que se llama *justificación interna* en la terminología de Wróblewski²⁶².

En estos casos la justificación interna puede decirse que es una cuestión de lógica. Podrían ser resueltos con un silogismo igualmente simple del que vendría a deducirse una aplicación derivada de una norma general a un hecho, o supuesto de hecho, dado.

Se trataría de un "silogismo judicial" o "silogismo jurídico" en su forma más simple.²⁶³

²⁶¹AARNIO, A.: *Lo Racional como Razonable*, p 23

²⁶²WROBLEWSKI, J.: "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", en *Rechtstheorie*, núm, 5, 1974, pp 33-46

²⁶³ATIENZA, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p 40

$$\frac{Ax Px \rightarrow OQx}{\frac{Pa}{OQa}}$$

La primera premisa avisa de una situación en que x (variable de individuo) del que se predica P , se encuentran en condición de obligación respecto a las consecuencias, O .

La segunda premisa habla del hecho en que interviene el individuo (a) del que se predica algo (P).

La conclusión determina que efectivamente se le debe aplicar a a lo obligado por la norma.

Lo habitual, en la práctica, es que los casos sean más complejos y, además, se precise dar cuenta y razón de las propias normas a aplicar. Esto descarta la reconstruibilidad del silogismo judicial, al tratarse por lo común de un tipo de articulación entimemática.

Estaríamos entonces en la argumentación jurídica ordinaria, que ha de abordar el campo de la *justificación externa*, o lo que es lo mismo, de la validación de las premisas utilizadas. El ámbito de la lógica jurídica estaría rebasado por el de la argumentación jurídica. Bobbio²⁶⁴ distingue dentro de aquella entre *lógica del Derecho*, que se ocuparía de la estructura lógica de las normas, y la *lógica de los*

²⁶⁴Cfr. BOBBIO, N. y CONTE, A.: *Derecho y lógica. Bibliografía de la lógica jurídica (1936-1960)*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1965

juristas, que se ocupa del análisis de las argumentaciones teórico-prácticas de los juristas y otros administradores del derecho.

En Klug²⁶⁵ vemos una aplicación ortodoxa de la lógica jurídica (como parte de la lógica general) al tratamiento de las cuestiones jurídicas, distinguiendo entre lo que sería una forma *standar* del razonamiento jurídico, equivalente al silogismo jurídico y los argumentos especiales de la lógica jurídica, entre los que se encontrarían los argumentos interpretativos²⁶⁶, que no son elementos lógicos, sino herramientas de la lógica aplicativa.

George H. von Wright da un paso más y en su *Deontic Logic*²⁶⁷ se plantea una lógica propia del derecho o lógica deóntica, a la que se deben los razonamientos jurídicos. Estos, por su parte, son desdoblados por Kalinowski²⁶⁸ en razonamientos de coacción intelectual o propiamente lógicos, de persuasión o retóricos y los jurídicos propiamente dichos. Considera que el derecho no debe nutrirse sólo de razonamientos de lógica jurídica sino que debe acompañarse de todas aquellas reglas

²⁶⁵Cfr. KLUG, U.: *Lógica jurídica (Juristische Logik)*, trad. de J.C. Gardella), Temis, Bogotá, 1990

²⁶⁶*Ibidem*, p 196 ["Como argumentos interpretativos se han de entender aquí las formas de argumentación que sirven para establecer aquellas tesis jurídicas partiendo de las cuales pueden después efectuarse deducciones conforme a los principios de la lógica jurídica"]

²⁶⁷Cfr. WRIGHT, G.H. von.: *Lógica deóntica (Deontic Logic)*, 1951, trad. J. Rodríguez Marín), Cuadernos Teorema, Valencia, 1979

²⁶⁸Cfr. KALINOWSKI, G.: *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semántica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica (Introducción a la logique juridique)*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, trad. de J.A. Csaubón), Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973

extralógicas o de interpretación que son las que dan el verdadero sentido a la argumentación²⁶⁹.

9.3 VARIABLES HISTÓRICAS Y METODOLÓGICAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Los conceptos, modelos y autores en los que se refleja el planteamiento de Alexy son en buena medida los revisados para la argumentación práctica, junto a otros más cercanos en el tiempo, contemporáneos e incluso copartícipes con él de algunos de estos conceptos en trabajos conjuntos.

La *Tópica*, y en particular su máximo defensor, Viehweg, defiende un concepto de derecho insistematizable con un modelo argumental abierto, recogiendo el criterio clásico: una *techné* del pensamiento de problemas.

El método axiomático-deductivo²⁷⁰ no sería acorde con una disciplina en que el problema es el que debe suministrar el criterio de aplicación. La pretensión de dotar a la argumentación de este método llevaría a un cientificismo cuyas consecuencias serían la axiomatización del derecho y la práctica imposibilidad de interpretar las normas.

²⁶⁹*Ibidem*, p 146 [V. en concreto, "El raciocinio jurídico", p 146, y "aplicación del derecho y silogismo jurídico", pp 179 y ss]

²⁷⁰Viehweg atribuye su origen a HILBERT,(David) y su *Grundlagen der Geometrie*

A través de los *topos* esta línea de pensamiento encuentra cauces apropiados, aunque no definitivos, como para posibilitar una argumentación rica y activa que persigue fundamentalmente "un ordenamiento justo desde la propia idea de justicia".

El campo aplicativo para la argumentación que la tópica propicia es innegable y esta es la idea que recoge Alexy, si bien considere que la mayor parte de estos *topoi* catalogados son de tal grado de generalidad que son inaplicables de hecho a las situaciones ordinarias²⁷¹. En concreto esta generalidad supone que "no se diferencia entre las distintas premisas que se utilizan en las fundamentaciones jurídicas", alcanzando la máxima vaguedad en expresiones como la de Struck, "la ley es un topos entre otros"²⁷². La evolución posterior de esta corriente no la rehabilita como método de argumentación sino más bien como campo de investigación²⁷³.

En la *Retórica* recupera Alexy un concepto de argumentación más elaborado. Por primera vez aparece un criterio que será en cierto modo similar a la *situación ideal de diálogo* habermasiana, *el auditorio universal* o foro límite de contraste de los argumentos. El auditorio es el conjunto de aquellos sobre los que quiere influir el orador por medio de su argumentación. Argumentar supone adaptarse a las exigencias de este auditorio mediante razonamientos *eficaces* y *válidos* en tal grado que determinen su propia fuerza. Fuerza que le viene, por cierto, de su conveniencia

²⁷¹ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, pp 40 y 41

²⁷²STRUCK,G.: *Topische Jurisprudenz*, Frankfurt a. Main, 1971, p 7

²⁷³V. para este tema, BALLVEG,O.: *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Helbing-Lichtenhahn, Basel, 1970; HAFT,F.: *Juristische Rhetorik* (3ª edición), 1985; RODINGEN,H.: *Pragmatik der juristischen Argumentation was Gesetze anrichten und was rechtens ist*, Freiburg/München, 1977

a la regla de justicia: lo que en cierta situación ha podido convencer parecerá convincente en una situación análoga.

Sin embargo, la retórica, que busca soluciones justas, no busca sin embargo soluciones únicas. En la argumentación jurídica resulta difícil el acuerdo entre partes, dejando un campo de controversia que en última instancia es cubierto con una decisión por vía de autoridad²⁷⁴.

La noción de argumentación de Perelman, supeditada al auditorio, es más controvertida. Gianformaggio²⁷⁵ considera que tiene dos interpretaciones diferentes: que un buen argumento ante el auditorio es el avalado por la seriedad y buena fe; o bien, que argumenta frente al auditorio quien no argumenta *ad hominem*, lo que implica no sólo la corrección del procedimiento, sino una evidencia de las premisas utilizadas.

Sobre este concepto vago rescata Alexy un tipo de argumentación basado en unas coordenadas (el auditorio) que sólo existiría para quien lo reconoce como tal²⁷⁶; para quien no lo reconoce así, es un auditorio particular.

Una racionalidad del fin, siendo "el fin de la ética la eliminación práctica de conflictos"²⁷⁷, es lo que sugiere la ética constructivista. La Escuela de Erlangen y su

²⁷⁴PERELMAN, Ch.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p 232

²⁷⁵GIANFORMAGGIO, L.: *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Edizione di Comunità, Milano, 1973, p 218

²⁷⁶ALEXY, R.: *Ibidem*, p 162

²⁷⁷SCHWEMMER, O.: *Philosophie der Praxis*, Frankfurt a. Main, 1971, p 20

mentor Lorenzen proponen la aplicación de este método constructivista al campo de la ética y la base son sus reglas del diálogo para la construcción de la lógica²⁷⁸.

Tanto las fundamentaciones como el propio lenguaje de las fundamentaciones han de ser objeto de revisión²⁷⁹, si queremos movernos en los terrenos seguros de la argumentación. Este concepto desarrollado por Lorenzen y Schwemmer²⁸⁰, si bien propone un uso común de las palabras y el propio método para llevarlo a cabo, "no dice que palabras hay que emplear ni que pasos son admisibles u obligatorios", según Alexy²⁸¹.

Con Toulmin se introduce un concepto de argumentación que está presente en nuestros modos de comportamiento. Antes de tener pretensiones de argumentar ya argumentamos. Dar razones en favor de lo que hacemos o pensamos es una condición humana y esta acción no se puede constreñir al campo de la lógica, que no puede dar cuenta *sensu stricto* sino de los argumentos matemáticos. Pero la realidad, nuestra realidad, es más amplia: una proposición es verdadera si para la

²⁷⁸LORENZEN,P.: *Pensamiento metódico (Methodisches Denken*, trad. de E. Garzón Valdés), Sur, Buenos Aires, 1973, p 29 y ss

²⁷⁹ALEXY,R.: *Ibidem*, p 144

²⁸⁰LORENZEN,P. y SCHWEMMER,O.: *Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie*, Mannheim/Wien/Zürich, 1973

La idea de eliminación pacífica de conflictos podría conectar perfectamente con la pragmática universal de Habermas y con su raíz filosófica matriz, *la acción comunicativa*, como uno de los elementos clave en la comprensión de la racionalidad. Alexy ve en este punto de vista un enclave no desdeñable para una teoría de la argumentación jurídica que incluye ambas nociones como presupuesto de racionalidad, universalidad y buen fin, característico de un discurso de la razón moral.

²⁸¹ALEXY,R.: *Ibidem*, p 145

misma se pueden dar además buenas razones²⁸², ¿por qué entonces emplear como paradigmas de nuestras razones un modelo que no las incluye en absoluto?. La lógica idealizada debe cambiarse por una lógica práctica u operativa²⁸³, que tiene su campo de expresión más acorde precisamente en los litigios jurídicos, donde pueden confrontarse los razonamientos con unas coordenadas establecidas por un ente ideal: *el tribunal de la razón*²⁸⁴.

Por otra parte, además de los argumentos analíticos, (o más bien sobre todo), en la práctica lo que se dan son argumentos substanciales (*substancial arguments*²⁸⁵) donde el paso de las premisas a la conclusión no está claro. El que no se dé la necesidad de la conclusión no es óbice, según Toulmin, para que un argumento pueda ser perfectamente válido. Es lo que otros autores, y parece que el mismo Toulmin en sus obras posteriores²⁸⁶, reconoce como argumentos formales y no formales.

²⁸²TOULMIN, S.E.: *El puesto de la razón en la ética (An examination of the Place of Reason in Ethics)*, Cambridge, 1950, trad. de J.F. Ariza), Alianza Editorial, Madrid, 1979

²⁸³TOULMIN, S.E.: *The Use of Argument*, Cambridge University Press, 1958, p 7

²⁸⁴*Ibidem*, p 8

Este concepto recuerda en alguna medida al *auditorio universal* de Perelman, si bien, en aquel tenía unas características de sujeto de la argumentación a la que ésta debía adaptarse y en este caso se trata de un órgano juzgador inerte, a medio camino de la *comunidad ideal de diálogo* habermasiana. Será otro punto de contacto con la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, en lo que ésta tiene de ideal.

²⁸⁵*Ibidem*, pp 125 y 126

²⁸⁶Cfr. TOULMIN-RIEKE-JANIK.: *An Introduction to Reasoning*, MacMillan, New York, 1984

Toulmin reserva a la argumentación jurídica (y a su debate real en los tribunales) un papel fundamental para esta argumentación material. Si bien la considera una parte esencial de un esquema general de argumentación, es preeminente su posición como campo de análisis de argumentos. Aunque finalmente, es en la propia interacción humana donde se producen los verdaderos debates lógico-formales y lógico-materiales²⁸⁷.

Alexy, a pesar de que critica el procedimiento empírico-definitorio²⁸⁸ de fundamentación de las reglas morales de Toulmin, y en concreto la debilidad de su regla fundamental "evita el sufrimiento evitable"²⁸⁹ porque sería un término impreciso susceptible a su vez de ser definido, así como la existencia de lo que llama regla valorativa de inferencia²⁹⁰, considera ampliamente aprovechable el planteamiento general²⁹¹ del autor.

La concepción de argumentación jurídica de Maccormick pese a provenir de la tradición del *common law*, de origen cercano en Hart y lejano en Hume, aparentemente distante de la de nuestro autor, viene a tener de hecho con la de éste

²⁸⁷ Cfr. JANIK, A. y TOULMIN, S.E.: *Wittgenstein`s Vienna*, Touchstone, New York, 1973

Estos autores llevan a cabo, sobre la base del concepto wittgensteniano de los *juegos del lenguaje*, una peculiar crítica al formalismo en detrimento del lenguaje natural.

V. también para este tema, TOULMIN, S.E.: *Human Understanding*, Princeton, 1972

²⁸⁸ ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 100

²⁸⁹ *Ibidem*, p 101

²⁹⁰ Cfr. HARE, R.M.: *An Examinations of the Place of Reasons in Ethics*. By Stephen Edelson Toulmin, en "Philosophical Quarterly", 1 (1950/51), pp 371-374; y PIKE, N.: *Rules of Inference in Moral Reasoning*, en "Mind" 70 (1961), pp 391-399

²⁹¹ *Ibidem*, p 102



bastantes similitudes. Más práctica o cercana a la práctica la de Maccormick, más teórica la de Alexy.

Maccormick aporta una teoría de la argumentación jurídica²⁹² equidistante del irracionalismo de Ross y del ultrarracionalismo de Dworkin²⁹³, con un profundo contenido moral que en el fondo es lo que determina la obligación de los jueces de aceptar la regla de reconocimiento y encuadra en el marco general de que la argumentación jurídica tiene esencialmente una función de justificación. Algo que conecta perfectamente con la idea de un razonamiento bajo los auspicios de la motivación como necesidad, en la teoría de la argumentación jurídica de Alexy²⁹⁴.

Esta teoría queda gravada en buena parte por un componente lógico-material en cuanto al método, e ideológico-moral en cuanto al contenido.

La fundamentación del lenguaje de la moral surgida de la revisión de conceptos como el juego del lenguaje de Wittgenstein, o los actos de habla de Austin²⁹⁵, sugieren un campo operativo muy activo para un lenguaje moral. La

²⁹²MACCORMICK,N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978

Buena parte de su teoría ya se anticipa en esta obra, que será posteriormente reelaborada como contestación a diversas críticas:

V. MACCORMICK,N.: "The Limits of Reason and the Infinity of Argument" (Réplica a H.Haakonssen), A.R.S.P. n° 67, 1981

MACCORMICK,N.: "The Nature of Legal Reasoning: A brief Reply to Dr. Wilson", *Legal Studies*, n° 2, 1982, pp 286-290

²⁹³ATIENZA,M.: *Ibidem*, p 153

²⁹⁴ALEXY,R.: "recensión de N. MacCormick", "Legal reasoning and Legal Theory" en *Rechtstheorie*, n° 11, 1980, Cuaderno 1, pp 120-128

²⁹⁵AUSTIN,J.: *Cómo hacer cosas con palabras (How to do things with Words)*, London, Oxford, New York, 1962, trad. de G.R. Carrió y E.A. Rabossi), Paidós, Barcelona, 1982

obtención de reglas para este razonamiento práctico, matriz del futuro razonamiento jurídico, provenientes del propio análisis de las expresiones morales, la obtiene de Hare y de su concepto de la ética como "el estudio lógico del lenguaje de la moral"²⁹⁶. La posibilidad de universalidad de las expresiones valorativas, recogidas en el principio de universalidad²⁹⁷ es fundamental para delimitar el espacio de validez de la argumentación no científica ni puramente lógica, que tiene sus otras coordenadas en el concepto de generalizabilidad de Baier²⁹⁸, sobre el supuesto de que "la mejor acción es la que está apoyada en mejores razones", lo que constituye de cara a una futura teoría de la argumentación jurídica un punto de vista moral (*moral point of view*) afortunado.

La consistencia de la pretensión de verdad en la comunicación, de la teoría, la lleva a cabo Alexy a través de la fundamentación y conjunción que aporta la teoría consensual de Habermas, junto a la metodología "purista" de la Escuela de Erlangen, que se cuestiona hasta el lenguaje incuestionado.

En fin, el ingrediente de fundamentación pre-jurídico lo aportan los puntos de vista de la justicia de la tópica, de la racionalidad *versus* realidad dependiendo del auditorio de la retórica, y de las necesidades coyunturales de la teoría de la argumentación jurídica de hoy: justificación, coherencia, integralidad en la cultura, etc., de McCormick, Peczenick, Aarnio y otros.

²⁹⁶HARE, R.M.: *The Language of Morals*, London/Oxford/New York, 1952, p III; y HARE, R.M.: *Freedom and Reason*, Oxford, 1963

²⁹⁷Entendemos que este término debería traducirse por universalizabilidad y no por universalidad. (N. del A.)

²⁹⁸BAIER, K.: *The Moral Point of View*, Itaca, London, 1958

SEGUNDA PARTE

**EL CONTEXTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DE LA ARGUMENTACIÓN
EN ROBERT ALEXY**

CAPÍTULO 10

JUSTIFICACIÓN

- 10.1 LA FUNDAMENTACIÓN DEL MÉTODO JURÍDICO
- 10.2 RESPUESTA A LAS DEMANDAS ACTUALES DE LA SOCIEDAD
- 10.3 IDEAS PARA ENCUADRAR LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN UN MARCO DE JUSTIFICACIÓN MÁS AMPLIO
- 10.4 NECESIDAD DE UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ACORDE AL DEBATE METODOLÓGICO ACTUAL

La teoría de la argumentación de Alexy nos parece que cumple al menos cinco condiciones, que le dan sentido, oportunidad y razón de ser en el espacio interpretativo y metodológico-jurídico de este final de siglo.

Pretende un desarrollo de la argumentación jurídica, o lo que es lo mismo, ir un paso más adelante en la fundamentación del método jurídico. Dar respuesta a las actuales, y a veces urgentes, demandas de la sociedad. Encuadrar la argumentación jurídica en un marco de justificación más amplio, que incluye preguntas nuevas a la idea de realidad social, de ética y del propio derecho. Aspira a abrir un campo para la investigación en materia de nuevas razones y, desde luego, más complejas justificaciones a los problemas del observador (el ciudadano común) y del

participante (el juez). Por último, quiere cubrir la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica racional en la discusión metodológica actual.

10.1 LA FUNDAMENTACIÓN DEL MÉTODO JURÍDICO

La evolución de la metodología jurídica discurre paralela a la propia evolución de otros intereses sociales: científicos, culturales, de identidad, etc²⁹⁹.

El nivel de madurez de la investigación en el plano de la argumentación jurídica de nuestro tiempo no ha de contentarse con arreglo al lugar que teóricamente le corresponde en un sistema jurídico dado, sino que ha de dar también una respuesta "social", al menos en todas aquellas circunstancias más o menos comprometidas que se salen del cauce rutinario del ordenamiento. En este sentido, además de la ley, la dogmática y el precedente, la argumentación jurídica ha de dar cuenta a la expectativa social generada, orientándose más hacia la necesidad de una buena justificación que a la ortodoxia en la aplicación del código vigente.

En este sentido, la aportación de la argumentación jurídica de Robert Alexy es manifiesta. Sin renunciar a la ortodoxia que supone la fidelidad al ordenamiento, su propuesta pretende cubrir todo el campo de actualidad, real o virtual, en que el derecho se ve impelido a pronunciarse.

²⁹⁹ITURMENDI MORALES, J.: *Una aproximación a los problemas del método jurídico desde la filosofía del derecho* [Separata de Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en memoria y homenaje al catedrático Legaz y Lacambra], Centro de Estudios Constitucionales, Facultad de Derecho de la U.C.M., Madrid 1983, pp 571-608

En general, las actuales teorías de la argumentación jurídica vienen a recoger la vieja aspiración de fundamentación del método jurídico, habitualmente más discutido y discutible que el propio objeto del derecho. Nos referimos a las de Aarnio, Peczenick y Maccormick especialmente³⁰⁰.

La necesidad de dar respuestas, no sólo cada vez más precisas, sino más justificables, ha propiciado el desarrollo de estas modernas teorías, entre las que se encuentra la de Alexy, de gran complejidad en la elaboración de propuestas que intenten dar cuenta de fondo y forma de las cuestiones jurídicas deliberativas.

Como ya hemos tenido ocasión de mencionar aquí, los máximos órganos jurisdiccionales de las sociedades modernas dan al derecho la prerrogativa de superar los contornos de la ley, no para incurrir en déficits de justicia de la mano de la sublegalidad o de la supralegalidad, sino precisamente para no librarse ante la propia sociedad de ofrecer una justificación legal, jurídica y, además, social³⁰¹.

Esta idea de dar respuesta a los nuevos retos de la sociedad viene de la mano de la propuesta de Habermas en torno al papel que le cabe al discurso práctico racional en este asunto. Parte (contra los no cognitivistas) de que las cuestiones prácticas pueden ser debatidas racionalmente, evitando la vieja pretensión de

³⁰⁰ ADOMEIT, K.: *Introducción a la Teoría del Derecho: lógica normativa, teoría del método, politología jurídica* [trad., cast., de E. Bacigalupo], Civitas, Madrid, 1984, [el autor se plantea si podemos hablar con propiedad de un método jurídico], pp 130 y ss

³⁰¹ ALEXY, R.: *El concepto y la validez del derecho*, p 21. Alexy afirma que quien desee responder a la pregunta de cual es el concepto de derecho correcto o adecuado tiene que relacionar tres elementos: "El de la *legalidad* conforme al ordenamiento, el de la *eficacia* social y el de la *corrección* material".

ontologistas y naturalistas de reducir la ortodoxia normativa al ámbito de verdad. Mantiene el criterio de que "las innegables diferencias entre la lógica de la argumentación teórica y de la argumentación práctica no son tales como para desterrar a esta última del ámbito de la racionalidad, y que las cuestiones práctico-morales pueden ser decididas mediante razón, (concretamente) mediante la fuerza del mejor argumento "³⁰².

Según esto, las pretensiones de rectitud estarían explícitas en los distintos modos de comunicación basados en las condiciones de habla consensual. Sobre esta premisa se construye la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, es decir, sobre la base de que desde el derecho actual se puede llegar a una comprensión más amplia de lo social (en cuanto a su intención) y dar respuestas con pretensiones de verdad (en la metodología). En cualquier caso, bien puede decirse que si no está concluso el planteamiento, al menos está bastante delimitada la idea.

10.2 RESPUESTA A LAS DEMANDAS ACTUALES DE LA SOCIEDAD

El desarrollo del pensamiento científico y tecnológico y la apertura, más o menos forzada de la *mentalidad* social respecto a cuestiones pendientes del ámbito de lo tradicionalmente intocable: cuestiones de bioética, moral individual *versus* moral social, etc., hacen que el derecho, en su ámbito de aplicación, se sienta no sólo desbordado por la realidad, sino urgido a dar respuestas rápidas y contundentes

³⁰²MACCARTHY, Th.: *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas (The Critical Theory of Jürgen Habermas*, trad. M. Jiménez Redondo), Tecnos, Madrid, 1987, p 360

desde una más que probable inmadurez histórica. Es lo que Habermas llama *juridificación* de la sociedad.

El ámbito argumental del derecho se convierte en esta tesitura en asunto clave, tanto para dar una respuesta *razonada* aceptable, como para que alrededor de la misma se pueda seguir articulando nuevo tejido jurídico. En definitiva, en este estado de hiperactividad, es precisamente la parte más activa del derecho: la de la tentativa de las respuestas previas de la argumentación, la que mayor representación y responsabilidad ante la sociedad le cabe. Esto lleva a conflictos en el espacio de lo que llama *mundo de la vida*, cuando los ámbitos de acción comunicativamente estructurados quedan transformados en ámbitos formalmente realizados: en esto consiste la *Verrechtlichung*, regulación jurídica o jurificación³⁰³.

En definitiva puede decirse que es un asunto del derecho contra el derecho³⁰⁴. Cuanto mas densa se hace la red de garantías institucionalizadas del estado social, más visibles se hacen ambivalencias de otro tipo motivadas por la *juridificación*³⁰⁵. "En otras palabras, es la propia forma jurídico-burocrática de tratar aministrativamente ciertos problemas lo que que acaba estorbando su solución. Puede, entre otras cosas, obligar a una redefinición de situaciones existenciales en unos términos que resultan contraproducentes"³⁰⁶.

³⁰³MACCARTHY, Th.: *Ibidem*, p 475

³⁰⁴(N. del A.)

³⁰⁵HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa (Theorie des kommunikativen Handelns*, trad. de M. Giménez), Taurus, Madrid, 1987, pp 532 y ss

³⁰⁶MACCARTHY, Th.: *Ibidem*, p 476

Desde un punto de vista estructural la teoría de la argumentación jurídica de Alexy aborda una triple función: analítica o de investigación de la estructura de los argumentos, normativa o de análisis de las normas, y descriptiva o de estudio de los complementos de tipo empírico que la acompañan³⁰⁷; aunque dado el carácter eminentemente teórico podría catalogarse su teoría de analítico-normativa³⁰⁸.

El objeto de la teoría es, según el autor, "la elaboración de un procedimiento que asegure la racionalidad de la aplicación del derecho"³⁰⁹.

La cuestión es si dicha teoría tiene una verdadera utilidad social. Tuori pone en tela de juicio que los discursos práctico-morales proporcionados por la ética discursiva sean realmente útiles, toda vez que les faltaría el ingrediente de "la formación de la voluntad general"³¹⁰.

Por otro lado, y dado que la aplicación del derecho está orientada no sólo a argumentar sino también a decidir, quedaría limitada su aplicación, ya que, según reconoce el propio Alexy, el procedimiento discursivo es más una cuestión hipotética

³⁰⁷ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, pp 178 y ss

³⁰⁸AARNIO,A., ALEXY,R., y PECZENICK,A.: "The Foundation of Legal reasoning", en *Rechtstheorie*, n.º. 12, 1981, pp 133-158, 257-279 y 423-448

³⁰⁹ALEXY,R.: "Sistema jurídico y razón práctica", p 174

Cfr. también, NEUMANN,U.: *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986; AARNIO,A.: *Lo Racional como Razonable*, (Título original en inglés: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, D. Reidel Publishing Company, 1987, versión castellana de E.Garzón Valdés y R.Zimmerling), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991

³¹⁰AARNIO,A.: *Lo Racional como Razonable...*, cit.

que de realización práctica³¹¹. De esta manera no se produciría una ventaja aplicativa al pasar de una instancia monológica (*el espectador imparcial* de Maccormick) a otra dialógica (*comunidad ideal de diálogo*); quedando la postura del autor a medio camino entre el decisionismo y el cognoscitivismo³¹².

Abundando en el punto anterior, el aparente mantenimiento en el plano de lo discursivamente posible en que se enmarca la teoría, no le restaría pese a todo un valor práctico. Lo que Alexy pretende es llegar a un ámbito de solución que en el mundo real reconoce que no es unívoca, aunque sí deseable que lo fuera. A partir de ese campo de posibilidad el tribunal o el juez tienen un margen de aplicación del resultado obtenido, pero no la inexcusable aplicación del resultado³¹³.

³¹¹ ATIENZA, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p 229

³¹² Creemos que esta crítica de Atienza no tiene en cuenta que el paso de la decisión (inexcusable por otra parte en todo procedimiento institucionalizado donde se juzga o ejecuta un asunto jurídico), es complemento de la argumentación, pero no forma propiamente parte de ella. En otras palabras, el que el proceso argumentativo sea puramente teórico, e incluso ideal, no minimiza su aplicabilidad práctica. (N. del A.)

³¹³ AARNIO, A.: *Lo Racional como Razonable...*, pp 154 y ss

El autor analiza las dificultades surgidas del margen de desacuerdo que normalmente se produce en el tramo final de la interpretación.

MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, pp 195 y ss

El autor propone que la decisión que le viene marcada al juez por los principios de universalidad, consecuencia y coherencia, debe constreñirse finalmente al criterio consecuencialista.

MACCORMICK, N. and WEINBERGER, O.: *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Reidel Publishing Company, Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo, 2ª ed. 1992, p 201

Analizan Maccormick y Weinberger el ámbito operativo del razonamiento legal dentro de los límites de la racionalidad.

Robert Alexy ha pretendido un modelo de argumentación que, aunque, él mismo reconoce que es uno entre los posibles, puede dar respuesta a estas cuestiones que se debaten en una sociedad moderna y deseosa de cambios y revisiones profundas. Y, si no ha acertado con el modelo, sí cree, al menos, que la idea es rescatable para futuras investigaciones.

10.3 IDEAS PARA ENCUADRAR LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN UN MARCO DE JUSTIFICACIÓN MÁS AMPLIO

La sociedad actual necesita respuestas respecto a la moral social, enmarcadas en el ordenamiento, pero sobre todo, matizadas.

La tarea previa de la argumentación jurídica hoy es proporcionar razones aún en las fronteras del derecho, es decir, allí donde el juez o el administrador del derecho aplicado se siente desasistido del manual de la dogmática o del *corpus* jurídico codificado.

Los sistemas jurídicos occidentales se sitúan hoy entre dos tendencias: el *constitucionalismo* y el *legalismo*, como límites conceptuales de un ordenamiento de carácter democrático³¹⁴. Cuando estas posturas se acentúan se podría llegar por la vía del constitucionalismo a lo que consideraba "tiranía de los valores"³¹⁵ C.

³¹⁴WROBLEWSKI, J.: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* [trad., de A. Azurza, revisión y notas de J. Igartua Salaverría], Civitas, Madrid, 1988

³¹⁵SCHMITT, C.: "Die Tyrannei der Werte" en *Säkularisation und Utopie für E. Forsthoff*, Stuttgart/Berlin/Colonia/Maguncia, 1967, pp 37 y ss (Nota nº 6 de ALEXY, R.: "Sistema jurídico y razón práctica", p 160)

V, también, HARTMANN, N.: *Ethik*, Berlin/Leipzig, 1926

Schmitt, en una concreción exagerada, que encierra una crítica al peso excesivo que puede cargar las argumentaciones jurídicas cuando se juzga en un marco de sobresalvaguarda de los valores fundamentales.

Este "orden objetivo de valores" tales como la libertad, dignidad, igualdad, Estado de derecho, democracia y Estado social, que expresa la Ley Fundamental al modo como lo hacen otras Constituciones europeas y que otorga directrices a la administración, a la legislación y a la justicia³¹⁶, puede manifestarse en la suplantación efectiva del típico modelo de subsunción bajo reglas jurídicas, por una preeminente consideración de dichos valores como criterio de ponderación según la máxima de proporcionalidad. Estaríamos en un modelo en el que el *efecto irradiación*³¹⁷ que proyecta el cuerpo constitucional sobre el ordenamiento, llegaría a vaciarlo de contenido. En palabras de Forsthoff³¹⁸: si cambiamos el criterio de la correcta subsunción por una axiología, "pasamos de una conceptualización clara a una charlatanería".

En lo que a la argumentación en general y al juez en particular respecta, se llega a un campo de maniobra más grande para éste y a un ámbito de interpretación más amplia para aquella. "El derecho aplicable no radicaría en la Constitución sino en el juicio de ponderación de juez"³¹⁹.

³¹⁶ALEXY,R.: "Sistema jurídico y razón práctica", p 159

³¹⁷Cfr.KRIELE,M.: *Recht und praktische Vernunft*, Gotinga, 1979

Sobre la base de la supeditación de obediencia al derecho, Kriele asume la *tesis de la irradiación* como un contrapunto a lo aquí expresado: "la falta de carácter jurídico de las normas sustantivas de un sistema jurídico trae consigo la falta de carácter jurídico de todas las normas del sistema"

³¹⁸FORSTHOFF,E.: *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2ª ed. Munich, 1971, p 69

³¹⁹ALEXY,R.: *Ibidem*, p 161 (nota 12)

El legalismo plantea precisamente lo contrario, la asunción de un modelo sobre "la subsunción correcta en el sentido de la inferencia silogística" de Forsthoff; es decir, que en la propia aplicación correcta y jerarquizada de las normas del ordenamiento, a través de los mecanismos usuales de la argumentación, tiene el juez el camino y el límite a su labor. Labor que se traducirá en una cuádruple exigencia: 1) elección de norma en vez de valor; 2) subsunción en vez de ponderación; 3) independencia del derecho ordinario en relación al sobre-amparo de la Constitución; y 4) autonomía del legislador democrático (en el ámbito de la Constitución, desde luego) en vez de preeminencia del juez arropado en la Constitución y su Tribunal intérprete³²⁰.

Alexy adscribe su teoría a un constitucionalismo moderado³²¹, amparado precisamente por las últimas resoluciones del Tribunal Constitucional Federal, que tercia en la polémica resaltando la "clara estructura normativa de la Constitución"³²² y sobre la base de que: a) una posición estrictamente legalista sería inadecuada; b) una axiología libre de suposiciones -como pretende el constitucionalismo exagerado- puede replantearse como teoría de los principios; y c) llegar al sistema clásico de nuestro autor con tres niveles de articulación del sistema: reglas, principios y procedimiento, sin exclusividad ni exclusiones. Un modelo propicio para una argumentación jurídica que se autorregule.

³²⁰ *Ibidem*, p 160

³²¹ *Ibidem*, p 161

³²² *Ibidem*, nota 8

En última instancia, la tarea de la argumentación hoy, en el ámbito de la aplicación del derecho, y más concretamente, en el modelo propuesto por Alexy, pretende, más que ofrecer una solución metodológica a los problemas de hermenéutica jurídica, abrir un campo para la investigación.

10.4 NECESIDAD DE UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ACORDE AL DEBATE METODOLÓGICO ACTUAL

La oportunidad de un nuevo debate sobre metodología jurídica y, en concreto, por un modelo como el planteado por el autor, responde a dos exigencias: primera, adaptarse a un nuevo criterio de racionalidad propuesto por autores como Habermas³²³ que forma parte de una precomprensión de la realidad como sujeto de explicaciones que tradicionalmente se han buscado fuera de ella³²⁴. Y segunda, localizar el papel que el derecho, y en concreto su expresión funcional como es el caso de la argumentación, en una tipología de sociedad *juridificada*³²⁵ donde parece

³²³Cfr. HABERMAS, J.: *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social* (título original *Theorie und Praxis*, Frankfurt a. Main, 1972, trad. de S. Mas y C. Moya), Tecnos, Madrid, 1987

³²⁴HABERMAS, J.: "Aspects of the Rationality of Action", en Gerats, Th.F. (ed.) *Rationality To-day*, Ottawa, 1977, pp 195 y ss; V. también, HABERMAS, J.: "The Dialectics of Rationalization: An Interview with J. Habermas", *Telos*, 1981; HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa (Theorie des kommunikativen Handelns*, trad. de M. Jiménez), Vol. I y II, Taurus, Madrid, 1987

³²⁵HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa...*, pp 510 y ss
V. también, MACCARTHY, TH.: *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas...* cit. pp 475 y 476

Con el término *juridificación* o *Verrechtlichung*, en definitiva exceso de regulación jurídica, "los ámbitos de acción comunicativamente estructurados quedan transformados en ámbitos formalmente organizados" lo que de alguna manera generará conflictos dentro del mundo de la vida habermasiano.

que las exigencias de uno y otra son, no sólo reguladoras, sino abiertamente instrumentales, y encajar este sistema en un "constitucionalismo moderado". Es decir, en una posición que le supone al administrador del derecho, tanto al legislativo como al aplicativo, la sujeción a una cierta autorregulación permanente ya sea en el sistema como en el procedimiento.

Por su parte, considera justificado el autor su modelo de argumentación apoyándose en diferentes valoraciones: primero, en el propio talante del Tribunal Constitucional Federal, quien recuerda al juez que el derecho es algo más que el conjunto de leyes escritas; y segundo, que mediante una *argumentación racional* exenta de parcialidad es legítimo que incluya en sus valoraciones el orden de la razón práctica, que pueden servirle para compensar las posibles lagunas del sistema jurídico. Algo así como una "argumentación racional relevante jurídicamente"³²⁶.

"La expresión *Verrechtlichung* se refiere en términos generales a la tendencia que puede observarse en las sociedades modernas a un incremento del derecho escrito. Podemos distinguir entre la *extensión* del derecho, es decir, la normación jurídica de nuevas situaciones sociales que antes eran objeto de una regulación informal, y el *adensamiento* del derecho, la descomposición especializada de un asunto jurídico global en varios asuntos jurídicos más particulares" (Nota 17).

La traslación del término *Verrechtlichung* es algo equívoca; podría entenderse como *juridización*, pero en nuestro idioma resulta pobre (N. del A.). El criterio de M. Jiménez es el siguiente: "traduzco *Verrechtlichung* por *juridización* cuando aparece en solitario y por *juridificación* cuando aparece acompañado de genitivo objetivo. (HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa*, p 504)

³²⁶ ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 44 (nota 78)

V. KRIELE, M.: *Recht und praktische Vernunft*, Gotinga, 1979

V. ESSER, J.: *Principio y norma en la colaboración jurisprudencial del derecho privado* (trad. de E. Valenti), Bosch, Barcelona, 1961

La idea de *consenso fáctico* recuperada de Esser³²⁷, como "una anticipación a una idea colectiva que hay que afianzar"³²⁸, y preludio de una "corrección social" que los ciudadanos buscan tácitamente en modelos de argumentación racional, tiene su marco coordinado en dos ejes o límites: el interés general y el interés fundamental³²⁹, y su fundamento en un ensamblaje propositivo entre ética y derecho, trasladado a los tiempos que a ambos le corresponden.

Apela el autor, por otra parte, a diferentes opiniones autorizadas que vendrían reclamando una respuesta parecida a la que él propone. Desde una "teoría retórica de la argumentación contemporánea ampliamente desarrollada" en Viehweg³³⁰, una teoría que da cuenta de "las vicisitudes actuales de la ciencia jurídica" en Hassemer³³¹, o Rödiger que propone que el fallo del juez deba incorporar un procedimiento (argumentación) que no se limite a un razonamiento lógico-deductivo de la corrección³³².

Junto a estas necesidades "históricas" y los cauces abiertos por la teoría de la comunicación, las posibilidades del consenso como objetivo de interés en la verdad y

³²⁷ESSER, J.: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1972, pp 9 y ss

³²⁸*Ibidem*, p 28

³²⁹ALEXY, R.: *Ibidem*, p 45

³³⁰Cf. VIEHWEG, T.: *Tópica y jurisprudencia*, (trad. de Díez Picazo. Prólogo de García de Enterría), Taurus, Madrid, 1964

³³¹HASSEMER, W.: *Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik*, en "Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie" 2 (1972), pp 467 y ss

³³²ALEXY, R.: *Ibidem*

la propia equiparación de este término con los resultados obtenidos en una teoría consensual al modo de Habermas, suponen margen suficiente a nuestro autor para seguir en la tarea de perfilar una teoría de la argumentación jurídica que supere las críticas de ciertos enemigos. Enemigos como, por ejemplo, Luhmann, bajo la forma de uno de sus presupuestos fundamentales: a la hora de decidir, lo relevante "no son las convicciones motivadas, sino sobre todo, un marco de aceptación libre de motivación, independiente de las peculiaridades de las personalidades individuales"³³³.

Como el propio Alexy reconoce, no se trata de presentar un modelo cerrado de argumentación, sino más bien un camino, un campo para la investigación. Postura esta, por otra parte, más defendible.

³³³ALEXY, R.: *Ibidem*, p 46 (Nota 89, sobre Luhmann)

CAPÍTULO 11

IDEAS FUNDAMENTALES DE ESTA INVESTIGACIÓN

- 11.1. UNA CONCEPCIÓN PECULIAR DEL DISCURSO
- 11.2. TEORÍA ANALÍTICO-NORMATIVA DEL DISCURSO JURÍDICO
- 11.3. LOS DERECHOS Y EL DISCURSO JURÍDICO
- 11.4. LA TESIS DEL "CASO ESPECIAL", CON LÍMITES
- 11.5. LOS TRES NIVELES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA
- 11.6. ARGUMENTACIÓN, JUSTIFICACIÓN Y DECISIÓN

Aunque el núcleo de la investigación sobre la obra de Alexy se centra fundamentalmente en su teoría de la argumentación jurídica³³⁴, es en otras producciones donde hemos podido encontrar los conceptos complementarios necesarios a la comprensión global de su pensamiento en el plano del razonamiento jurídico. Así, un asunto que nos parece esencial, cómo es el papel de los derechos y su tratamiento dentro de la metodología jurídica, apenas aparece nombrado en su teoría, cuando a la postre ésta no puede ser cabalmente fundada sin una definición de

³³⁴ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de M. Atienza e I. Espejo, del título original *Theorie der juristischen argumentation*, Surkamp, Frankfurt del Meno 1978 (reimpresión Frankfurt del Meno 1983), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; V. nota *ut supra*, nº 5, en Cap 1.1.

los mismos. Definición que, por otra parte, tratará exhaustivamente Alexy en un monográfico³³⁵ cronológicamente posterior a la teoría.

Aparte de la valoración que esta teoría como tal nos merezca y que analizamos en otro momento, consideramos particularmente interesante el tratamiento de asuntos tales como la concepción del discurso, el soporte analítico normativo de este discurso en su versión jurídica y el tratamiento de los derechos ya mencionados. Así mismo, nos parece una aportación exclusiva la consideración del discurso jurídico como "caso especial" de la argumentación práctica, es decir, del ámbito de lo prescriptivo y la consecuencia que de esto se deriva para el derecho en su vinculación inexcusable con la moral, representada en la *tesis de la integración*. En fin, es también de destacar la identificación de los tres tramos activos del derecho: argumentación, justificación y decisión y, sobre todo, la articulación de la argumentación jurídica en tres niveles, dimensiones o categorías, en los que hemos querido concentrar nuestra propia aportación a un elemento del pensamiento de Robert Alexy que consideramos no suficientemente identificado.

11.1. UNA CONCEPCIÓN PECULIAR DEL DISCURSO

El concepto de discurso es esencial en el planteamiento de Alexy, porque es parte integrante de la concepción ética que lo sustenta, constituye la base estructural

³³⁵ALEXY, R.: "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional", texto leído en el Simposio sobre Problemas de Argumentación en el marco del Primer Seminario Eduardo García Máynez, ITAM-Escuela Libre de Derecho (trad. de Pablo Larrañaga), México, 1991, incl. en *Derecho y razón práctica*, México 1993,

de la argumentación y es, en fin, el elemento que da la necesaria versatilidad a todo el proceso para adaptarse a las situaciones nuevas.

Es un elemento central por el que transita todo el planteamiento del autor. En el discurso se fundamenta la argumentación y desde él se puede ir de lo general a lo particular y viceversa. Lo que en principio es una primera presentación de carácter racional, va tomando el perfil propio de lo moral en el discurso práctico y de lo jurídico en el discurso del mismo nombre.

El discurso racional constituye una condición previa de la argumentación, una pre-comprensión de una discusión jurídica organizada; se identifica, por tanto, una actividad lingüística. "De lo que se trata en esta actividad lingüística es de la corrección de los enunciados normativos; será conveniente designar tal actividad como *discurso*, y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como *discurso práctico*"³³⁶.

El carácter de racionalidad de un discurso se da desde una manifestación de mínimos, como en Stevenson: "Una fundamentación es *racional* si pueden aducirse como razones hechos y *no racional*, cuando pretende influir por otros medios"³³⁷; hasta una de máximos: una "aspiración a la universalidad, cuya realización definitiva no está nunca asegurada"³³⁸, perteneciente a la concepción perelmaniana.

³³⁶ALEXY,R.: *Ibidem*, p 34

³³⁷STEVENSON,Ch.L.: *Ethics and Language*, (Ética y Lenguaje, trad. cast. de E. Rabossi, Madrid, Paidós, 1984) New Haven/London, 1944, p 43

³³⁸ALEXY,R.: *Ibidem*, p 70, (nota, 578)

Este discurso puede aparecer bajo una triple dimensión, según lo consideremos desde un punto de vista empírico o de repercusión práctica de los argumentos; analítico, si nos interesamos por su estructura lógica; o normativo, si destacamos las claves de su racionalidad³³⁹. Esta racionalidad supone en principio estar sujeto a reglas³⁴⁰.

El modelo de discurso al que se adscribe Alexy tiene su origen en el modelo kantiano, quien confiere al concepto o teoría del discurso un carácter de procedimentalidad. "La concepción de la racionalidad de la teoría del discurso es la de una racionalidad procedimental universalista"³⁴¹. En el caso de la aplicación a la razón práctica: una norma es correcta si puede ser el resultado de un procedimiento.

11.2. TEORÍA ANALÍTICO-NORMATIVA DEL DISCURSO JURÍDICO

Esta doble condición de la que participa el discurso jurídico, incluyendo primero una estructura analítica que le permite ser revisado desde una perspectiva lógico-formal, y segundo, una vertiente normativa que le permite ser analizado desde la perspectiva de la *lógica de las normas*³⁴², supone riqueza de matices, por un lado, y complejidad de estudio, por otro³⁴³.

³³⁹*Ibidem*, pp 177 y 178

³⁴⁰ALEXY, R.: "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional", p 34

³⁴¹ALEXY, R.: "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", p 136
Cfr. HÖFFE, O.: *Kategorische Rechtsprinzipien*, Frankfurt del Meno, 1990, pp 346 y ss (V. ALEXY, R.: *Ibidem*, nota n° 22)

³⁴²BOBBIO, N. y CONTE, A.: *Derecho y lógica. Bibliografía de la lógica jurídica (1936-1960)*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1965

³⁴³Aunque en el apartado anterior hemos aludido a una racionalidad empírica, no es este el punto que mayor desarrollo alcanza en el autor y es esta precisamente una de las

El determinar que el discurso racional se base en una construcción del lenguaje que tiene sentido y que, además, está guiada por reglas, la obtiene Alexy de su particular interpretación de la ética analítica. "La tarea más importante de una teoría del discurso práctico racional es la elaboración de reglas que determinen esa actividad. A estos efectos, hay que diferenciar entre la descripción y el análisis de los juegos del lenguaje fácticamente existentes y la justificación de tales reglas. Lo primero corresponde a la parte empírica y analítica de una teoría del discurso práctico, lo segundo a su parte normativa"³⁴⁴.

A través de una explicación empírico-descriptiva no conseguimos fundamentar las reglas del discurso, según Alexy³⁴⁵, para lo que tendríamos que acudir al marco de una teoría normativa. "La teoría del discurso racional es una teoría normativa"³⁴⁶. El problema es que estemos cayendo en la circularidad de recurrir a normas para fundamentar normas.

Alexy propone salir de esta situación aplicando las reglas del discurso, concretamente un "*discurso teórico-discursivo*"³⁴⁷ o discurso sobre las propias reglas

críticas más contundentes que ha de afrontar [V. ATIENZA, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p 230]: "La teoría de argumentación jurídica de Alexy no aporta demasiado en el plano empírico; no puede considerarse que lleve a una descripción adecuada de la argumentación jurídica tal y como, de hecho, tiene lugar". Una posible explicación, no aceptada por Alexy, es que su teoría "no sea ni descriptiva ni analítica, sino prescriptiva".

³⁴⁴ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 110

³⁴⁵Quizá en esta creencia del autor está la explicación del por qué no se apresta a una fundamentación empírica más completa, objeto de la crítica *ut supra*, Cap. 10.2. (N. del A.)

³⁴⁶ALEXY, R.: *Ibidem*, p 178

³⁴⁷*Ibidem*, p 184

del discurso que, en cualquier caso, tendrá una cuádruple interpretación: a) como fundamentación técnica, que se basa en su necesidad para conseguir fines³⁴⁸; b) fundamentación empírica, o establecimiento de que una norma rige ya de hecho; c) fundamentación definatoria, que supone la aceptación de los sistemas de reglas que definen un juego de lenguaje y acepta así mismo el sistema de reglas obtenido por su método, y d) fundamentación *pragmático-universal*³⁴⁹, que parte del supuesto de que la condición de posibilidad de la comunicación lingüística en general viene detentada por la validez de determinadas reglas³⁵⁰. O bien, siguiendo a Searle, que "la validez de determinadas reglas es constitutiva de la posibilidad de determinados actos de habla"³⁵¹.

No obstante la prevención contra las limitaciones que estas variables de fundamentación maneja el autor, como son los fines no justificados de la fundamentación empírica, la necesidad de partir de la *praxis* con la que ya contamos *de facto* en el método empírico, la posible arbitrariedad del definatorio y la restricción real del pragmático-universal en el sentido de poder fundamentar sólo ciertas reglas, advierte Alexy de su matizada utilidad. Las reglas de vigencia fáctica

³⁴⁸*Ibidem*, p 178

Cfr. WRIGHT, G.H.V.: *Norm and action*, London, 1963, pp 6 y ss (V. ALEXY, R.: nota 12)

Cfr. LORENZEN, P. y SCHWEMMER, O.: *Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie*, Mannheim/Wien/Zürich, 1973

³⁴⁹Término propuesto por Habermas en lugar de "pragmático-trascendental".

Cfr. HABERMAS, J.: *Was is Universalpragmatik*, en *Sprachpragmatik und Philosophie*, ed. de K.O. Apel, Frankfurt a. Main, 1976, pp 201 y ss

³⁵⁰ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 182

³⁵¹SEARLE, J.R.: *Actos de habla (Speech Acts)*, trad. cast. de L. Valdés Villanueva, Cambridge, 1969), Cátedra, Madrid, 1986, pp 33 y ss

son un punto de partida como cualquier otro para el agente discursivo³⁵²; las reglas empíricas admitirían la crítica comparativa con otros sistemas y usos. El modelo definitorio, a pesar de lo arbitrario, ejercería una crítica positiva ventajosa en el sentido de llevarse a cabo sobre lo ya formulado³⁵³.

Las reglas bajo el modelo pragmático-universal parecen, no obstante su escasez práctica real, las más defendibles.

Alexy plantea, en fin, que la falta de reglas fundamentales, o la provisionalidad de las demás, no es irrazonable³⁵⁴ como base de la argumentación, "y, dado que es razonable empezar de alguna manera la discusión, es también razonable empezarla sobre reglas no justificadas"³⁵⁵.

11.3. LOS DERECHOS Y EL DISCURSO JURÍDICO

La inclusión de los derechos como eje sobre el que gira las discusiones jurídicas hace de la argumentación de Alexy un foro de debate de carácter ideal,

³⁵²Alexy viene a decir que las reglas *de facto* son el punto de partida de situaciones argumentativas que, igualmente *de facto*, han de empezar a partir de ellas, so pena de mayor irracionalidad, pero no justifica por qué. Una laguna importante en todo su planteamiento. (N.del A.)

³⁵³Parece igualmente muy lábil esta posición, que no hace sino debilitar el planteamiento del autor en general. (N. del A.)

³⁵⁴ALEXY,R.: *Ibidem*, p 184

³⁵⁵Consideramos que este es uno de los graves déficits de la teoría de la argumentación de Alexy, que grava en definitiva la credibilidad del procedimiento en general y del jurídico en particular. (N.del A.: V. *Crítica*)

substrato moral y aplicación actual, con pretensiones de servir tanto para lo universal como para lo particular, pero teniendo como límite la salvaguarda de los derechos individuales de carácter fundamental.

La evolución del tratamiento de los derechos en el planteamiento de Alexy va desde su identificación, primero, su fundamentación, después y el papel relevante que le corresponde en su idea de discurso jurídico.

Ya se comentó en el capítulo siete su idea de concepto y fundamentación del derecho y su articulación en tres niveles, que, aunque lo denomine igual, no hay que confundir con el modelo en tres niveles del su sistema del razonamiento jurídico.

Como objeto de interés protegible del sistema jurídico, los derechos individuales compiten con los bienes colectivos ideal y fácticamente, enfrentando no sólo dos posiciones jurídicas, sino dos posiciones vitales³⁵⁶. Desde el punto de vista jurídico "algo" es un bien colectivo "cuando hay una norma que así lo establece"³⁵⁷; según esto, la fundamentación de bienes colectivos viene a ser el problema de la fundamentación de las propias normas³⁵⁸.

³⁵⁶WRIGHT, G.H.v.: *The Logic of Preference*, Edimburgo, 1963, p 7

Desde su posición, podrían considerarse hasta tres versiones conceptuales desde un punto de vista del tratamiento de los bienes colectivos: axiológica, antropológica y deontológica (V. ALEXY, R.: "Derechos individuales y bienes colectivos", nota, 17).

³⁵⁷ALEXY, R.: "Derechos individuales y bienes colectivos", p 188

³⁵⁸Cfr. MACCORMICK, N.: "Rights in Legislation" en *Law, Morality, and Society, Essays in Honour of H.L.A. Hart*, ed. Hacker/Raz, Oxford, 1977, pp 203 y ss

Aunque existe una estrecha vinculación conceptual y normativa entre derechos individuales y bienes colectivos, Alexy se decanta por la precedencia *prima facie* en favor de los primeros. Si bien, teóricamente podemos llegar a situaciones argumentativas de equiparación de buenas razones para unos y otros, que igualmente son posibles en caso de enfrentamiento abierto o colisión³⁵⁹, y que podrían ser tratados con un sistema de ponderación³⁶⁰, es finalmente la necesidad de que el individuo "sea tomado en serio"³⁶¹ lo que parece tener el peso suficiente como para que esta precedencia general *prima facie* se exprese de hecho en una carga de la argumentación "en favor de los derechos individuales sobre los bienes colectivos"³⁶².

Esto no quiere decir que desde las reglas del discurso, la seriedad del interlocutor en cuanto a sus derechos individuales y la seriedad de la persona en cuanto a sus *derechos humanos*, sean equiparables. Alexy es tajante en esto: "No es posible una inferencia directa desde las reglas del discurso a los derechos humanos"³⁶³. Esta traslación imposible desde el reconocimiento de los derechos en el

³⁵⁹ *Ibidem*, p 204

³⁶⁰ En última instancia llegaríamos a posiciones extremas de defensa de las valoraciones (generalmente adscritas a posturas de defensa de derechos individuales) y por extensión *constitucionalistas* o de defensa de los derechos fundamentales [V. SCHMITT, C.: "Die Tyrannei der Werte" en *Säkularisation und Utopie für E. Forsthoff*, Stuttgart/Berlin/Colonia/Maguncia, 1967] y, por el contrario, a una defensa de lo no valorativo sino legislativo (casi siempre adscrito a lo colectivo) y por extensión a las tesis catalogadas como *legalistas* [V. FORSTHOFF, E.: *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2ª ed. Munich, 1971 (N. del A.)

³⁶¹ ALEXY, R.: *Ibidem*, p 207

³⁶² *Ibidem*; V. también DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, quien va más allá al proponer una teoría del derecho basada en los derechos individuales, lo que significa que sin derechos individuales no existe el "Derecho".

³⁶³ ALEXY, R.: "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", incluido en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, 1994, p 152

ámbito del *hablar* al del *actuar*³⁶⁴ impide que puedan tomarse los derechos humanos como fundamento o como objetivo del discurso³⁶⁵. Sólo sobre la base de que todos los participantes tienen un interés en la corrección, los derechos humanos podrían ser fundamentados (y sólo hipotéticamente) bajo ese supuesto interés común³⁶⁶.

Ahora bien, esto no es tan incompatible como para que, abordado desde el punto de vista de los resultados quepa, no obstante, la formulación clásica de Alexy: "Mi tesis es que el resultado de un discurso racional sería un sistema de derechos fundamentales que incluya una preferencia *prima facie* de los derechos individuales sobre los bienes colectivos"³⁶⁷.

En cualquier caso, lo que Alexy aporta con este concepto de los derechos dentro del sistema jurídico es que, cuanto más evidente sea la fundamentalidad del derecho, es decir más incontrovertible su entidad como derecho asociado a la persona, mayor dependencia tendrá en cuanto a su salvaguarda, de un razonamiento práctico. "En los sistemas jurídicos, el papel de los derechos fundamentales se debe a

³⁶⁴*Ibidem*, p 153

³⁶⁵CORTINA, A.: "Diskursethik und Menschenrechte", en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 76 (1990), p 44

La tesis de Cortina de que el reconocimiento de los derechos humanos podría estar implícito al reconocimiento de ser un participante en el discurso práctico, toda vez que iría asociado al término *persona*, es desechado por Alexy en el sentido de que el discurso no entiende, en principio, de personas sino de interlocutores válidos.[V. ALEXY, R.: *Ibidem*, p 152]

³⁶⁶ALEXY, R.: *Ibidem*, p 153

³⁶⁷ALEXY, R.: "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional", p 35

Esta tesis se incluye en: ALEXY, R.: "Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft". Conferencia presentada en el 15 Congreso Mundial del Derecho y Filosofía Social, Gotinga, 1991

la práctica jurídica, y, dentro de la práctica jurídica, este se manifiesta en el razonamiento práctico"³⁶⁸.

11.4. LA TESIS DEL "CASO ESPECIAL", CON LÍMITES

Las pretensiones de universalidad de la teoría de Alexy quedan recortadas con esta doble condición con la que se halla *gravada*. El ámbito de lo jurídico supone una restricción sobre el ámbito del *deber ser*, y además se recorta en sus posibilidades con lo prescrito en la ley, lo sugerido en la dogmática y lo establecido en el *caso juzgado*³⁶⁹. Bien es cierto, que esta aparente limitación es sólo formal, pues ya en el ámbito del derecho germánico, en el que se desarrolla el pensamiento del autor, el propio Tribunal Federal proponía un modelo de debate jurídico más ambicioso, lo que confiere a la argumentación un carácter cuasi plenipotenciario para abordar cuestiones en la frontera del derecho positivo, siempre que naturalmente pueda dar *buenas razones*.

Este modelo parte a su vez de la *tesis de la integración* en lo que se refiere a esa conjunción entre los planos de lo jurídico y lo moral. Para Alexy, esta relación entre argumentación jurídica y argumentación práctica, en su definición de caso

³⁶⁸*Ibidem*, p 31

³⁶⁹Considerábamos una cierta limitación la de la propia crítica sociojurídica, más plural y abierta que la contenida en la dogmática, con una cada vez mayor relevancia en sociedades democráticas con gran desarrollo del pensamiento y capacidad de evaluación social de los fenómenos de ámbito ético-jurídico que le atañen.

especial, puede significar o adoptar tres formas posibles³⁷⁰. La primera supone que la argumentación jurídica sólo sirve para legitimar secundariamente lo acordado en el debate o discurso práctico general, es lo que se conoce como *tesis de la secundariedad*³⁷¹. La segunda parte de una supuesta limitación del discurso jurídico, tras la cual hay que echar mano de argumentos de tipo práctico para acabar de ofrecer una solución al caso; se trata de la *tesis de la adición*³⁷². La tercera vía, propone la utilización conjunta de ambos tipos de argumentos indistintamente y allí donde sean necesarios, lo que constituye la *tesis de la integración*.

El criterio *fuerte* de esta tesis viene de la mano de la supuesta subordinación del ámbito jurídico al moral, de difícil, o incluso imposible, aceptación por parte de corrientes próximas al positivismo jurídico. El criterio *débil*, esto es, el de la triple condición limitadora del discurso jurídico, sería de amplia aceptación en ámbitos jurídicos actuales de carácter democrático. De la interacción de ambos criterios resulta un modelo jurídico tenido en cuenta de una u otra manera bajo el sentido genérico de una necesidad de "obediencia moral del derecho"³⁷³, en la línea de mantener un cierto freno a las posibilidades de expansión coyunturalista de los cauces del derecho, para los que la sociedad en general no estaría preparada.

³⁷⁰ ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 38

³⁷¹ *Ibidem*, p 39

³⁷² *Ibidem*

³⁷³ HOERSTER, N.: "El deber moral de obediencia al Derecho", incl., en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, pp 147 a 158

Que el discurso jurídico sea un caso especial del discurso práctico general quiere decir fundamentalmente que: a) en su seno se discuten cuestiones prácticas; b) se persigue una pretensión de corrección y, c) todo ello, bajo condiciones limitadoras³⁷⁴ (ley, dogmática y precedente), por lo que se trata de un discurso cuya racionalidad lo es dentro del ordenamiento jurídico vigente³⁷⁵. De igual forma, así como se le reconoce esta triple vinculación, puede hablarse de otras tantas formas de expresión de este discurso: el científico-jurídico, el jurídico-deliberativo y el legislativo, amén de otros pseudodiscursos como el que pueda llevarse a efecto en otros ámbitos sociales que no tienen otra vinculación que no sea decantar la propia opinión pública hacia una determinada propuesta debatida o debatible.

Este concepto, original y razonado de Alexy, tiene su marco filosófico en Habermas³⁷⁶, su correspondencia jurídico-teórica en Kriele³⁷⁷ y su equivalencia jurídico-práctica en Maccormick³⁷⁸.

Básicamente lo que pretende es dar cuenta de la coyunturalidad que imprime la argumentación jurídica a las soluciones en tiempo presente, sin perder la dosis de

³⁷⁴ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 207

³⁷⁵ATIENZA, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p 193

³⁷⁶HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa (Theorie des kommunikativen Handelns*, trad. de M. Jiménez), Taurus, Madrid, 1987, pp 62 y ss

³⁷⁷KRIELE, M.: *Recht un praktische Vernunft*, Gotinga, 1979, p 33 y ss

³⁷⁸MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, p 272

universalidad a que aspira todo discurso racional. El tributo que ha de pagar es, desde luego, alto y la crítica de que es objeto es especialmente contundente. Esta crítica le parece al propio autor más asumible cuando hace referencia al procedimiento jurídico institucionalizado, especialmente el proceso judicial, que cuando se trata de un discurso jurídico no institucionalizado; es decir como ejercicio teórico, y aun así se le niega su capacidad de aportación o enriquecimiento al discurso práctico³⁷⁹.

11.5. LOS TRES NIVELES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Este es uno de los pensamientos más relevantes dentro del planteamiento del autor. La estructuración del proceso argumentativo en tres niveles supone dotar a la valoración de los acontecimientos jurídicos de un criterio ideal como es la aplicación del principio correspondiente, de un criterio racional, como es la identificación de la regla adecuada, y de un criterio real, como es el seguimiento del procedimiento³⁸⁰. Aquí están definidos los tres pasos del razonamiento jurídico final.

Esto supone de entrada la no aceptación de lo que Alexy llama teoría fuerte de los principios, al modo de Dworkin³⁸¹, que aboga por encontrar una respuesta

³⁷⁹NEUMANN, U.: *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986, pp 86 y ss

V. también, para crítica general al discurso jurídico como caso especial, KRAWIETZ, W.: *Rationalität des Rechts versus Rationalität der Wissenschaften?*, en "Rechtstheorie" 15

³⁸⁰V. tabla del Cap., 29

³⁸¹DWORKIN, R.: *Los derechos en serio* (título original, *Taking Rights Seriously*, G. Duckworth & Co. Ltd. Londres, trad. de M. Gustavino), Ariel Derecho, Barcelona, 1984, pp 61 y ss

correcta mediante la confrontación selectiva de los principios aplicables a un caso. La tesis débil, por contra, permite utilizar estos principios como soporte combinado con las reglas o normas positivas, mediante el criterio de *ponderación*. "Los principios, como las reglas, no regulan por sí mismos su aplicación. Si se quiere lograr un modelo adecuado del sistema jurídico, entonces se debe añadir a estos dos niveles que expresan, en relación con la cuestión de la corrección de la decisión, el lado pasivo del sistema jurídico, otro lado activo referido a esta cuestión. Los niveles de las reglas y de los principios deben ciertamente complementarse con un tercero, a saber, con una teoría de la argumentación jurídica³⁸²".

Alexy parece sugerir que la búsqueda de una solución racionalmente fundamentada³⁸³ no es posible con la aplicación de modelos mono o bidimensionales y que, precisamente el procedimiento, esto es, la aplicación de la teoría de la argumentación jurídica, que desde luego incluye una severa selección del principio o de los principios y la identificación de la regla adecuada, es lo que confiere la seguridad previa de la racionalidad. La argumentación jurídica no sólo constituye el tercer nivel, sino que es el nivel de interpretación de los otros dos, aquel en el que adquieren sentido³⁸⁴.

³⁸²ALEXY, R.: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica" (trad. de M. Atienza), en *Doxa 5*, Alicante, 1988 y *Derecho y razón práctica*, México, 1993, p 19

³⁸³*Ibidem*

³⁸⁴La incorporación de una teoría de la argumentación jurídica parece presuponer, según nuestro autor, que la simple aplicación de reglas o principios, (o ambos, si hablamos de un sistema en dos niveles), no incluye, de suyo, un sistema de aplicación [V. explicación complementaria en nota a la 6ª crítica general a la teoría].(N. del A)

En cuanto al alcance competencial, los principios son concebidos por Alexy como *mandatos de optimización*³⁸⁵, es decir tienen una obligación de grado, según las posibilidades jurídicas y fácticas³⁸⁶, en tanto las reglas suponen *mandatos definitivos*³⁸⁷. Esto quiere decir que tienen un grado de aplicación y por tanto de cumplimiento de "todo o nada"³⁸⁸, y la argumentación, en fin, constituiría una adaptación a tiempo presente y a las peculiaridades del caso de unos y otras.

Alexy pretende haber superado las objeciones clásicas que soportan los modelos puros. La *objeción sustancial*, que postula que "una teoría de los principios estructuralmente coincidente con la teoría de los valores significaría la destrucción de la libertad individual en sentido liberal"³⁸⁹, de la que ya hemos tratado desde otros ángulos. La *objeción competencial*, que recela de que una teoría de los principios acabe dando a los jueces las atribuciones cuasilegislativas propias del parlamento³⁹⁰. La *objeción metodológica*, por último, que sospecha que una sempiterna confrontación de principios, ni añade ni quita, a las decisiones judiciales y que sólo

³⁸⁵ALEXY,R.: "Sistema jurídico y razón práctica", incluido en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, 1994, p 162

³⁸⁶V, para este tema, CANARIS,C.W.: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin, 1983

³⁸⁷Cfr. ALEXY,R.: "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien" en *ARSP Beiheft 25* (1985), pp 13 y ss

³⁸⁸DWORKIN,R.: *Los derechos en serio*, pp 102 y ss

³⁸⁹V, para este tema, FORSTHOFF,E.: *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2ª ed. Munich, 1971

³⁹⁰ALEXY,R.: *Teoría de los derechos fundamentales* (del título original *Theorie der grundrechte*, Suhrkamp-Verlag,1986, trad. de E.Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp 115 y ss

serviría como un marco aparente de decisión³⁹¹. Es decir, de la pretensión de abordar cualquier posible caso con capacidad de respuesta³⁹², pasaríamos a que este sistema lo que aporta es que, si bien "siempre sería posible un argumento jurídico, no significa que el sistema jurídico contenga siempre una solución³⁹³". Esta apariencia de clausura del sistema no sería sino un *cierre en falso* de los problemas planteados, en una falaz aspiración de universalidad de las soluciones.

Es por esto que Alexy deja claro que su sistema en tres gradas o niveles, basado en una clara distinción entre reglas, principios³⁹⁴ y fase argumental, se inscribe en un claro ámbito de "constitucionalismo moderado³⁹⁵", y en un marco más amplio que es donde adquiere su plena significación: en el contexto de una teoría general del Estado y del Derecho³⁹⁶.

³⁹¹En esta postura se destaca especialmente Forsthoff (v. *ut supra*)

³⁹²DWORKIN, R.: *Ibidem*, p 372

DWORKIN, R.: *El imperio de la Justicia (Law's Empire)*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986, trad. de C. Ferrari), Gedisa, Barcelona, 1988, p 251 y ss

³⁹³ALEXY, R.: "Sistema jurídico y razón práctica", p 170

³⁹⁴Cfr. ALEXY, R.: "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien" en *ARSP Beiheft* 25 (1985)

³⁹⁵ALEXY, R.: "Sistema jurídico y razón práctica", p 162

³⁹⁶ALEXY, R.: "Idée et structure d'un système du droit rationnel" en *Archives de Philosophie du Droit*, nº 33, 1988, pp 30 y ss

No queda muy clara sin embargo, como bien señala Atienza [ATIENZA, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p 203], qué entiende finalmente el autor por este concepto tan ambiguo; o si ha habido una evolución en su planteamiento por cuanto al formular su teoría de la argumentación jurídica, hace más hincapié en una teoría de la sociedad.(N. del A.). V. también 8ª crítica general a la teoría.

Este modelo *tridimensional*³⁹⁷ de entender la práctica jurídica como el que propone Alexy aporta una secuencia de acción que parece bastante acorde con la necesaria seguridad jurídica que está en la base de toda experiencia aplicativa del derecho³⁹⁸.

El problema parece estar más bien en cómo entender el tramo final, es decir, lo concerniente a ese modelo de argumentación jurídica impregnado de reglas éticas, jurídicas, lógicas y convencionales, que parece dar al intérprete del derecho más expectativas que soluciones. En definitiva, parece que un sistema tal, que el propio autor reconoce ser uno más de los posibles en cuanto a la configuración definitiva de sus componentes, bien podría llevar a un mismo agente jurídico a proponer soluciones alejadas a problemas cercanos. O, bien, si se trata de distintos administradores, a soluciones dispares a un mismo problema. En el fondo, si no se es extremadamente riguroso en su aplicación, lo que finalmente nos aporta este modelo, es una mayor disponibilidad de herramientas para la interpretación y un mayor margen de posibilidades de poder equivocarse con dichas herramientas³⁹⁹.

³⁹⁷V. nota 1, del capítulo 29, donde se relaciona la teoría de la argumentación con el tridimensionalismo jurídico (Cfr. REALE, M.: *Teoria Tridimensional do Direito*, 4ª ed., revisada y actualizada, Saraiva, Sao Paulo, 1995 [*Teoría Tridimensional del Derecho*, trad., e introducción de Angeles Mateos, ed., Tecnos, S.A., Madrid, 1997])

³⁹⁸En contra de esta postura cabe citar a DÍEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho* ["La seguridad jurídica impone que las decisiones sobre casos iguales sean también iguales y que los ciudadanos puedan en una cierta medida saber de antemano cuales van a ser los criterios de decisión que han de regir sus asuntos... El derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica obliga a rechazar la llamada libre búsqueda del Derecho y al intérprete a actuar de acuerdo con unos criterios conocidos", p 250]

³⁹⁹ALEX Y, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 36

Respecto al núcleo práctico-argumentativo que soporta el discurso jurídico, el propio autor no lo considera como algo estable o definitivo, más bien sugiere que "la formulación explícita de las reglas pudiera parecer, pedante, superflua, o incluso inadecuada. Su objetivo quizá más importante consiste en hacer aparecer más claramente sus defectos... referidos al

11.6. ARGUMENTACIÓN, JUSTIFICACIÓN Y DECISIÓN

Aunque la argumentación está construida en tres niveles, no da cuenta final del resultado del acto jurídico. Éste en términos aplicativos no termina sino en la ejecución de la decisión⁴⁰⁰. Por tanto en la argumentación jurídica actual, una vez confeccionada la solución al caso, quedan pendientes dos fases: la justificación que en algunos ámbitos se conoce como *motivación*⁴⁰¹ y la decisión.

Hemos visto como el autor sitúa su teoría de la argumentación jurídica en un espacio de posibilidad que va desde la idea de pretensión de corrección más absoluta, hasta un escepticismo evidente, en el sentido de que la misma no represente acaso sino un punto de vista más en la metodología jurídica actual⁴⁰².

contenido de las reglas, a lo incompleto de su enumeración, al carácter superfluo de algunas reglas y formas, y también a la insuficiente precisión de su formulación."

⁴⁰⁰La diferenciación kantiana entre *Principio diudicationis* y *Principio executionis*, que se encontraría en la terminología de Alexy en el ámbito del *observador*, tiene su correlato en el ámbito del *participante* (el juez). Entre la argumentación, como una deducción sujeta a las reglas procesales, y la decisión, como una consecuencia de activar jurídicamente el *fallo*, el sistema se "humaniza" incluyendo un tramo de razonamiento que traduce lo jurídico a lo social: la *motivación*.

⁴⁰¹ZUBIRI SALINAS, F.: "La motivación de las sentencias", en *Cuadernos de derecho judicial*, 1992, (13), pp 355-376; BACIGALUPO, E.: "La motivación de la subsunción típica en la sentencia penal", *Cuadernos de derecho judicial*, 1992, (13), pp 161-179

⁴⁰²AARNIO, A.: "Sobre la predecibilidad de las decisiones jurídicas" en *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*, [trad., cast., de P. Larrañaga], Fontamara, México, 1995, pp 83 y ss

Entre una y otra opción parece quedar conciliada su posición definitiva: la de la idea de una respuesta correcta como *idea regulativa*⁴⁰³, es decir, algo a lo que se debe tender por medio de la argumentación, considerando si bien a ésta como un procedimiento con limitaciones respecto a aquella.

El modelo de argumentación de Alexy parte del supuesto de que las decisiones jurídicas pueden ser justificadas (admiten un procedimiento racional) y deben ser justificadas (exigen una motivación que excede al ámbito puramente procedimental). Tiene por tanto, dos dimensiones: prescriptiva y descriptiva. Su sistema "pretende mostrar no únicamente cómo se justifican de hecho las decisiones jurídicas, sino también, como se deberían justificar"⁴⁰⁴. Su planteamiento se sitúa, según el autor, en algún punto intermedio entre "posiciones subjetivistas, relativistas, decisionistas y/o irracionalistas"⁴⁰⁵, asentadas en la idea de que estas decisiones no dejan de ser sino actos de voluntad del juez o del legislador, y "las posiciones objetivistas, absolutistas, cognoscitivistas y/o racionalistas", resultados de la consecuencia inapelable de la lógica y la razón combinadas con las directrices de la ley. En otros términos, entre un determinismo y decisionismo metodológicos⁴⁰⁶.

⁴⁰³ALEXY,R.: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", p 22

⁴⁰⁴ATIENZA,M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p 24

⁴⁰⁵ALEXY,R.: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", p 20

⁴⁰⁶NEUMANN,U.: *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986, pp 2 y ss

La primera postura sería insostenible en el derecho actual, donde es práctica irrenunciable la obligación de motivar las decisiones⁴⁰⁷ para hacerlas aceptables, así como por un reconocimiento de que el derecho cumple de cualquier modo una "guía de la conducta humana"⁴⁰⁸. La postura decisionista se ve hoy ampliamente rebasada, incluso por la realidad que representa la presencia del *jurado popular*, ampliamente demandado por un sector de la sociedad⁴⁰⁹.

Desde un punto de vista estructural, la decisión jurídica que "pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, junto con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados"⁴¹⁰, admite un margen de interpretación, o lo que viene a ser lo mismo de *valoración*. Se trata de la posibilidad de preferir y, "en

⁴⁰⁷ ATIENZA, M.: *Ibidem*, p 25; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Civitas, Madrid, 1988 [El autor precisa dos tipos de razones para motivar. Una de carácter concreto: contar con la adhesión del Tribunal superior para que no revoque la sentencia, sino la confirme Otra de carácter abstracto: convencer al auditorio universal y cualesquiera otros jueces y ciudadanos para que suscriban la decisión], p 22. [Como apuntamos en el cap., 28.2 no establecemos una equiparación entre decisión y sentencia, sino que entendemos la segunda como resultado de la primera (N. del A.)]

⁴⁰⁸ ATIENZA, M.: *Ibidem*

Cfr. GOLDING, M.P.: *Legal Reasoning*, Borzoi, New York, 1984

⁴⁰⁹ Cfr. FRANK, J.: *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester, Massachusetts, 1970

Este autor es el representante más significado de la corriente que sugiere que los jueces primero deciden y luego racionalizan estas decisiones desde el punto de vista procedimental.

⁴¹⁰ ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 23

V. también, TARSKI, A.: *On the Concept of Logical Consequence*, en *Logic, Semantics, Metamathematics*, Oxford, 1956, pp 409 y ss

la base de tal acción está, un enjuiciamiento de la alternativa elegida como la mejor en algún sentido."⁴¹¹ Esta falta de rigor *matemático* en la deducción, unida a la variable *valor* en la acción de sopesar la decisión, no es mitigada por la aplicación más o menos rigurosa de las reglas del discurso, si bien es verdad que sobre la aparente debilidad del sistema y admitiendo que "no se puede producir ninguna certeza definitiva en el ámbito de lo discursivamente posible, (las reglas) son de enorme importancia como explicación de la pretensión de corrección, como criterio de corrección, como instrumento de crítica de fundamentaciones no racionales y también como precisión de un ideal al que se aspira"⁴¹². Supone, además, neutralizar en buena medida la arbitrariedad que supone incluir el paso de un acto ejecutivo como es la decisión, en un proceso de retrofundamentación de las proposiciones normativas que acabaría en un círculo lógico del que difícilmente se podría salir⁴¹³.

Tanto el juez como el legislador necesitarán recurrir ya al preámbulo, o a la exposición de motivos, para dar razones de una decisión o de una ley. Esta *motivación* del modo de proceder supone, de suyo, reconocer precisamente ese gravamen en debilidad con que ha de correr el sistema jurídico-legislativo en su totalidad y del que el modelo de Alexy es desde luego deudor, más obligado si cabe, en la medida que reconoce que "no son posibles teorías morales *materiales* que para cuestión práctica permitan extraer con seguridad intersubjetivamente concluyente

⁴¹¹Cfr. WIEACKER, Fr.: *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft*, en *Xenion. Festschrift für P.J. Zepos*, Atenas, 1973, p 407

⁴¹²ALEXY.: *Ibidem*, pp 37 y 38

⁴¹³ALEXY, R.: *Ibidem*, pp 176 y 177

precisamente una respuesta; pero sí que son posibles teorías morales *procedimentales* que formulan reglas o *condiciones* de la argumentación o decisión práctica racional"⁴¹⁴. Con esto está reconociendo sus complejas dificultades metodológicas y su capacidad de ser entendido de manera diferente según los distintos aplicadores, dado su carácter moral.

⁴¹⁴ALEXI, R.: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica" (trad. de M. Atienza), en *Doxa* 5, Alicante, 1988 y *Derecho y razón práctica*, México, 1993, p 21

CAPÍTULO 12

FUENTES FILOSÓFICAS

12.1 LA ÉTICA ANALÍTICA

12.2 LA ÉTICA JURÍDICA EN KANT

12.3 JÜRGEN HABERMAS Y LA ÉTICA DISCURSIVA

12.4 LA ESCUELA DE ERLANGEN

En buena medida toda la fundamentación del discurso jurídico en Alexy tiene un carácter filosófico, imprescindible, tanto para construir los discursos previos, como para fundamentar a cada paso la propia argumentación jurídica.

Esta naturaleza filosófica de las raíces de la argumentación se manifiesta en su estructura analítica (filosofía analítica), en su carácter formalista (filosofía kantiana), en su voluntad discursiva (ética discursiva) y en su pretensión de pureza y originalidad en el lenguaje (escuela filosófica de Erlangen).

Este carácter de la teoría de la argumentación jurídica tiene su justificación en la necesidad de tener que ser explicada sobre presupuestos más cercanos al ámbito de la filosofía que al del derecho. El autor los ha elaborado sobre tres pilares filosóficos clásicos, como son: 1) las condiciones de posibilidad del lenguaje de la moral de ser

identificado en estructuras analíticas más o menos estables; 2) la vigencia de contenidos de la razón práctica de carácter universalista y 3) en la pretensión de comunicabilidad de contenidos morales bajo directrices que acotan el marco de posibilidad y necesidad de dicha comunicación.

12.1 LA ÉTICA ANALÍTICA

Proporciona a Alexy criterio suficiente para fundamentar las proposiciones normativas. Se trata de un lenguaje del propio lenguaje de la moral; en definitiva, de una especie de *metaética*.

A la cuestión general de saber si es posible la justificación de las aserciones morales, parece que puede contestarse afirmativamente según la valoración que el autor hace de la revisión de distintos puntos de vista y escuelas. Para ello, primero indaga en los factores instrumentales de ese lenguaje supuestamente distinto que utilizamos para las prescripciones, para lo que *debe ser* hecho, obedecido, recordado, etc., y luego en los factores estructurales, esto es, en la composición de este lenguaje y su articulación más o menos evidente en esquemas, representaciones o *juegos*, con carácter propio que lo diferencia de otros lenguajes, pero manteniendo la pretensión de poder llegar a contenidos sólidos y verdaderos. Aunque lo cierto es que determinar esta capacidad de verdad es precisamente la tarea paralela a la propia fundamentación de la argumentación.

En definitiva, parece que para conciliar la verdad descubierta a través de la razón y el acuerdo obtenido por el concurso de un razonamiento con limitaciones

como es el práctico (o con superlimitaciones como es el jurídico), se necesita recuperar conceptos más o menos relevantes de autores que han tratado las condiciones de validez de este tipo de comunicación.

Que se trata de un lenguaje con connotaciones emocionales, parece evidente para autores como Stevenson, ya que junto a su dimensión cognitiva incluyen otra emotiva. "Las expresiones morales son instrumentos de influencia psíquica"⁴¹⁵, sea el oyente consciente de ello o no, y "no existe relación *lógica* alguna (ni deductiva ni inductiva), sino sólo una relación *psíquica* entre las razones aducidas a favor o en contra de una proposición normativa y esta proposición"⁴¹⁶. Por tanto, no hay reglas que permitan diferenciar las proposiciones válidas de las inválidas; para ello tendríamos que equiparar *válido* a verdadero⁴¹⁷

Pese a la objeción general de Alexy al planteamiento de Stevenson, en el sentido de que parece desconocer que el discurso moral esté sujeto o guiado por

⁴¹⁵STEVENSON, Ch.L.: *The Emotive Meaning of Ethical Terms*, en *Facts and Values*, New Haven/London, 1963, p 16

⁴¹⁶STEVENSON, Ch.L.: *Ethics and Lenguaje*, (Ética y Lenguaje, trad. cast. de E. Rabossi, Madrid, Paidós, 1984) New Haven/London, 1944, pp 90 y 109

⁴¹⁷*Ibidem*, p 146

Stevenson analiza esta cuestión exhaustivamente en el capítulo "La validez de la Ética comparada con la validez de la Lógica". Así como "si la argumentación recurre a razones empíricas, el fundamento empírico que se les da puede ser considerado válido o inválido en el mismo sentido que los métodos empíricos utilizados son válidos o inválidos. Cuando se emplean en la ética de una manera directa los métodos de la lógica de la ciencia, los criterios comunes de validez son los mismos que rigen para cualquier otro tipo de argumentación. Por el contrario, la validez *nada* tiene que ver con los métodos persuasivos. Carece de significado cognoscitivo hablar de persuasión "válida" o "inválida". Si nos vemos obligados a cometer errores lógicos en el "valor" de la persuasión, es el aspecto lógico y no el persuasivo el que resulta inválido... Está claro que la inferencia no será por hipótesis ni *demonstrativa* ni *deductivamente* válida. De acuerdo con estos criterios de validez, será siempre inválida"

reglas, recupera sin embargo de él la cuestión de que, pese a todo, parece que hay que buscar la existencia de estas reglas en un lenguaje que, aunque no las contenga de suyo, "permitan diferenciar las fundamentaciones válidas de las proposiciones normativas de las inválidas"⁴¹⁸. Así mismo conviene a su concepción de la argumentación la diferenciación entre métodos racionales y persuasivos, sin preeminencia de los primeros respecto a los segundos, toda vez que ambos pueden justificarse, valorarse y, finalmente, elegirse según su idoneidad⁴¹⁹. En suma, el discurso moral de Stevenson es el adecuado a una argumentación de esta índole, si bien contenga déficits de fundamentación.

Pero es opinión más común la vigencia de reglas en los discursos morales, lo que se manifiesta en Wittgenstein a través de su concepción del lenguaje como elemento de representación del mundo⁴²⁰, en que sus objetos son nombrados por palabras y las proposiciones resultan de agrupaciones con sentido (juegos del lenguaje) de esos objetos; o por mejor decir, de esos nombres. Los juegos del lenguaje a través de sus reglas y convicciones propias forman un sistema o, si se quiere, una determinada *forma de vida*⁴²¹, una representación del mundo que junto con otras contribuye a la praxis vital común⁴²².

⁴¹⁸Entendemos, sin embargo, que Stevenson no dice exactamente esto, sino más bien, que los juicios morales son susceptibles de verdad.

⁴¹⁹STEVENSON, Ch.L.: *Retrospective Comments*, en *Facts and Values*, New Haven/London, 1963, p 197; *Ibidem*, *The emotive Meaning of Ethical Terms*, p 17

⁴²⁰WITTGENSTEIN, L.: *Tractatus lógico-philosophicus*, (traducción e introducción de J. Muñoz e I. Reguera), Alianza Universidad, Madrid, 1992, pp 50 y ss

Cfr. AMBROSE, A. y LAZEROWITZ, M. (ed): *Ludwig Wittgenstein. Philosophy and Language*, London/New York, 1972; WRIGHT, G.E. von (ed): *Letters to Russell, Keynes and Moore*, 1974

⁴²¹V. para este tema, HUNTER, J.F.M.: "Forms of Live" en *Wittgenstein's Philosophical Investigations*, en "American Philosophical Quarterly", 5 (1968), pp 233-243

⁴²²Cfr. KENNY, A.: *Wittgenstein*, Frankfurt a. Main, 1974

A uno de estos juegos del lenguaje corresponden los discursos morales y los jurídicos, que naturalmente están sujetos a reglas. Esta es para Alexy una de las razones para adoptar en parte las conclusiones⁴²³ de este peculiar tratamiento del lenguaje.

Ahora bien, sobre un concepto tan liviano de *regla* (lo que es seguido por diferentes personas en diferentes momentos) y *falta* (vulneración de la regla y, por tanto, reconocimiento de la misma), Wittgenstein deja claro que sólo podemos hablar de la validez de las primeras dentro de formas de vida o de representación del mundo determinadas y que éstas no son fundamentables a su vez, es decir no son ni correctas ni falsas. Por tanto sólo podemos persuadir de nuestro punto de vista, pero no fundamentarlo⁴²⁴.

Mucho más conveniente a una fundamentación del discurso moral es la concepción de Hare, quien lo considera tan racional como cualquier formulación empírica⁴²⁵. La lógica de la moral está implícita en el estudio del lenguaje de la moral. "Los juicios de valor (los juicios morales) implican imperativos", pero estos no se encuentran en las proposiciones descriptivas⁴²⁶, por lo tanto, "no se pueden

⁴²³ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 68

⁴²⁴Consideramos que, en buena medida, esto invalida la pretensión de Alexy de pretender rescatar, pese a todo, el concepto de "actividad guiada por reglas" que Wittgenstein atribuye a los discursos morales y jurídicos, toda vez que el objetivo del primero es tratar de fundamentar la existencia de reglas de validez más o menos universal en estos campos, en tanto que el segundo la restringe a campos de significación predeterminados.

⁴²⁵Cfr. HARE, R.M.: *The Language of Morals*, London/Oxford/New York, 1952

⁴²⁶*Ibidem*, pp 28 y ss

derivar imperativos de proposiciones puramente descriptivas". Esto invalida la posibilidad de una lógica de la moral a partir del lenguaje común. El prescriptivismo niega que "pueda haber una deducción lógica de juicios morales a partir de afirmaciones sobre hechos⁴²⁷".

Descripción y valoración son aparentemente dos caras complementarias pero irreductibles de la realidad. ¿Cómo, pues, se puede *razonar* lo moral?.

Lo que hay de común en las expresiones descriptivas es que obedecen a necesarios acuerdos estables sobre el significado de los términos que las componen. "A es rojo⁴²⁸" constituye una manera de decir que obliga a un acuerdo universal implícito sobre lo que entendamos por "rojo", y esto llevado a una regla de cumplimiento obligado supone aceptar un principio que la informa: el principio de universalidad⁴²⁹. El equivalente en el discurso valorativo (moral) es el principio de prescriptividad que soporta las correspondientes reglas de racionalidad de este discurso sobre la base de que estos términos valorativos son también describibles, es decir, están contruidos con características que pueden ser descritas. Esto ocurre con conceptos como *bueno*⁴³⁰, que incluye de suyo una valoración traducible a lenguaje *definicional* común. "Cuando hacemos un juicio moral sobre algo, lo hacemos en la

⁴²⁷HARE,R.M.: *Freedom and Reason*, Oxford, 1963, p 2

⁴²⁸*Ibidem*, pp 10 y ss

⁴²⁹Entendemos que universalidad no recoge plenamente el término *universalizability* que incluye la disposición del principio a recoger las terminologías no sólo de hecho, sino posibles.(N. del A.)

⁴³⁰HARE,R.M.: *Ibidem*, London/Oxford/New York, 1952, pp 145 y ss

medida que posee ciertas propiedades no-morales"⁴³¹, que, efectivamente, sí son susceptibles de razones y, por tanto, de reglas que las organicen.

Ambos principios estarían conectados no sólo por la raíz racional descriptiva que comparten. Según Alexy⁴³², lo relevante del argumento de Hare "es que con su ayuda debe ser posible, sólo en base a la *lógica* del lenguaje normativo expresada por el PP (principio de prescriptividad) y el PU (principio de universalidad), llegar, a partir del conocimiento de *hechos*, de los *deseos* y de las *inclinaciones*⁴³³ (*inclinations and interests*) de los afectados y de la *representación* (*imagination*) de la situación de los otros⁴³⁴ (es decir, sin uso de premisas descriptivas), al enjuiciamiento de la corrección o incorrección de un juicio moral⁴³⁵". En suma, a la aceptabilidad de sus consecuencias lógicas⁴³⁶. Esta concepción, que descansa en el imperativo kantiano, parte de las *convicciones morales* de los participantes como criterio de exigencia en los otros. "El que juzga se coloca en situación de todos los afectados, se debe preguntar en cada caso, qué limitación de intereses puede él aceptar como racional o moralmente justificada⁴³⁷". Alexy cree que esto debilita la fuerza del

⁴³¹HARE,R.M.: *The Language of Morals*, London/Oxford/New York, 1952, p 30

⁴³²ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 84

⁴³³Lo que se manifiesta en la suposición de veracidad, una de las cuatro condiciones del discurso práctico habermasiano, como veremos (N. del A.)

⁴³⁴El reverso de *situación ideal de diálogo* de Habermas

⁴³⁵HARE,R.M.: *Freedom and Reason*, Oxford, 1963, p 94

⁴³⁶Esta pretensión constituye la base de una de las *reglas de fundamentación* del discurso práctico general en Alexy.

⁴³⁷ALEXY,R.: *Ibidem*, p 86

procedimiento de Hare, toda vez que es difícil determinar el peso entre intereses e ideales que conforman el resultado final de una verdadera convicción moral.

Con todo, el concepto de comprobabilidad de los juicios morales y, especialmente el de su supuesta universalidad, serán inexcusables para la construcción de la teoría de Alexy en su primer tramo, el de carácter fundamentativo o práctico.

El punto de vista moral (*moral point of view*) y sus connotaciones representa, en fin, el último punto de apoyo al planteamiento de nuestro autor, desde la analítica del lenguaje moral. En este caso es Baier⁴³⁸ quien da un paso más en el conocimiento de la estructura de este lenguaje completando el planteamiento de Hare.

Constituye una serie de reglas o condiciones que deben atender los juicios morales para ser tenidos como tales, es decir que soporten la calificación de *verdaderos*. El criterio de las buenas razones, que es en definitiva lo que apoya a este tipo de juicios es equivalente al criterio de las mejores razones⁴³⁹ posibles, suponiendo el encontrarlas una verdadera tarea "deliberativa"⁴⁴⁰. Las proposiciones

⁴³⁸BAIER, K.: *The Moral Point of View*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1974

⁴³⁹*Ibidem*, pp 85 y ss

En "The Best Thing Do" pp 85-105 analiza la equivalencia entre *What shall I do? and What is the best thing to do*, así como la naturaleza de las mejores razones, la verdad y peso de estas razones y las razones *prima facie* y presuntivas dentro de un razonamiento de corte moral.

⁴⁴⁰*Ibidem*

La diferencia entre razones y motivos acota el campo entre las buenas razones y los intereses que pueden llegar a incluir lo que llama "la paradoja de la subjetividad", por tanto, al proceso de deliberación es conveniente añadirle otros dos: la justificación y la explicación o, más bien, explanación ("Reason and Motive", pp 140-162)

normativas surgidas de las mejores razones están determinadas por verdaderas *reglas de prioridad*. Las señas de identidad de estas reglas son, que sean de vigencia universal: han de regir para todos ("*Moral rules are meant everybody*"⁴⁴¹) y que sean abiertas y enseñables en forma general⁴⁴². A estas exigencias formales hay que superponerle al menos tres condiciones de carácter material: a) Que el seguirlas contribuya al bien común ("*Moral rules must be for the good everyone alike*"⁴⁴³), b) Que el comportamiento que se propone, o los resultados de su aplicación, puedan ser aceptados por todos, tanto si se está del lado del que prescribe como del que recibe la prescripción (que recuerda por cierto el punto de vista homólogo en Hare) y, c) Que se autoprohiba en tanto su generalización tenga consecuencias negativas (compatible con el argumento de generalización de Singer⁴⁴⁴).

Estos conceptos complementan en buena parte los de Hare y son igualmente incorporados por Alexy en la base de su teoría de la argumentación.

La idea de que el lenguaje de la moral esté sometido a reglas, es decir, siga un esquema organizado en cualquiera de sus variantes y que, al mismo tiempo, se le reconozca en sus pretensiones de corrección un ámbito de verdad similar a lenguajes empírico-analíticos, o al menos no se le niegue o se fundamente suficientemente esta negación, sirve a Alexy para cimentar las aspiraciones de un discurso práctico como

⁴⁴¹*Ibidem*, p 195

⁴⁴²Compatible con el principio de publicidad de ámbito kantiano.

⁴⁴³*Ibidem*, p 200

⁴⁴⁴Cfr. SINGER, M.G.: *Generalization in Ethics*, New York, 1961

futura base de una argumentación jurídica tan posibilista como realista, tan universal como actual.

12.2 LA ÉTICA JURÍDICA EN KANT

Tanto el concepto de moral autónoma como el histórico del derecho convienen en grado sumo al pensamiento de Alexy, encontrando en el primero el último reducto de los derechos que tanta relevancia tienen en su planteamiento, así como la coyunturalidad presente en las reglas y procedimientos propios del segundo.

La imposibilidad de la metafísica, o lo que es lo mismo, su probatura teórica, no la descarta de pleno del ámbito del razonar humano. Su proyección en la moralidad sí tiene posibilidades de ser fundamentada, porque es del ámbito de lo humano. Razón teórica y razón práctica no son distintas, es su uso el que es diferente⁴⁴⁵; así la moralidad es perfectamente explicable ya sea de una manera *hipotética* o de forma *categorica* o absoluta. La moral kantiana tiene pretensiones de absoluto a medida que pretende mayores niveles de cumplimiento o rigor en un mandato inserto en el concepto de buena voluntad, y cuya explicitación, *el deber*, constituye la más alta cota de racionalidad⁴⁴⁶. El deber, resultante de la buena

⁴⁴⁵GARCÍA MORENTE, M.: *La Filosofía de Kant*, Espasa Calpe, Madrid, 1982, p 138

"Kant deshizo por completo las postreras confusiones aún vivas entre la verdad moral y la verdad teórica. Al demostrar que la metafísica -último baluarte de estas confusiones- carece de verdad teórica, hubo de completar su crítica, instituyendo la independencia y autonomía de la ética. Así Kant fue el fundador de lo que se ha llamado moral independiente".

⁴⁴⁶*Ibidem*, p 166

voluntad como marco y del imperativo categórico como guía, constituye una especie de racionalidad en tres dimensiones: lo *personal* y lo *universal* en lo *humano*.

Ahora bien, de la voluntad pura, de la que sale el bien o la perfección⁴⁴⁷, surgen grados de moralidad (de libertad) o de posibilidades de cumplir con el deber ser (de ejercer la acción moral en cuanto sujetos libres)⁴⁴⁸. "Voluntad es una especie de causalidad de los seres vivos, en cuanto que son racionales, y *libertad* sería la propiedad de esta causalidad, por la cual puede ser eficiente, independientemente de las extrañas causas que la determinen"⁴⁴⁹. Esta libertad así entendida, ha de ser presupuesta en todos los hombres⁴⁵⁰ y, en tanto que racionales, "valen para él todas las leyes que están inseparablemente unidas con la libertad"⁴⁵¹. Tenemos así una moralidad individual en lo universal, base de toda ulterior concepción discursiva de la ética de la que Alexy, a través de Habermas será deudor⁴⁵².

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p 168

⁴⁴⁸ KANT, I.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 8ª ed., trad. de García Morente, Espasa Calpe, 1983, p 111

⁴⁴⁹ *Ibidem*

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p 113

⁴⁵¹ *Ibidem*

⁴⁵² Esta abstracción: comparación del nivel de moralidad en relación con el *máximo* o buena voluntad, supone que la libertad individual *contingente*, se mueva en un ámbito universal *ideal*, en condiciones coyunturales de ejercicio de esa libertad como son los actos concretos, es decir en un ámbito *real*. Esto constituye el primer marco teórico del discurso práctico (y del jurídico por extensión) en el que acabaremos por decir que "el discurso jurídico tiene (pues) tres momentos: *ideal*, *racional*, y *real*, en que se constituye y se fundamenta". (V. Cap. 29)

El derecho kantiano es una consecuencia de la *Crítica de la razón práctica*, explicitada en la *Metafísica de las costumbres*, donde se pone de manifiesto desde los *Principios metafísicos del derecho*⁴⁵³ y *Principios metafísicos de la moral*⁴⁵⁴ una diferenciación de ambos conceptos. En lo que al derecho respecta, se trata de un concepto formalista, deficitario de contenidos morales y comprendido dentro del marco del estado⁴⁵⁵. De la *moralidad*, entendida como respeto a la ley de la voluntad autónoma, a la *legalidad* como respeto a la legislación externa, del paso de un deber en abstracto al cumplimiento de los deberes externos o concretos. Esta vocación de actualidad junto a su referencia más característica, la capacidad de coacción, constituyen "la eliminación del obstáculo de la libertad" a modo de "un conjunto de condiciones bajo las cuales la voluntad de uno concuerda con la del otro según una ley de libertad"⁴⁵⁶.

Este concepto de lo jurídico, recogido bajo la fórmula de *Principio universal del derecho*, en que "una acción es conforme a derecho (*recht*) cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal"⁴⁵⁷ será de gran influencia en todas las corrientes

⁴⁵³KANT, I.: *Metafísica de las Costumbres (Metaphysik der Sitten, 1797*, trad. de A. Cortina y J. Conill), Altaya, Barcelona, 1973, pp 3 y ss

⁴⁵⁴*Ibidem*, pp 221 y ss

⁴⁵⁵La referencia de Alexy a su Teoría como "comprendida dentro de una teoría general del estado y del derecho" (ALEXY, R.: "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", México, 1993, p 69; ALEXY, R.: "Idée et structure d'un système du droit rationnel" en *Archives de Philosophie du Droit*, n° 33, 1988, p 30), podría tener su origen en esta concepción kantiana, ya que el autor no da cuenta exacta del porqué de esta apreciación.

⁴⁵⁶KANT, I.: *Ibidem*, p 39

⁴⁵⁷*Ibidem*

formalistas de la ciencia del derecho, incluidas las actuales. Este derecho *estricto*, sin móvil moral, que se constituye como reglamentación coactiva de las libertades externas para asegurar un orden social, hay que separarlo de la moral, que mira sólo a los deberes internos. "Con este principio, Kant ha consumado la escisión entre el derecho y la moral, ya iniciada en Thomasius y Wolff⁴⁵⁸", situándose en la pura legalidad exterior de las acciones bajo la fuerza coactiva de la ley.

Esta aparente separación no será, sin embargo, incompatible con la *tesis de la integración*⁴⁵⁹ o de la necesidad de llegar a argumentos jurídicos sólidos desde la complementariedad de los argumentos prácticos, defendida por Alexy. Tanto el concepto de razón práctica⁴⁶⁰, como el de una teoría del discurso en tanto "teoría de la corrección y de la racionalidad práctica" kantianos, son uno de los puntos de partida de nuestro autor en su propuesta de una inexcusable presencia de argumentos prácticos generales en el marco de la argumentación jurídica⁴⁶¹.

La racionalidad práctica kantiana parte de su idea de universalidad, que llevada a términos discursivos se traduce en una racionalidad procedimental

⁴⁵⁸URDANOZ, T.: "Kant, idealismo y espiritualismo", en *Historia de la Filosofía*, B.A.C., t. IV, Madrid, 1975, p 109

⁴⁵⁹ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 39

⁴⁶⁰Noción negada por autores relevantes, por tratarse de un "concepto lógicamente insostenible". (V. KELSEN, H.: *Derecho y lógica*, trad. de U. Schmill y J. Castro, en Cuadernos de Crítica, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 1978; ROSS, A.: *Lógica de las normas (Directives and norms*, Routledge and Kegan paul; Londres), trad. J.S.P. Hierro, Tecnos, Madrid, 1971

⁴⁶¹*Ibidem*, pp 277 y ss

universalista⁴⁶², tronco común de las posiciones de la ética discursiva, principalmente de Habermas⁴⁶³ y de los planteamientos jurídicos afines al presentado por Alexy⁴⁶⁴. Contraria por cierto a toda moral contractualista de inspiración hobbesiana y cuyos principales representantes serían Gauthier⁴⁶⁵ y Buchanan⁴⁶⁶; así como la de fuente aristotélica, que tiene en MacIntyre⁴⁶⁷ su más radical exponente. En definitiva se trata de negociación contra argumentación, conteniendo ésta criterios de racionalidad que, con la aplicación de las *reglas* correspondientes, determina juicios prácticos con pretensiones de llegar a la verdad a través de la corrección⁴⁶⁸.

Estas reglas, recogidas por Alexy, afectan tanto al fondo como a la forma argumental. De tipo estructural⁴⁶⁹ son las reglas o exigencias de: no contradicción (1.1), universalidad en el uso y coherencia de predicados (1.3 y 1.3'), claridad lingüístico-conceptual (6.2), verdad en la utilización de premisas empíricas, la

⁴⁶²ALEXY, R.: "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", incluido en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, 1994, p 136

⁴⁶³V. HABERMAS, J.: *Moralität und Sittlichkeit*, Francfort del Meno, 1986

⁴⁶⁴ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 134

⁴⁶⁵GAUTHIER, D.: *Morals by Agreement*, Oxford, 1986

Desde la idea de una "maximización individual de utilidades" responde, a través de la metodología de la negociación racional, de una concepción contractualista basada en razones precisamente utilitaristas antes que morales.

⁴⁶⁶BUCHANAN, J.M.: *The Limits of Liberty*, Chicago/Londres, 1975

⁴⁶⁷MACINTYRE, A.: *After Virtue*, Londres, 1985

La moral individualista sería insostenible, según este autor, con lo que ello finalmente tiene de negación para su base de sustentación en el campo del derecho: los derechos humanos.

⁴⁶⁸ALEXY, R.: "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", p 137

⁴⁶⁹*Ibidem*

consideración de las consecuencias (4.2 y 4.3), criterios de ponderación (4.5 y 4.6), intercambio de roles (5.1.1) y criterios de la génesis de las convicciones morales (5.2.1 y 5.2.2). Las de tipo procedimental advierten: del derecho de todo hablante a poder participar en el discurso (2.1), del derecho a cuestionar, modificar o introducir cualquier aserción (2.2), la libertad sin restricciones respecto a los derechos reconocidos en las reglas (1), (2 y 2.3)⁴⁷⁰.

Según esto, a las normas argumentalmente aceptadas por todos, de aprobación universal por tanto, puede reconocerse la corrección y "la validez moral ideal"⁴⁷¹ correspondiente al principio del poder legislativo de Kant: "De ahí sólo la voluntad concordante y unida de todos, en la medida en que deciden lo mismo cada uno sobre todos y todos sobre cada uno, por consiguiente, sólo la voluntad popular universalmente unida puede ser legisladora".

Esta plataforma intelectual kantiana, de carácter teórico, tiene su vertiente aplicativa en la distinción entre corrección de la norma y su obediencia⁴⁷², entre lo adecuado y la motivación para llevarlo a cabo. En definitiva, el tránsito entre el *estado de naturaleza*, que propone cómo las cosas *deben* ser, al *estado civil* que obliga a cómo *tienen* que ser⁴⁷³. El derecho estaría ligado a la capacidad de coaccionar⁴⁷⁴, de constituirse como tal en la aplicación de las normas correctas. Es

⁴⁷⁰V. Tabla de reglas en ANEXO

⁴⁷¹ALEXY,R.: *Ibidem*, p 138

⁴⁷²La distinción kantiana ya anotada entre *principium diiudicationis* y *principium executionis*

⁴⁷³KANT,I.: *Metafísica de las Costumbres...* cit., "Introducción a la doctrina del derecho".

⁴⁷⁴*Ibidem*, p 40

decir, "la teoría del discurso puede alcanzar importancia práctica sólo si se inserta en una teoría del derecho"⁴⁷⁵, de ahí que Alexy considere esencial, aunque insuficiente como vía de validación del derecho, esta "condición" de corte pragmático trascendental, y le añade otras dos: la *maximización individual de utilidades*, que se aproxima más al quehacer habitual en los foros de la argumentación al uso, y una *premisa técnica*, que confirmaría que la corrección se mantiene porque es una "premisa" de partida de la mayoría⁴⁷⁶.

En cualquier caso, si bien recurre Alexy a Habermas como referente inmediato en la fundamentación ideológica y filosófica de su teoría de la argumentación jurídica, es Kant y su visión de la moral, del derecho y de la conjunción de ambos (desde la autonomía) en la ordenación de *experiencia civil*, su referente remoto e irrebasable.

12.3 JÜRGEN HABERMAS Y LA ÉTICA DISCURSIVA

Es, sin duda, esta influencia la más perceptible en Alexy, a cualquier nivel. Desde el propio concepto de comunicación, como soporte de un campo de acción práctica donde los contenidos jurídicos son sólo un grado más de definición, hasta las propias reglas de participación en lo que llamamos discurso jurídico y que no son,

⁴⁷⁵ALEXY,R.: "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", p 151; y ALEXY,R.: "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica" (trad. de E. Garzón Valdés), en *Derecho y filosofía*, Fontamara, México, 1992, incl. en *Derecho y razón práctica*, México, 1993, p 69

⁴⁷⁶Las dos últimas condiciones incluidas por Alexy son de muy discutible encaje en su esquema general de fundamentación de la argumentación jurídica, donde parece abandonar la línea de defensa "moral", para acercarse más a una jurisprudencia de la que en otros momentos recela.

desde luego, algo ajeno a cómo los actores en su mundo real se vienen comportando. El carácter ideal que preside esta comunicación no es sino el límite lógico a que ha de tender toda idea de precisión metodológica, en este caso de corrección, cuya finalidad, en lo que se refiere al derecho, es también un *máximum* pretendible a la administración de justicia.

La idea principal a aportar a una teoría del discurso es la de su inmersión en el sentido amplio en que se inscribe la comunicación humana en general⁴⁷⁷. Una especie de casa común del significado o *pragmática universal*⁴⁷⁸ en que Habermas pretende una reconstrucción racional de ámbito trascendental de las condiciones del habla y de la acción⁴⁷⁹, base en la que asentará toda ulterior pretensión de configurar unas reglas del bien argumentar, de carácter más o menos ideal, sobre la que se construye el planteamiento de Alexy.

El habla con pretensiones de entendimiento supone una conducta o acción comunicativa con "un consenso de fondo, formado a partir del recíproco planteamiento y mutuo reconocimiento de cuatro pretensiones de validez: las

⁴⁷⁷Cfr. HABERMAS, J.: *El discurso filosófico de la modernidad*, [versión cast., de M. Jiménez, 1ª ed., 1ª reimp.], Taurus, Madrid, 1991

⁴⁷⁸HABERMAS, J.: "Was heisst Universalpragmatik?", en *Sprachpragmatik und Philosophie*, ed. de K.O. Apel, Frankfurt a. Main, 1976, pp 174-272 (trad. inglesa: "What is Universal Pragmatics" en *Communication and the Evolution of Society*, Boston, 1979)

Existe trad. castellana de M. Jiménez: HABERMAS, J.: "¿Qué significa pragmática universal?", en J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, 1989

⁴⁷⁹MACCARTHY, TH.: *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas (The Critical Theory of Jürgen Habermas*, trad. M. Jiménez Redondo), Tecnos, Madrid, 1987, p, 315

V. también, HABERMAS, J.: "Some Distinctions in Universal Pragmatics", en *Theory and Society* 3 (1976), p 161

pretensiones de que las emisiones del hablante son *inteligibles* y de que sus contenidos proposicionales son *verdaderos*, y las pretensiones de que el hablante es *sincero* o veraz al emitir las y de que es *correcto* que lo haga⁴⁸⁰".

Ya en *Conocimiento e Interés*⁴⁸¹ pretende liberar a la verdad precisamete de ese transfondo de interés del que parece imposible escapar toda argumentación, llevándolo a unos estadios superiores: el interés cognoscitivo práctico y el interés cognoscitivo emancipatorio y se apresta a afrontar los déficits de objetividad y verdad que una teoría, que supone formas de conocimiento sujeta a "imperativos profundamente enraizados en la vida humana⁴⁸²", pueda presentar.

La aportación de Habermas a una futura teoría de la argumentación va desde lo puramente ideológico o fundante hasta lo explícitamente metodológico.

Parte de que los asuntos prácticos (morales) pueden ser debatidos y decididos racionalmente⁴⁸³ en tanto obedecen a una lógica asequible a las formulaciones argumentales. La razón y la justificación administradas a través de estos argumentos han de atender a un doble objetivo: pretender la verdad y conseguir que ésta sea

⁴⁸⁰*Ibidem*, p 334

⁴⁸¹HABERMAS, J.: *Erkenntnis und Interesse. Mit einen neuen Nachwort*, Frankfurt a. M., 1973 [Trad. cast. de F. Ivas y M. Jiménez, *Conocimiento e interés*, Taurus, Madrid, 1986]

⁴⁸²HABERMAS, J.: *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social* (título original *Theorie und Praxis*, Frankfurt a. Main, 1972, trad. de S. Mas y C. Moya), Tecnos, Madrid, 1987, pp 30 y ss

⁴⁸³HABERMAS, J.: *Wahrheitstheorien en Wirklichkeit, und Reflexion, Festschrift für W. Schulz*, edición de H. Fahrenback, Pfullingen, 1973, pp 220 y ss

aceptada como tal. Es decir, no se trata de una verdad empírica o científica, o verdad de correspondencia entre enunciados y hechos, sino una verdad reconocida en el marco de un consenso⁴⁸⁴. Esta *teoría consensual* lo que propone es que en realidad "las expresiones normativas, como mandatos y valoraciones, pueden ser fundamentadas de manera esencialmente idéntica a las proposiciones empíricas⁴⁸⁵. A la *verdad* de las proposiciones empíricas corresponde aquí la *corrección* de las expresiones normativas"⁴⁸⁶.

Al tratarse cuestiones prácticas, hablamos preferentemente de corrección o incorrección en vez de verdad o falsedad. Hay, por tanto, una traslación desde el nivel semántico al nivel pragmático⁴⁸⁷, con lo que Habermas trata de mostrar que, de hecho, el uso común del lenguaje está recorrido por presupuestos racionales⁴⁸⁸ que globalmente obedecen a una especie de *pragmática universal*.

Esta apertura del lenguaje al campo de lo moral introduce posibilidades tan ilimitadas⁴⁸⁹ que habrán de ser dirigidas por reglas de comportamiento del

⁴⁸⁴Cfr. CORTINA, A.: *Crítica y Utopía: La escuela de Francfort*, Cincel, Madrid, 1985; APEL, K.O.: *Penser avec Habermas contre Habermas* [trad., del alemán por M. Charrière], L'Éclat, París, 1990

⁴⁸⁵HABERMAS, J.: *Ibidem*

⁴⁸⁶ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 11

⁴⁸⁷Cfr. AUSTIN, J.L.: *Cómo hacer cosas con palabras (How to do things with Words)*, London, Oxford, New York, 1962, trad. de G.R. Carrió y E.A. Rabossi), Paidós, Barcelona, 1982

⁴⁸⁸Cfr. SEARLE, J.R.: *Actos de habla (Speech Acts)*, trad. cast. de L. Valdés Villanueva, Cambridge, 1969), Cátedra, Madrid, 1986

⁴⁸⁹HABERMAS, J.: "Towards a Communication-concept of rational collective will-formation. A thugth-experiment", *Ratio Juris*, v. 2, n° 2, 1989, pp 144 y ss

participante, tanto en la intención (sinceridad) como en la acción (simetría). Y, en el campo jurídico en concreto, deberán aclimatarse a sus limitaciones específicas y a las propias reglas procesales.

El concepto habermasiano de comunicación es aparentemente compatible con la idea de discurso como conquista social y, en la medida que la realidad se explora a través del contexto discursivo, el derecho como ocupante de un contexto discursivo propio ha de ser solidario con ese proceso común, contribuir a su génesis; y eso, desde el punto de vista de Alexy, sólo puede hacerse si se considera desde esa naturaleza discursiva.

En definitiva, un modelo de derecho aplicado bajo la influencia de un modelo ético-discursivo⁴⁹⁰ pretende, como parece sugerir nuestro autor, que el derecho aun manteniendo patrones ideales⁴⁹¹, debe revestirse de una realidad ética no abstracta sino humana y actual, que sirva al mismo tiempo como instrumento al concepto de estado imperante. Un estado plural y "de derecho"⁴⁹².

⁴⁹⁰ AROSO LINHARES, J.M.: "Habermas y la argumentación jurídica", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1991/92, (79), pp 27-53

⁴⁹¹ Aun así no se librará de la crítica de los partidarios de la *teoría de sistemas*, especialmente de Niklas Luhmann (V. LUHMANN, N.: *Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf J. Habermas*, en J. Habermas/N. Luhmann, *Theorie oder Gesellschaft der Sozialtechnologie*, Frankfurt a. M., 1972, pp 328 y ss) quien considera improcedente detenerse en la exigencia de condiciones ideales, sino que "se puede trabajar sobre cualquier sistema de discusión y mostrar las posibilidades de aumentar su utilidad mediante organizaciones alternativas del discurso" (nota 400, ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 131).

V. también, LUHMANN, N.: *Fin y racionalidad en los sistemas (Zweckbegriff und Systemrationalität)*, trad. J.N. Muñiz), Editora Nacional, Madrid, 1983

⁴⁹² HABERMAS, J.: "¿Cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad?", *Doxa*, n° 5, 1988, pp 21 y ss

12.4 LA ESCUELA DE ERLANGEN

El intento de esta corriente filosófica de acreditar la credibilidad de la moral recurriendo a una crítica retroactiva que revise, no sólo su fundamentación metodológica, sino la propia validez del lenguaje como elemento viciado y confuso, recuerda y se hace presente en el propio esfuerzo de Alexy por dotar a su modelo de argumentación jurídica de la solidez necesaria. Sólido que cree encontrar en la revisión y cuestionamiento de buena parte de posiciones tanto éticas como filosóficas, en cierto modo ya revalidadas históricamente⁴⁹³.

Lo que esta escuela propone, a través de sus representantes más significados, Lorenzen y Schwemmer⁴⁹⁴, es una especie de retrofundamentación de la moral mediante una crítica integral de su medio de expresión y de sus objetivos, de donde ha de erradicarse tanto el lenguaje confuso, como la desviación instrumental de fines.

La eliminación no violenta del conflicto a través de una actitud de los participantes y la sujeción a unas reglas que lo posibiliten supone dos cosas: por un lado, que la tensión discursiva se debe en cierto modo a déficits metodológicos y, por otro, que a través de una argumentación más diáfana deben perseguirse fines no meramente instrumentales, ni siquiera particulares o asociados al sujeto, sino objetivos comunes de los que el individuo obtenga un mejor tratamiento en la defensa dialéctica de sus intereses.

⁴⁹³ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, pp 143 y ss

⁴⁹⁴Para una consulta más completa de esta escuela, cfr.KAMBARTEL,F.: *Practische Philosophie und konstruktive Wissenschaftstheorie*, en Kambartel,F., ed., Frankfurt a. Main, 1974, [*Filosofía práctica y teoría constructiva de la ciencia*, trad. de J.Seña, Alfa, Barcelona, 1975]

La claridad de toda exposición empieza en un uso común de las palabras, por tanto toda duda o falta de fluidez en el diálogo debe ser revisada desde el análisis del lenguaje, ya sea desde el constructivismo a través de las reglas del diálogo para la construcción de la lógica⁴⁹⁵, ya desde la filosofía analítica.

Las reglas de Lorenzen pretenden evitar, tanto la falta de seguridad en el método, como los saltos lógicos, permitiendo el análisis crítico de las proposiciones compuestas⁴⁹⁶. Este análisis desde un punto cero, propone que "no usemos una palabra de cuyo uso común no estemos convencidos" y constituye el *modelo constructivista* de la lógica o del lenguaje que es aplicado al campo de la ética por Lorenzen⁴⁹⁷, sistematizado por Schwemmer⁴⁹⁸, y reelaborado por ambos⁴⁹⁹.

Desde la racionalidad, desde la precomprensión y "establecimiento de principios para la eliminación de conflictos a través del diálogo"⁵⁰⁰ se obtiene este objetivo, por cierto, sólo válido para quien lo pretende. Los métodos estarían precomprendidos en los fines o, si se quiere, "las reglas de la argumentación racional que se fundamentan en la ética sólo son obligatorias para quien acepta el fin de la

⁴⁹⁵LORENZEN,P.: *Pensamiento metódico (Methodisches Denken)*, trad. de E. Garzón Valdés), Sur, Buenos Aires, 1973, pp 29 y ss

⁴⁹⁶LORENZEN,P. y SCHWEMMER,O.: *Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie*, Mannheim/Wien/Zürich, 1973, pp 45 y ss

⁴⁹⁷LORENZEN,P.: *Normative Logic and Ethics*, Mannheim/Zürich, 1969

⁴⁹⁸SCHWEMMER,O.: *Philosophie der Praxis*, Frankfurt a. Main, 1971

⁴⁹⁹LORENZEN,P. y SCHWEMMER,O.: *Ibidem*, p 120

⁵⁰⁰SCHWEMMER,O.: *Ibidem*, p 106

ética"⁵⁰¹; quiere decirse que no son vinculantes para quien no lo acepta⁵⁰². La diferencia con Habermas estriba en que para éste la racionalidad del discurso ético es una obligación esencial o categórica de la comunicación humana, esto es, implica a todos, en tanto para Schwemmer sólo lo hace hipotéticamente.

Aunque no cabe duda que a una teoría de la argumentación como la que tratamos conviene más la postura de Habermas, Alexy acepta los objetivos constructivistas partiendo de la base de que "una eliminación pacífica de conflictos" está implícitamente contemplado en toda ética discursiva⁵⁰³. Sería algo así como aceptar un grado más de definición en los fines.

Igual ocurre con la metodología empleada, que incluye la aceptación y cumplimiento de dos máximas: el *principio de razón* y el *principio de moral*. Ambos conectan con diversas exigencias de la teoría de la argumentación.

El principio de razón o de deliberación propone tres niveles o condiciones de cumplimiento en la comunicación racional⁵⁰⁴. El *primer nivel* pretende el uso equivalente de las palabras entre el que habla y aquel para quien se habla, para lo que necesitamos no un lenguaje natural sino artificial o construido; una especie de "ortolenguaje"⁵⁰⁵ que vaya configurándose con palabras de certeza probada⁵⁰⁶ en que

⁵⁰¹ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 146

LORENZEN,P. y SCHWEMMER,O.: *Ibidem*, p 121

⁵⁰³La ética discursiva rechaza tanto la posición de dominio en el diálogo como el interés en tanto que finalidad del mismo.(N. del A.)

⁵⁰⁴*Ibidem*, p 115

⁵⁰⁵LORENZEN,P.: *Normative Logic and Ethics*, pp 75 y ss

el apoyo del lenguaje ordinario⁵⁰⁷, o los lenguajes específicos, sean cada vez menos necesarios⁵⁰⁸.

El resultado, con reparos, de esta pretensión concluye en una de las reglas fundamentales del diálogo en Alexy: "cualquier hablante debe poder en cualquier momento entrar en un discurso analítico-lingüístico"⁵⁰⁹.

El *segundo nivel* pretende que se cumplan las condiciones de sinceridad y seriedad en la discusión o, lo que es lo mismo, que el emisor del razonamiento acepte los propios enunciados con que trata de convencer al receptor⁵¹⁰, que será recogida por Alexy en forma de regla general y que tiene su referente último en Austin⁵¹¹ y la necesidad inexcusable de excluir de las emisiones toda contradicción para poder hablar de un lenguaje como tal.

El *tercer nivel*, en fin, pretende que el contenido de los enunciados trascienda a los interlocutores en dos direcciones: que sea enseñable a cualquiera y que sea aceptable en general, es decir, tanto por los que lo conocen, como por aquellos que lo pudieran llegar a conocer⁵¹².

⁵⁰⁶LORENZEN,P. y SCHWEMMER,O.: *Ibidem*, pp 20 y 75

⁵⁰⁷*Ibidem*, p 18

⁵⁰⁸*Ibidem*, pp 18 y ss

⁵⁰⁹ALEXY,R.: *Ibidem*, p 148

⁵¹⁰LORENZEN,P. y SCHWEMMER,O.: *Ibidem*, p 115

⁵¹¹AUSTIN,J.L.: *Others Minds*, en: J.L. Austin, *Philosophical papers*, London/Oxford/New York, 1970, pp 82 y ss

⁵¹²LORENZEN,P. y SCHWEMMER,O.: *Ibidem*

Estos tres niveles de cumplimiento garantizan un nivel deliberativo de la comunicación racional⁵¹³ en la medida que podemos dar cuenta de la triple fundamentación que perseguimos: de una acción mediante la indicación de un fin (primer nivel); de un fin a través de una norma (segundo nivel) y de la propia norma (tercer nivel). Por otro lado, el establecimiento de fines posibilita que estos sean de naturaleza moral. Estaríamos hablando entonces de un *principio de la razón práctica*, que en la formulación de Schwemmer se correspondería con el principio del prescriptividad, con el propio principio de universalidad de Hare⁵¹⁴, y compatible con el de generalización de Habermas.

Pero, para saber qué normas y qué contenido normativo hay que aplicar al objetivo común de resolución de conflictos, hemos de recurrir al *principio de moral*, que "en una situación de conflicto, establece cuales son las normas superiores compatibles entre sí, respecto a las normas que se usan como razones para fines incompatibles entre sí, y formula subnormas de estas supernormas que sean compatibles entre sí"⁵¹⁵.

Este principio, desarrollado por Schwemmer, constituye más bien una forma especial de argumento de uso en determinados casos, que un procedimiento de fundamentación moral general; si bien, Alexy considera que "la idea que le sirve de base merece ser mantenida"⁵¹⁶, aun considerando que pueda tener una aplicación

⁵¹³ *Ibidem*

⁵¹⁴ HARE, R.M.: *Freedom and Reason*, Oxford, 1963, p 90

⁵¹⁵ LORENZEN, P. y SCHWEMMER, O.: *Ibidem*, p 119

⁵¹⁶ ALEXY, R.: *Ibidem*, p 151

restringida. En la triple tarea de impregnar nuestras acciones de conocimiento, comprensión y voluntad, hemos de transitar desde la subjetividad (nuestra manera de entender las normas) a la "transubjetividad"⁵¹⁷ (nuestra manera de justificarlo ante los demás), que es el plano donde se fundamenta la moral.

Por último, estos autores plantean la necesidad de efectuar una verdadera *génesis crítica de los sistemas normativos*⁵¹⁸, en la que estén representados los intereses de los participantes reales y posibles y que supone algo así como reproducir la historia del sistema normativo⁵¹⁹, que nos lleve a comprender las normas actuales. Esta *génesis fáctica* precisa además una crítica de la evolución de estos sistemas normativos a la luz de la propia cultura y sus fines, de manera que podamos determinar si en este decurso se ha respetado el principio de razón. A través de una deliberación racional integral⁵²⁰, de una "reconstrucción crítica"⁵²¹ de la *génesis fáctica* del sistema normativo y del convencimiento de que se ha desarrollado en condiciones sociales racionales podemos asumir la validez (o el grado de aceptación) que le cabe a una determinada norma en el sistema.

En definitiva, la escuela de Erlangen plantea la necesidad de unos cumplimientos metodológicos adecuados a los fines de la ética, teniendo ésta que dar cuenta de los criterios racionales y morales en los que se instala. Alexy considera

⁵¹⁷ LORENZEN, P.: *Ibidem*, pp 79 y ss

⁵¹⁸ *Ibidem*, pp 84 y ss

⁵¹⁹ LORENZEN, P. y SCHWEMMER, O.: *Ibidem*, p 196

⁵²⁰ *Ibidem*, p 210

⁵²¹ *Ibidem*, p 212

particularmente útil la aportación relativa al uso común de las palabras, sujeto en cualquier caso a los parámetros clásicos de análisis del lenguaje: el principio de razón, por cuanto refuerza más que desdice el punto de vista de Habermas y el concepto de génesis crítica, especialmente en lo que respecta al argumento genético⁵²² y sus consecuencias; como que determinadas reglas hayan podido perder su vigencia, o que nunca debieron tenerla.

Si bien pueda suponer una sobrecarga de *purismo*⁵²³ el pretender suplementar con un lenguaje más bien ideal conceptos así mismo ideales, como son los que propone cualquier variante discursiva del *deber ser*. Lo cierto es que de alguna manera resultaría impropio rebajar *de facto* esas pretensiones atendiendo a la coyunturalidad de la realidad. En este sentido una aportación como la de la escuela de Erlangen contribuye a afianzar el rigor metodológico en la herramienta esencial de la argumentación, como lo es el lenguaje, toda vez que concede tan alto valor a su pretendida utilidad: la eliminación de la tensión que provoca la confrontación de las acciones en defensa de los derechos, del vivir en suma, confiando en un medio firme como es el lenguaje sólido. El lenguaje como armazón conceptual apropiado, no sesgado por el desgaste permanente que supone su aplicación.

⁵²²ALEXY,R.: *Ibidem*, p 199

⁵²³Alexy se suma a una aceptación moderada de la fabricación del ortolenguaje como una meta alcanzable, pero considera, en cambio que es posible aceptarla como un nivel de desarrollo mayor de la filosofía analítica, o una vía más rigurosa para su cumplimiento [ALEXY,R.: *Ibidem*, p 148; V.también, sobre "ordinary language", AUSTIN,J.L.: "Philosophical Papers", London/Oxford/New York, 1970 y, sobre "lenguaje ideal" CARNAP,R.: "Meaning and Necessity", Chicago/London, 1956]

CAPÍTULO 13

FUENTES JURÍDICAS

13.1 LA TÓPICA Y RETÓRICA JURÍDICAS

13.2 STEPHEN TOULMIN

13.3 GUSTAV RADBRUCH Y RONALD DWORKIN

13.4 NEIL MACCORMICK

13.5 NORBERT HOERSTER

El pensamiento de Alexy se desenvuelve a medio camino entre el ámbito teórico, ajeno a la práctica jurídica que se lleva a cabo de hecho en la sociedad moderna y un ámbito tan conscientemente aplicativo que ninguna virtualidad jurídica queda al margen de su concurso. Es, a primera vista, una teórica disponible en el marco del derecho actual, ya sea como herramienta, ya como referencia.

Este carácter universalista y al mismo tiempo versátil procede de, al menos, media docena de campos de referencia, como son los lugares comunes de la Tópica⁵²⁴, los auditorios también comunes de la Retórica⁵²⁵, las respuestas únicas⁵²⁶

⁵²⁴VIEHWEG, T.: *Tópica y jurisprudencia*, (trad. de Díez Picazo. Prólogo de García de Enterría), Taurus, Madrid, 1964

del derecho a través de la metodología argumentativa de carácter idealista, el objetivo de la pretensión de corrección como freno a la "injusticia legal"⁵²⁷, el postulado genérico de la "moral de acuerdo con el derecho"⁵²⁸ y, en fin, aquellos planteamientos positivistas que suponen implícitas al desarrollo del derecho ciertas normas⁵²⁹, o reglas⁵³⁰, de carácter más o menos imperecedero que se reclaman como directrices del derecho. Y, también de aquellos que abundan en la necesidad de una mayor "seguridad jurídica", por la vía de la aplicación de normas subjetivas, pero también racionales.

Las fuentes que citamos a continuación, no son exclusivas ni excluyentes. Tratan de recoger algunas ideas esenciales que están presentes en el autor, ya sea para apoyarse en ellas, ya sea para rechazarlas como en el caso de Hoerster.

⁵²⁵PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (título original *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, trad. cast. de J. Sevilla Muñoz), Gredos, Madrid, 1989

⁵²⁶DWORKIN, R.: *El imperio de la Justicia (Law's Empire)*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986, trad. de C. Ferrari), Gedisa, Barcelona, 1988

⁵²⁷RADBRUCH, G.: *Rechtsphilosophie*, 7ª edición., Koehler, Stuttgart, 1970

⁵²⁸MACCORMICK, N.: *Legal reasoning and legal theory*, Oxford University Press, 1978

⁵²⁹KELSEN, H.: *Die allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979 [trad. de M. Torre (de la ed. italiana de M. G. Losano, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985)]

⁵³⁰HART, H.L.A.: *The concept of law*, Oxford, 1961

13.1 LA TÓPICA Y RETÓRICA JURÍDICAS

La voluntad en obtener una claridad de conceptos y la formación de un tejido de lugares comunes, alumbrado por la luz de la justicia, constituyen el marco de referencia previo que la Tópica puede aportar a una argumentación jurídica moderna.

El núcleo central de este pensamiento se desarrolla en torno a Theodor Viehweg y su obra *Tópica y Jurisprudencia*, donde se propone una línea metodológica para el derecho, liberada del corsé de la lógica deductiva como elemento esencial del razonamiento. Supone una contraposición a esta lógica y a sus revitalizadores, como es el caso de Klug⁵³¹ que, con su *Juristische Logik*, había instaurado una especie de formalismo lógico en el derecho; o el intento más avanzado de von Wright de construir una lógica jurídica adaptada al ámbito normativo⁵³².

La lógica va contra un concepto de derecho que depende del momento de madurez de la sociedad y de la conveniente influencia mutua. El método, sin duda más científico, de la deducción resultaría impracticable en el derecho porque se trata de una disciplina insistematizable⁵³³ y con su axiomatización⁵³⁴ y codificación se

⁵³¹ KLUG, U.: *Lógica jurídica (Juristische Logik)*, trad. de J.C. Gardella), Temis, Bogotá, 1990

⁵³² WRIGHT, G.H. von.: *Lógica deóntica (Deontic Logic)*, 1951, trad. J. Rodríguez Marín), Cuadernos Teorema, Valencia, 1979

⁵³³ VIEHWEG, T.: *Ibidem*, p 129

⁵³⁴ *Ibidem*, pp 111 y ss

Cfr. GARCÍA AMADO, J.A.: "Tópica, Derecho y método jurídico" en *Doxa*, 4, 1987

perderían dos de sus señas de identidad más significativas: la adaptación a los matices de la realidad y la interpretación por agente distinto al legislador. Por el contrario, un derecho activo ha de entenderse como un conjunto de reglas⁵³⁵ adaptables que "cambian de un caso a otro y son reformuladas en cada uno de ellos"⁵³⁶. Como un "sistema abierto" y "circular"⁵³⁷ o recurrente donde las reglas generales surgen desde la necesidad de dar a casos similares tratamientos similares. En ningún caso puede la lógica apropiarse del lugar que le corresponde al razonamiento jurídico, que tiene su propia lógica, derivada del sentido que la comunidad, a través de la madurez jurídica, le da.

En definitiva, el empeño en dotar al razonamiento jurídico de una metodología deductiva de carácter lógico, llevaría a tal grado de axiomatización del derecho que prácticamente eliminaría el campo de la interpretación; es decir, el margen de maniobra que ha de tener no sólo el juez sino también el ciudadano o su representación legal.

Esta capacidad de poner la estructura a disposición del problema, el margen de interpretación que posibilita el sistema, y la propia prosecución de lo justo, suponen la suficiente base de encuentro entre la tópica de Viehweg o los autores que

⁵³⁵VIEHWEG, Th.: *Tópica y filosofía del derecho* (trad. de J.M. Seña y revisión de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling), Gedisa, Barcelona, 1990, [V. "Algunas observaciones sobre el razonamiento jurídico" pp 114-128]

⁵³⁶VIEHWEG, T.: *Ibidem*, p 10

⁵³⁷*Ibidem*, p 18

la han venido desarrollado posteriormente como Ballweg⁵³⁸, Rodingen⁵³⁹ o Haft⁵⁴⁰, y la argumentación en Alexy⁵⁴¹.

La metodología jurídica actual, en la medida en que se apoya sobre técnicas cada vez más elaboradas y complejas, parece alejarse paulatinamente de los criterios de la Tópica. No obstante, esto es tanto más manifiesto si nos referimos a la forma, más desarrollada, que al fondo, donde los lugares comunes aparecen bajo otros ropajes como son los derechos fundamentales.

En cuanto a la Retórica, su presencia en el debate jurídico actual hay que identificarla sobre todo en su capacidad de estructuración, jerarquización y tanteo argumentales.

El interés que suscita como una posible fuente a tener en cuenta a la hora de fundamentar la teoría de Alexy, arranca ya desde un posicionamiento respecto del

⁵³⁸Cfr. BALLVEG, O.: *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Helbing-Lichtenhahn, Basel, 1970

⁵³⁹Cfr. RODINGEN, H.: *Pragmatik der juristischen Argumentation was Gesetze anrichten und was rechtens ist*, Freiburg/München, 1977

⁵⁴⁰Cfr. HAFT, F.: *Juristische Rhetorik* (3ª edición), 1985

⁵⁴¹Al tratar Alexy de "las condiciones de posibilidad del discurso práctico racional general y del discurso jurídico como caso especial del primero" [ATIENZA, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p 61], ha de procurar un amplio campo de razonamiento surcado de propuestas más o menos universales y acordes con los lugares comunes de la tópica.

Alexy, pese a reconocer deficiencias importantes en el planteamiento general de la tópica como es el caso de la deficiente valoración de la estructura de los argumentos, "asume, en cierto sentido, las intenciones de la tópica" para su investigación [ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 42] y reconoce la utilidad supletoria que la propia tópica se arroga de estar presente "incluso allí donde no son posibles fundamentaciones concluyentes".

positivismo; más radical, eso sí, que en nuestro autor. Siguiendo a Perelman, su principal valedor, se atribuyen al positivismo tres características que destruyen en buena parte todo intento de construcción de una argumentación: primera, excluye del derecho toda referencia a la justicia; segunda, resalta la capacidad coactiva del derecho promulgado⁵⁴², y tercera, reduce el papel del juez al tenor literal o intencional de la ley, sin poder apoyarse en principios morales o máximas jurídicas⁵⁴³.

En la estructura genuinamente dialéctica⁵⁴⁴ de la argumentación también puede reconocerse la de nuestro autor; si bien la idea de justicia *comparativa*⁵⁴⁵, más que distributiva, que se persigue con la misma, la haga excesivamente cerrada y dependiente para los criterios actualmente vigentes.

El modelo discursivo de Perelman es de carácter persuasivo, imbuído no por la necesidad de las conclusiones a partir de las premisas, sino más bien por la razonabilidad de las mismas. Se trata, no de demostrar categóricamente la validez de un razonamiento, sino la bondad del mismo hasta lograr la persuasión; por ello no es

⁵⁴²PERELMAN, Ch.: *La Lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. de Díez Picazo. Título original: *Logique juridique-nouvelle rhétorique*, Dalloz, París, 1976), Civitas, Madrid, 1979, p 231 y ss

⁵⁴³ATIENZA, M.: *Las razones del derecho...*, p 95

⁵⁴⁴En detrimento de los razonamientos deductivos o analíticos, según la conocida distinción de Aristóteles en la Retórica, que es por otra parte el fundamento que emplea Perelman (N. del A.)

⁵⁴⁵PERELMAN, CH.: *De la justicia* (trad. de R. Guerra, con introd. de L. Recaséns Siches), Centro de Estudios Filosóficos, Cuaderno, 14, Universidad Autónoma de México, 1964

necesaria la lógica formal, sino la dialéctica en su expresión más discursiva: la retórica.

Discurso, orador y auditorio son los ejes de toda argumentación, gobernada esencialmente por éste último, si bien deba de ser completada con dos variantes: la argumentación dialógica y la deliberativa o con uno mismo. O, incluso otra categoría más, que supone la argumentación ante auditorios particulares. El *auditorio universal* es un concepto controvertido con connotaciones entre lo ideal, lo empírico y lo filosófico⁵⁴⁶, que demanda del orador una actitud argumentativa basada no en la demostración⁵⁴⁷, sino en la acción expresada en la *persuasión y el convencimiento*. La persuasión es el nivel que requieren los auditorios particulares⁵⁴⁸, en tanto el convencimiento tiene como objetivo el auditorio universal⁵⁴⁹. O, si se quiere, en la terminología de Perelman, el primer nivel pretende la validez y el segundo la eficacia⁵⁵⁰.

En cualquier caso, es la conveniencia de la razón práctica para debatir las cuestiones jurídico-sociales la aportación más relevante de Perelman, lo que ya de entrada le vincula desde la base con el planteamiento de Alexy para quien el grueso de las discusiones jurídicas son en realidad cuestiones prácticas⁵⁵¹; es decir,

⁵⁴⁶PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: *Ibidem*

⁵⁴⁷ATIENZA, M.: *Ibidem*, p 70

⁵⁴⁸Auditorios particulares son al fin y al cabo los ámbitos judiciales, entre otros. (N. del A.)

⁵⁴⁹Este sería el ámbito propio de la dogmática jurídica (N. del A.)

⁵⁵⁰PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: *Ibidem*, pp 38 y ss

⁵⁵¹ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 207

"cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, sobre lo que puede ser hecho u omitido". Esta seña de identidad se manifestará en tres caracteres más concretos: la primacía del sentido pragmático del lenguaje; la importancia del aspecto sociocultural en que se desarrolla la argumentación y la pretensión de situarse bajo la regla de justicia, al amparo del principio de universalidad. Todo ello constituye, junto a la noción central del auditorio universal, un avance de las más desarrolladas y actuales teorías de la argumentación, basadas como la de Alexy, muy especialmente, en el acuerdo pluscuamperfecto que representa la *comunidad ideal de diálogo* de Habermas⁵⁵².

La influencia del concepto de auditorio en Alexy es relativamente grande, bajo cualquiera de las dos formulaciones recogidas por éste: bien como construcción del orador⁵⁵³ (limitado al individuo o individuos que lo reconocen como tal, e ideal desde su perspectiva monológica); bien como el acuerdo "de todos los seres racionales"⁵⁵⁴, de raíz kantiana. La cuestión es que, tal y como se plantea Aarnio⁵⁵⁵, deriva de la necesaria ambivalencia que preside este concepto: ideal y universal por un lado e, histórico y contingente por otro⁵⁵⁶.

⁵⁵²Podría decirse que Habermas es el vínculo necesario entre la razonabilidad como medio de convencer en Perelman y la racionalidad como necesidad de demostrar en Alexy. (N del A.)

⁵⁵³ALEXY, R.: *Ibidem*, p 168

"El auditorio universal sólo lo es tal para quien lo reconoce como tal".

⁵⁵⁴*Ibidem*

⁵⁵⁶Desde un punto de vista filosófico esta ambivalencia participaría tanto de la ética discursiva kantiana como del escepticismo humeano (N. del A.). Desde un punto de vista sociológico la argumentación ha de responder tanto a la racionalidad metodológica como de la relatividad histórica [V. NEUMANN, U.: *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986]

También dos interpretaciones le atribuye Letizia Gianformaggio: actitudinal una, o de "seriedad y buena fe"⁵⁵⁷; lo que supone al menos un acuerdo en los modos e intenciones de los participantes. Procedimental otro, o de demostrabilidad de las premisas⁵⁵⁸ que intervienen en el argumento. A ello habría que añadir además que el grueso del material argumental lo es sobre valoraciones⁵⁵⁹; es decir, conceptos que a su vez son susceptibles de acuerdo en cuanto a lo que verdaderamente significan para cada cual⁵⁶⁰.

En cualquier caso, la estrategia retórica tendría hoy una más perceptible utilidad en los dos primeros niveles de la argumentación: elección de los *principios* y manejo de las *reglas*, que en el tercero, el *procedimiento*, que aboca a una solución (especialmente en el proceso judicial) donde los jueces han de ajustar decisiones a derecho muy acotadas al ámbito de las pruebas. Lo irrecusable jurídicamente,

⁵⁵⁷GIANFORMAGGIO, L.: *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Edizione di Comunità, Milano, 1973, p 218

⁵⁵⁸*Ibidem*, p 119

⁵⁵⁹Este triple matiz tiene su equivalencia de alguna manera en la solución de Alexy a base de la participación conjunta de reglas, principios y procedimiento, en un resultado que conjuga acuerdo de conceptos y métodos. (N. del A.). [Cfr. PERELMAN, CH.: "The Dialectical Method and the Part played by Interlocutor in dialogue", en *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, London, New York, 1963, p 167. "La adhesión explícita de los interlocutores es necesaria en cada paso, a fin de permitir que el razonamiento avance"]

⁵⁶⁰Alexy es de la opinión de Perelman de que lo habitual es que en la mayor parte de los razonamientos las conclusiones no se siguen necesaria o lógicamente de las premisas en juego; por ejemplo, cuando proponemos que una forma de estado es buena en función de que esa tal forma de estado asegura un óptimo de libertad individual, necesitamos no sólo el acuerdo en premisas sino en el tránsito a la conclusión [ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, pp 159 y 160]

primando sobre lo justificable socialmente⁵⁶¹, es una tendencia que aparta en cierta medida a la Retórica del juego argumental.

13.2 STEPHEN TOULMIN

La apertura del campo de la lógica fuera de la Lógica y su identificación en otros modos aplicados del lenguaje, especialmente el jurídico, sitúa el pensamiento de Toulmin en una posición especialmente atractiva y útil a los fines de una argumentación cercana al modo como la gente se suele expresar⁵⁶².

La argumentación, tal y como de hecho se configura en la vida real⁵⁶³, es el cauce propio de una lógica realista, más coherente con el ámbito humano del que procede, que con el modelo abstracto puro o matemático al que se suele adscribir. Los esquemas mentales que proceden de este modelo no pueden representar la parte esencial del razonar, en tanto no recogen en absoluto los elementos motivacionales que están en la base de toda controversia. El mundo de lo jurídico representaría según Toulmin con mayor fidelidad este panorama, pues en él se producen toda una

⁵⁶¹Esta es una evidencia que se manifiesta hoy en lo que Habermas trata como juridificación social (V *ut supra* Cap. 1.3, y HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa (Theorie des kommunikativen Handelns*, trad. de M. Jiménez), Taurus, Madrid

⁵⁶²V. TOULMIN, S.E.: "Lógica y vida" en *El puesto de la razón en la ética (An examination of the Place of Reason in Ethics*, Cambridge, 1950, trad. de J.F. Ariza), Alianza Editorial, Madrid, 1979, pp 85-135

⁵⁶³*Ibidem*. Toulmin analiza este asunto en el capítulo "razonamiento y realidad", ofreciendo su versión de que la naturaleza de la realidad tiene poco que ver con la lógica tradicional, que, en definitiva, no es capaz de abordarla en su aspecto substancial.

complejísima gama de posibilidades discursivas, avaladas además por la necesaria seriedad que le confiere el carácter institucional que lo preside.

Ni siquiera para el ámbito de la ciencia serviría esa especie de lógica ideal⁵⁶⁴, versus la lógica operativa o aplicada, especialmente acorde con la estructura de lo ético⁵⁶⁵ y que conectará con la idea esencial de Alexy de sustentar su teoría fundamentalmente en la componente ético-racional que subyace a todo planteamiento jurídico. Esta ética tiene como principal misión la de mediar entre deseos e intereses, "correlacionando nuestros sentimientos y conducta de tal manera que el cumplimiento de fines y deseos de cada uno resulten entre sí tan compatibles como sea posible"⁵⁶⁶. Esta adecuación supone en muchos casos influir en actitudes y comportamientos por lo que, además de razones, nos vemos precisados a utilizar un nivel más elaborado de comunicación: los argumentos⁵⁶⁷.

La argumentación es un tejido estructurado en aras de la obtención de razonamientos. Cada uno de estos lo entiende Toulmin como "la actividad central de presentar las razones en favor de una pretensión"⁵⁶⁸, siendo ésta el primero de los

⁵⁶⁴Cfr. TOULMIN, S.E.: *Human Understanding*, Princeton, 1972

⁵⁶⁵Cfr. TOULMIN, S.E.: *El puesto de la razón en la ética (An examination of the Place of Reason in Ethics)*, Cambridge, 1950, trad. de J.F. Ariza), Alianza Editorial, Madrid, 1979

⁵⁶⁶*Ibidem*, pp 137 y ss

⁵⁶⁷Como veremos en el capítulo 21, Toulmin distingue entre un uso *convencional* y un uso *argumentativo* del lenguaje. Este se caracteriza por presentar razones adicionales como pueden ser las pruebas; si bien, no queda demasiado claro que aquel corresponda a lo que él entiende por nivel de razonamiento o sea únicamente la base estructural del mismo.

⁵⁶⁸TOULMIN-RIEKE-JANIK.: *An Introduction to Reasoning*, MacMillan, New York, 1984, p 14

cuatro elementos de un argumento. Quien participa sólo *de hecho* se limita al nivel instrumental de la comunicación; quien lo hace *de derecho* asume el compromiso de actuar desde el campo de la racionalidad, ha de mostrarse "abierto" al argumento⁵⁶⁹ y construir "tramos de razonamiento"⁵⁷⁰ desde una tentativa argumental que desemboque en el razonamiento acabado.

La argumentación moral o pre-jurídica se presentaría bajo dos aspectos o formas, *deontológica* una, *teleológica* otra⁵⁷¹. La primera se escuda en una regla vigente⁵⁷²; la segunda en criterios finalistas o consecuencialistas⁵⁷³, lo que Alexy admite, no sólo como una forma de utilitarismo negativo⁵⁷⁴, sino también positivo. "La primera forma de argumento une la argumentación moral a las normas morales existentes. La segunda, al desarrollo de su función crítica⁵⁷⁵. La argumentación moral permanece vigente al "conectarse, por un lado, con la situación existente y, por otro lado, sirve al ideal de una sociedad"⁵⁷⁶. Algo que, por otra parte, ha de

⁵⁶⁹Quien abandona esta actitud de apertura (*open to argument*) queda fuera del juego discursivo (*deaf to argument*)

⁵⁷⁰*Ibidem*

⁵⁷¹TOULMIN, S.E.: *El puesto de la razón en la ética*, p 132

⁵⁷²ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 93

⁵⁷³Lo que en la terminología de la Escuela de Erlangen se consideraba "evitar el sufrimiento evitable" (N.del A).

⁵⁷⁴ALEXY, R.: *Ibidem* (nota nº 222)

FRANKENA, W.K.: *Analytische Ethik*, München, 1972, pp 32 y ss; BROAD, C.D.: *Five Types of Ethical Theory*, London, 1930, pp 1930 y ss; Cfr. SMART, R.N.: "Negative Utilitarianism" en *Mind*, 67 (1985); [Sobre la posible compatibilidad de un utilitarismo positivo, TOULMIN, S.E.: *Ibidem*, pp 159 y 160]; HARE, R.M.: *An Examination of the Place of Reasons in Ethics*. By Stephen Edelson Toulmin, en "Philosophical Quarterly", 1 (1950/51), p 371 y *Freedom and Reason*, Oxford, 1963, pp 130 y ss

⁵⁷⁵ALEXY, R.: *Ibidem*, pp 193 y ss. Lo desarrolla en lo que llama "las formas de argumento".

⁵⁷⁶ALEXY, R.: *Ibidem*, p 94. AARNIO, A., ALEXY, R., y PECZENICK, A.: "The Foundation of Legal reasoning", en *Rechtstheorie*, nº. 12, 1981, pp 133-158 y 257-279

soportar nuestro autor como una de las mayores líneas de crítica por dejar marcada de idealismo la futura argumentación jurídica⁵⁷⁷. Estas dos formas se remiten a otros tantos niveles de argumentación: en el primero se justifican o critican las acciones individuales, en el segundo la validez de las normas; cuando se rebasa el primero ha de echarse mano del segundo para llegar a una justificación plena.

La contribución de Toulmin a un modelo argumental actual, está a medio camino entre la pérdida de vigencia que le imponen teorías tan estructuradas como la de Alexy⁵⁷⁸ y la necesidad de ir a modelos que puedan ser identificados no sólo por los expertos (participantes⁵⁷⁹), sino por los afectados (observadores).

13.3 GUSTAV RADBRUCH Y RONALD DWORKIN

La evolución del pensamiento de Radbruch va desde un primigenio positivismo hasta un concepto de derecho invadido por la pretensión de justicia⁵⁸⁰ y por la necesidad de criterios de corrección para que no se acabe envileciendo y abominando de ese objetivo .

⁵⁷⁷TUGENDHAT,E.: "Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen in modernen Recht", *A.R.S.P.*, Nueva serie, Cuaderno 14, 1980, pp 8 y ss. Según este autor Alexy se movería en un terreno ideal, como si el nuestro fuera "el mejor de los mundos jurídicos imaginables".

⁵⁷⁸ALEXY,R.: En la *Teoría de la argumentación jurídica*, el autor reconoce que el abanico de reglas propuesto podría ser aun más completo.

⁵⁷⁹En la terminología de HOERSTER,N.: *En defensa del positivismo jurídico...*

⁵⁸⁰RADBRUCH,G., SCHMIDT,E., WELZEL,H.: *Derecho injusto y Derecho nulo*, Introducción, selección de textos y traducción de J.M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, Aguilar, Madrid, 1971

Alexy descompone para su análisis algunos criterios manejados por este autor, para consolidar su propio punto de vista respecto a las implicaciones entre derecho y moral. Desde la original posición del *argumento de la injusticia* tal y como lo entiende Dreier⁵⁸¹, según el cual las normas o sistemas de normas pierden su carácter jurídico cuando sobrepasan ciertos límites de injusticia, Radbruch mantiene su personal adaptación de este argumento al ámbito de las normas individuales, resultando una fórmula⁵⁸², entre la justicia y la seguridad jurídica⁵⁸³. Fórmula que tendrá cierto carácter de paradigma: "El conflicto entre justicia y certeza jurídica puede resolverse de forma que se dé prioridad al derecho positivo, asegurado por la promulgación y el poder, incluso si éste no es razonable y es injusto en sus contenidos, excepto en el caso en que la contradicción entre el derecho positivo y la justicia se vuelva tan intolerable que la condición de *derecho incorrecto* tenga que hacer lugar a la justicia"⁵⁸⁴.

La polémica en torno esta fórmula parece que apunta a que nunca podría estar basada en argumentos analíticos o conceptuales, sino que debe ser justificada con argumentos normativos⁵⁸⁵. Alexy sugiere que para que se dé una vinculación

⁵⁸¹Cfr. DREIER, R.: "Recht und Moral" en Ralf Dreier *Recht-Moral-Ideologie*, Francfort del Meno, pp 180-216

⁵⁸²ALEXY, R.: "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral" (trad. de P. Larrañaga), en *Ratio Juris*, V.2, N°2, 1989, p 177

⁵⁸³RADBRUCH, G.: "Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht", en Radbruch, G., *Rechtsphilosophie*, 7ª Ed, Koehler, Stuttgart, 1946, p 352

⁵⁸⁴*Ibidem*, p 353

⁵⁸⁵ALEXY, R.: *El concepto y la validez del Derecho* (trad. de Jorge M. Seña), Barcelona, 1994

conceptual necesaria entre derecho y moral tiene que operarse entre los participantes⁵⁸⁶ una pretensión de corrección a la hora de elaborar o aplicar derecho. Esta tesis que se inscribe en el *argumento de la corrección*⁵⁸⁷ manifestaría, si bien en una forma "débil", una correlación suficiente para que este autor fundamente en ella una buena parte de su metodología de la argumentación jurídica.

Aunque la postura *post-positivista* de Radbruch suponga una reacción ante la evidencia en algunas situaciones históricas de "indefensión de los juristas (y del pueblo) frente a leyes arbitrarias, crueles y criminales"⁵⁸⁸, procedentes de un positivismo extremo, que abocarían a un derecho injusto⁵⁸⁹ y, por extensión, a un estado injusto⁵⁹⁰, el recurso a fundamentos morales como elemento de independencia de los jueces que ahora preconiza es visto con recelo por autores como Hart o Hoerster. Para el primero, porque las cuestiones de injusticia legal no se resuelven desde un modelo de derecho más moralista⁵⁹¹. Se trata de una ilusión que lleva puesto el velo de la ética, alejándose de la verdadera cuestión; esto es, que aquello a lo que se niega obediencia sigue siendo derecho⁵⁹². Para el segundo, la pretensión de

⁵⁸⁶Está claro que nuestro autor entiende como participantes a los jueces y aplicadores del derecho. Se supone que este concepto es extensivo a los legisladores y a los críticos o elaboradores de la dogmática jurídica (N. del A.)

⁵⁸⁷ALEXY,R.: "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral", p 45

⁵⁸⁸*Rechtsphilosophie* 8ª edición, Stuttgart, 1973, p 174

⁵⁸⁹*Ibidem*, pp 175 y ss

⁵⁹⁰*Ibidem*, p 347

⁵⁹¹Cfr.HART,H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford, 1963

⁵⁹²HART,H.L.A.: "Der Positivismus und die Trennung von Recht un Moral", en HART,H.L.A. *Recth und Moral*, Gotinga, 1971, p 42

corrección como elemento justicialista del derecho, supone cuando menos una "sobreevaluación" precisamente no justificada⁵⁹³.

Desde luego la opinión de Alexy es que el argumento de la injusticia tiene fundamento, pese a las críticas⁵⁹⁴. La cuestión es que estos déficits que afectan a las normas individuales pueden, por adición, arruinar el sistema por injusticia extrema. Dos tesis vendrían a confirmar este punto de vista: la *tesis de la irradiación*, según la cual la falta de carácter jurídico de las normas básicas de un sistema jurídico trae consigo la falta de carácter jurídico de todas las normas típicas del sistema, ejerciéndose una especie de efecto irradiación. Y, la *tesis del derrumbe*, que supone que el sistema total claudica como tal sistema cuando hay que negar el carácter jurídico a un número de normas lo suficientemente significativo⁵⁹⁵. Naturalmente el peligro mayor vendría de la naturaleza del propio sistema jurídico y, si nos movemos dentro de planteamientos de un constitucionalismo democrático⁵⁹⁶, como hace Krieger desde la defensa de ese carácter irradiador, vendría a resultar una especie de círculo vicioso protector de una especie de juridicidad justa: "el deber ético de prestar obediencia al derecho siempre que el derecho, en general, tenga en cuenta la

⁵⁹³HOERSTER, N.: "Ética jurídica sin metafísica", en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, pp 50 y ss. En contra de Larenz, K y Fiikentscher, W., el autor desecha que exista un modelo de derecho justo superpuesto o anterior al derecho positivo.

V. también, HOERSTER, N.: "Prejuicio, consenso e interpretación del Derecho", incl. en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, pp 105 a 121

⁵⁹⁴El autor analiza éstas a través de ocho argumentos posibles [ALEXY, R.: *El concepto y la validez del Derecho...*, p 46 y ss] formulados por distintos autores, concluyendo que dicho argumento de la injusticia sale fortalecido [*Ibidem*, p 67]

⁵⁹⁵ALEXY, R.: *Ibidem*, p 71

⁵⁹⁶Alexy, reconoce que su Teoría de la argumentación, esta integrada en el marco de un sistema de esta naturaleza y que "sólo adquiere pleno sentido dentro del mismo"

ética"⁵⁹⁷. O, si se quiere, desde un planteamiento menos estático, la "moralidad interna del derecho" invocada por Fuller y que estaría iluminando los cuatro principios del estado de derecho: *legality, generality of law, promulgation and irretroactivity*⁵⁹⁸.

Con esto no se ha establecido la necesaria vinculación entre moral y derecho, pero sí las graves consecuencias de una significativa desvinculación. Alexy precisa recalar en el *argumento de los principios* para darle fundamentación a la conexión. La necesidad de tales principios es asumida por los positivistas en el ámbito de "la apertura del derecho"⁵⁹⁹ allí donde hay un caso no acotado por las leyes, o en el de la propia interpretación de las mismas al caso.

Ahora bien, el argumento de los principios exige que el juez, también en el ámbito del derecho positivo, es decir, del derecho impuesto y eficaz, está jurídicamente ligado de tal manera que crea una vinculación necesaria entre derecho y moral"⁶⁰⁰. Es el caso planteado, entre otros⁶⁰¹, por Dworkin.

⁵⁹⁷KRIELE, M.: *Recht und praktische Vernunft*, Gotinga, 1979, p 117

⁵⁹⁸FULLER, L.: *The Morality of Law*, New Haven Conn, 1969, p 46

⁵⁹⁹Especialmente desarrollado este concepto por Hart de *open texture* [HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford, 1963]

⁶⁰⁰ALEXY, R.: *El concepto y la validez del Derecho*, p 74, (recogiendo el punto de vista especialmente de Dworkin).

⁶⁰¹Cfr. BYDLINSKY, F.: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Viena/Nueva York, 1982; LARENZ, K.: *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, 1979; BITTNER, C.: *Recht als interpretative Praxis*, Berlín, 1988; FULLER, L.: *The Morality of Law*, New Haven Conn, 1969.

Ronald Dworkin representa siempre uno de los límites que cierra por arriba el campo de posibilidades de la argumentación, respecto a la pretensión de que, con la metodología que proporcionan las reglas morales al uso y un derecho subsidiario de las mismas, se pueda llegar en el debate jurídico a aproximaciones justas, soluciones inequívocas y en fin, respuestas únicas.

Frente a la *tesis fuerte de los principios*⁶⁰², esto es que su participación en el debate en forma de total reconocimiento o nulo reconocimiento, propone Alexy una *tesis débil*⁶⁰³, o de participación proporcional al peso que le cabe en la argumentación al principio invocado en cuestión.

Tomado a *la letra* el punto de vista de Dworkin, más que un norte idealista para la argumentación, podría suponer una suerte de encorsetamiento metodológico que acabará por ahogar el discurso en su propia necesidad de aportar respuestas concretas. Tomado en *el espíritu*, aporta la ineludible obligación de transitar por itinerarios de la argumentación donde la estrategia esté subordinada a la búsqueda de soluciones moralmente justas, socialmente justificadas y jurídicamente apoyadas en lugares de identificación común de valores y comportamientos, como son los principios. Aunque Alexy no lo reconoce abiertamente como fuente⁶⁰⁴, sí se reconocen en su teoría de la argumentación la suficiente presencia de reglas de carácter tan general y de origen moral, como para que en esa pretensión de

⁶⁰²ALEXY,R.: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica" (trad. de M. Atienza), en *Doxa 5*, Alicante, 1988 y *Derecho y razón práctica*, México, 1993, pp 9-22

⁶⁰³ALEXY,R.: *Ibidem*, p 11

⁶⁰⁴ALEXY,R.: *Ibidem*, p 15

corrección⁶⁰⁵ que impera en su sistema pueda identificarse el espíritu, que no la letra, del planteamiento de Dworkin⁶⁰⁶.

En todo caso, resume Alexy, que ni la *tesis de la incorporación*⁶⁰⁷ (todo sistema jurídico mínimamente desarrollado contiene necesariamente principios), ni la *tesis moral*⁶⁰⁸ (a partir de cierto grado de desarrollo todos los sistemas parece que no pueden dejar de tener principios, lo que, en otros términos quiere decir que hay conexión entre derecho y "alguna moral"), pueden fundar esa conexión necesaria entre derecho y moral en abstracto. Él propone la *tesis de la corrección*⁶⁰⁹ que vendría a ser "el resultado de una aplicación del argumento de la corrección dentro del argumento de los principios", una especie de ideal metodológico y finalista y que sería la base de lo que será su modelo de argumentación jurídica.

13.4 NEIL MACCORMICK

Su influencia en Alexy es relativa, teniendo más que ver con el estado de madurez de las cuestiones que ambos se plantean respecto a la metodología jurídica,

⁶⁰⁵ALEXY,R.: *Ibidem*, pp 21 y 22

⁶⁰⁶Alexy parte de irreductibilidad de los derechos individuales, así como de su precedencia sobre los bienes colectivos. Los derechos fundamentales serían la máxima expresión como garantes de los mismos. Si éstos, a su vez, se sustentan en principios igualmente fundamentales, podría deducirse que la *tesis débil* de Alexy no lo es tal y que su separación de las tesis de Dworkin son más metodológicas que conceptuales (N. del A.). V. También crítica general 7ª a la teoría de la argumentación jurídica.

⁶⁰⁷ALEXY,R.: *El concepto y validez del Derecho*, p 75

⁶⁰⁸*Ibidem*, p 79

⁶⁰⁹*Ibidem*, p 81

compartida por autores como Aulis Aarnio o Alexander Peczenick, entre otros, que con una preeminencia del uno sobre el otro. Aparentemente siguen desarrollos divergentes en el tratamiento de las cuestiones relativas al debate jurídico, aunque al fin se denote una evidente proximidad en el plano de la utilidad de sus programas: más práctico y aplicativo a los casos reales el de Maccormick; más asequible y abierto al espectro de actividades que el derecho moderno ha de abordar, el de Alexy.

Persuadir o convencer es el objetivo del razonamiento jurídico, y para ello hay que justificar, aunque se trate de razones no sólo formales, sino también materiales o vitales. En *Legal Reasoning and Legal Theory*⁶¹⁰, y posteriormente en otra serie de estudios⁶¹¹, expone el autor una teoría bien articulada, sencilla y práctica, quizás más cercana a la jurisprudencia de los altos tribunales, incluidos los de apelación, que a la labor de base de los tribunales ordinarios; pero en cualquier caso realista y útil.

⁶¹⁰MACCORMICK,N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.

Aparece en el mismo año que la obra de referencia de ALEXY [ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica...*] y, aunque en esta obra no aparezca citado Maccormick, la influencia en nuestro autor es evidente en las posteriores reformulaciones de su teoría, que se evidencia en los trabajos de colaboración que ambos autores acometen.

⁶¹¹Cfr.MACCORMICK,N.: "The Limits of Reason and the Infinity of Argument" (Réplica a H.Haakonssen), *A.R.S.P.* n° 67, 1981; MACCORMICK,N.: "The Nature of Legal Reasoning: A brief Reply to Dr. Wilson", *Legal Studies*, n° 2, 1982, pp 286-290; MACCORMICK,N.: "Legal Reason and Practical Reason", *Midwest Studies in Philosophy*, n° 7, 1982; MACCORMICK,N.: "On Reasonableness", en *Les notions a contenu variable en Droit. Etudes publiée par Chaïm Perelman et Raymond Vander Est*, Bruselas, 1984

A medio camino entre lo formal y lo escéptico, entre la razón kantiana y el empirismo humenano, o en el ámbito más cercano al derecho, entre el ultrarracionalismo de Dworkin (hay una respuesta correcta a cada caso planteado) y el arbitrarismo o irracionalismo de Ross (las respuestas son voluntad más o menos peculiar de los jueces), el pensamiento de Maccormick tiene sin embargo una identidad muy marcada, delimitado por las coordenadas de lo lógico y lo justificable. Sólo se puede persuadir si los argumentos están justificados⁶¹², lo que (en el ámbito jurídico) quiere decir, que han de ser conformes no sólo con los hechos sino con las normas legales. En la esfera del individuo, tanto la racionalidad como la afectividad intervienen en la elección de los principios que han de hacerse valer en la argumentación⁶¹³. En la esfera de la comunidad, las razones no sólo han de perseguir la justicia en abstracto, sino "la justicia de acuerdo con el derecho"⁶¹⁴.

En el fondo se trata de preservar una equivalencia de papeles entra moral y derecho, con pretensiones de actualidad y de utilidad. El plano moral no es inferior al jurídico sino en el hecho de no estar habilitado para ofrecer soluciones al orden

⁶¹²ATIENZA,M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p 133, nota nº 3. Según este autor, Maccormick habla de "persuadir" desde el nivel subjetivo y de "justificar" desde un nivel objetivo; lo que, por otra parte, ya se advertiría en Perelman

⁶¹³MACCORMICK,N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, pp 270 y ss

⁶¹⁴Cfr.HARRIS,J.W.: *Legal philosophies*, Butterworths, London, 1980

Analiza este autor que una sujeción a la normativa vigente dificultaría la propia evolución o innovación del derecho. Entendemos sin embargo que Maccormick lo que pretende al dificultar la *justificación contra legem* es buscar un plus a la cohesión de la argumentación; es decir, quien pretende innovar ha de correr con la carga de esa innovación (N. del A.).

En Alexy se da una triple exigencia: además de la adecuación a la ley, habrá de tenerse en cuenta el precedente y la propia dogmática (V. capítulo 27).

civil de la comunidad y, en este sentido, se precisa del razonamiento jurídico en tanto que es "un caso especial, altamente institucionalizado y formalizado del razonamiento moral"⁶¹⁵. Maccormick parece no rechazar el ideal de Dworkin, pero sin aceptar la crítica de éste al modelo de derecho positivo (en este caso de Hart) que parecería interferir en dicho ideal⁶¹⁶.

Lo que ocurre es que en el derecho llegar a la verdad, a través de *juicios de valor* y utilizando una metodología aparentemente de lógica deductiva más o menos pura⁶¹⁷, es harto complicado. Pero, qué es la verdad sino, según Maccormick, lo que hayan determinado como tal el juez y el resto de las instituciones jurídicas. La verdad en derecho es la misma que en el resto de las ciencias, salvo las acotaciones y limitaciones que le impone la necesidad de contar con *la prueba*⁶¹⁸. Fuera de esto, la capacidad del derecho de establecer proposiciones universales verdaderas hace (del derecho) "un hogar seguro para la lógica"⁶¹⁹.

⁶¹⁵*Ibidem*, p 272

Aquí reside la principal convergencia con el pensamiento de Alexy, quien se plantea el discurso jurídico no sólo como "un caso especial" de la discusión general sobre cuestiones prácticas [ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 207], sino como una necesidad [*Ibidem*, p 273] que no desvirtúa las pretensiones de llegar a la verdad a través de la corrección [*Ibidem*, pp 208 y 275]

⁶¹⁶Esta crítica es abordada y matizada por Maccormick en *Legal Reasoning and Legal Theory*, concretamente en el último capítulo: "Law, Morality, and Limits of Practical Reason" y en el apéndice: "On the Internal Aspect of Norms"

⁶¹⁷MACCORMICK,N.: "The Nature of Legal Reasoning: A brief Reply to Dr. Wilson", *Legal Studies*, nº 2, 1982, pp 286 y ss

⁶¹⁸MACCORMICK,N.: "Legal Deduction, Legal Predicates and Expert Systems", en *Lógica-Infornática-Diritto* (conferencia internacional), Florencia, 1989

⁶¹⁹MACCORMICK,N.: "The Nature of Legal Reasoning"..., p 290

La cuestión es que en derecho se utilizan normas, susceptibles de verdad o falsedad. Maccormick invoca la autoridad de la que proceden, lo que constituye una de las principales críticas a su planteamiento⁶²⁰, toda vez que podría estar confundiendo verdad y prueba.

Los juicios valorativos podrían considerarse en un principio como elementos desvirtuadores en la búsqueda de una verdad de corte objetivo, sin embargo, para bien o para mal son recursos de aplicación del propio derecho y se manifestarían en los tres momentos más significativos de la práctica jurídica: 1) en la explicación de los hechos; 2) en la interpretación de las normas, y 3) en la propia aplicación de una serie de términos como "adecuado", "justo", etc., que salpican el lenguaje de las normas y que están sujetos a contravaloraciones⁶²¹.

De todos modos, la diferencia entre casos claros y casos difíciles, delimita el campo de la lógica deductiva como medio de encontrar una respuesta correcta a los litigios jurídicos. Wilson critica el método y la naturaleza de la secuencia *standar* que plantea Maccormick en uno de sus ejemplos más clásicos de argumentación jurídica deductiva, como es el caso *Daniels*. Este autor⁶²² entiende que el razonamiento

⁶²⁰Cfr. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.E.: "Límites of Logic and Legal Reasoning", 1990

⁶²¹*Ibidem*,

Alchourrón y Bulygin consideran sobreestimada esta apreciación de Maccormick sobre las valoraciones, replicando a 1) que se trata de una valoración epistémica (la de los hechos) semejante a la que se hace en el resto de las ciencias; a 2) que la aplicación de las reglas, en lo que a su nivel semántico se refiere, no supone valoración; sí lo es en todo caso el aceptar tal norma; y, al punto 3) que estos términos como "bueno" y "justo" son ya de suyo ambiguos.

⁶²²WILSON, A.: "The Nature of Legal Reasoning: A Commentary with special reference to professor MacCormick's Theory", en *Legal Studies*, n° 2, 1982, pp 269-285

empleado (en una forma clásica *modus ponens*) no responde fielmente al esquema inferencial deductivo⁶²³ que pretende Maccormick; si bien más parece que el hecho de no estar bien reconstruido este razonamiento, en el caso en cuestión, no lo invalida como modelo⁶²⁴. En segundo lugar, achaca al autor una inadecuada utilización de la lógica proposicional⁶²⁵, algo perfectamente asumido por Maccormick quien considera que para dar cuenta del razonamiento jurídico es suficiente la lógica de predicados en cualquiera de sus variantes: 1) predicados esencialmente descriptivos; 2) predicados descriptivo-interpretativos; 3) predicados valorativos, y 4) predicados normativos. La propia lógica deóntica o lógica de las normas sería innecesaria para confeccionar un argumento válido⁶²⁶.

Así pues, en los casos fáciles o simples, la justificación de una decisión puede ser una simple cuestión de lógica⁶²⁷. Lo habitual, si bien, es que la aceptación o no de la prueba sea más determinante que la ortodoxia de la propia argumentación⁶²⁸, y

⁶²³ *Ibidem*, pp 272 y ss

⁶²⁴ ATIENZA, M.: *Las razones del derecho...*, p 158. Este autor considera que la crítica es específica y no atañe a la parte genérica del argumento.

⁶²⁵ WILSON, A.: *Ibidem*, p 283

ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.E.: *Ibidem*, p 17

V. también ALCHOURRÓN, C.E. y MARTINO, A.E.: "Logic without Truth", *Ratio Juris*, vol. 3, n° 1, 1990, pp 46-67

⁶²⁶ Maccormick utiliza de forma equivalente las nociones de norma y proposición normativa lo que sería inadmisibles [ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.E.: *Ibidem*], para quienes la proposición normativa es una forma aplicada de la norma, pero no la norma misma

⁶²⁷ ALDISERT, R.J.: sobre "Legal Reasoning and Legal Theory", en *Duquesne Law Review*, n° 20, 1982, p 384

⁶²⁸ *Ibidem*, pp 386 y ss

lo más complicado, la justificación de las propias normas aplicadas; es decir, la justificación de segundo nivel. En buena parte, en esto consiste la necesidad de un "discurso jurídico racional" pretendida por Alexy⁶²⁹.

Este modelo discursivo que no renuncia a la búsqueda de la única respuesta verdadera sin, paradójicamente, abandonar la coyuntura del derecho vigente, encuentra su referente ideal en una figura teórica o de ficción que Maccormick denomina *espectador imparcial*⁶³⁰. Una construcción filosófica vislumbrada por Hume y reelaborada en el ámbito social por Adam Smith⁶³¹, que en el ámbito del derecho nos pediría cuenta de nuestros argumentos sobre la base de tener que aducir auténticas *razones*, ajenas por completo a la estrategia de cualquier interés más o menos oculto. Razones que no queda suficientemente claro que atañan a la determinación de las pruebas⁶³², al criterio de interpretación⁶³³, o a ambos casos a la vez⁶³⁴. En cualquier caso, esta especie *plusquam-fundamentación* remite a la tradición de otros autores como Perelman o Toulmin quienes, a través de las figuras del *auditorio universal* y del *tribunal de la razón* han pretendido enmarcar la justificación última de la argumentación en criterios no contaminados por la práctica jurídica. En esta dimensión hay que incluir la *comunidad ideal de diálogo* de

⁶²⁹ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, 278

⁶³⁰MACCORMICK,N.: "Universalization and Induction in Law" en *Reason in Law. Proceedings of de Conferéce Held in Bologna 12-15 December 1984*, Giuffre, Milán, 1987, pp 91-105.

⁶³¹MACCORMICK,N.: "Introducción" a *Legal Reasoning and Legal Theory*, pp 3-5

⁶³²MACORMICK,N.: "Universalization and Induction in Law", pp 95 y ss

⁶³³*Ibidem*, pp 104 y ss

⁶³⁴*Ibidem*

Habermas, validada para el plano jurídico por Alexy como un refuerzo teórico y contraste último de argumentos que, se quiera o no, están a menudo demasiado sujetos a lo contingente.

Maccormick es en definitiva más que fuente de referencia de Alexy, su *alter ego*. Parece arriesgado asumir el punto de vista de cada uno sin tener en cuenta el mínimo de realismo del primero, o de universalismo del segundo, en que necesariamente se traduce el derecho en su vocación de servir a la coyuntura mediante soluciones particulares, sin renunciar a la generalidad en su dimensión universal de guía de la conducta.

13.5 NORBERT HOERSTER

En la medida que pudieran asumirse sus tesis sobre la competencia del modelo positivista para proveer el único derecho con garantías y, por extensión, la de una argumentación libre de valoraciones morales como brazo ejecutivo del mismo, el sistema de Alexy quedaría prácticamente desprovisto de sentido. Es así como la influencia de Hoerster hay que buscarla a la contra. En una especie de contraofensiva epistemológica que busque las raíces de una argumentación en que la justicia y la eficacia, no sólo tengan cabida, sino que no puedan limitarse sin menoscabo de su utilidad final.

Del mismo modo, si la *tesis de la conexión* entre derecho y moral fuera correcta, puntos de vista como los de Hoerster quedarían deslegitimados. Ahora bien, como el propio Alexy reconoce este es un asunto que tiene su fundamentación a

la inversa; es decir, en principio la tesis de la conexión corre con la carga de la prueba y ha de justificarse⁶³⁵. Por contra, el espacio fundacional donde se sitúa Hoerster, es en un derecho basado en la decisión de la autoridad y en la efectividad social, elementos ambos referidos a su carácter de validez. Entre uno y otro caben muchas variantes y puntos de vista, y muchas *clases* de positivistas⁶³⁶, tanto los que proponen un derecho *neutro*⁶³⁷, como los que consideran un derecho *ajeno* a la moral.

Hoerster hace un especial hincapié en el argumento *analítico*, o de que no hay un nexo conceptualmente necesario, como ya se vio⁶³⁸. Según esto, el derecho no puede definirse con conceptos importados, como son el apoyo en la moral⁶³⁹. Algo más ambiguo es el argumento *normativo*, por las implicaciones que pudiera tener con la dimensión justicialista del derecho, lo que precisamente lleva a afirmar a Alexy que "el positivismo tiene buenas razones para transferir el problema a un nivel normativo. La tesis positivista de la separación dice que el concepto de derecho debe definirse de tal manera que excluya elementos morales no sólo en algunas sino en

⁶³⁵ALEXY,R.: "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral" (trad. de P. Larrañaga), en *Ratio Juris*, V.2, Nº2, 1989, p 170

⁶³⁶Cfr. OTT,W.: *Der Rechtspositivismus*, Ducker und Humbol, Berlin, 1976, pp 33-98

Cfr. DREIER,R.: "Recht und Moral" en Ralf Dreier *Recht-Moral-Ideologie*, Francfort del Meno, pp 180-216

⁶³⁷Fundamentalmente Kelsen, Hart y Ross. Cfr.HOERSTER,N.: "Teoría iusfilosófica del concepto de derecho", en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, p 133

⁶³⁸V. Capítulo 2.5

⁶³⁹A la falsa suposición de que el derecho subjetivo "a algo" tiene que estar basado en el derecho vigente contribuye el que ambos se denominen con el término *derecho*, en alemán *recht*; algo que en inglés queda perfectamente diferenciado con los términos *right* y *law*, o si se quiere, *moral right* y *legal right* [V. Cap. 2.5]

todas sus aplicaciones"⁶⁴⁰. Si pretende prosperar sin alusiones a la moral, el razonamiento analítico sólo podría ser viable si "la inclusión de la moral fuese conceptualmente imposible en todas sus aplicaciones"⁶⁴¹. Precisamente a negar éste supuesto se apresta Alexy y aleja su punto de vista del de Hoerster, que apuesta por lo contrario⁶⁴², acuñando una definición de derecho como "un orden normativo estructurado escalonadamente que posee obligatoriedad en una sociedad, prevé la coacción física y, en caso de conflicto, se impone frente a órdenes normativos de otro tipo"⁶⁴³. Admite una probable fundamentación intersubjetiva de las normas, producto más de la necesidad que de la conveniencia, objeto de la *ética jurídica*⁶⁴⁴, pero es la *metodología jurídica* la competente para arbitrar un auténtico orden jurídico donde las normas generales "se encuentran en una conexión sistemática"⁶⁴⁵.

Según Hoerster todo intento de fundamentación suprapositiva de las normas habría fracasado⁶⁴⁶ por dos motivos fundamentales: no hay ninguna norma que sea obligatoria *por lógica*⁶⁴⁷; es decir, que su negación fuera una contradicción. Tampoco *por intuición*, porque a lo que tenemos un acceso empírico es a los *hechos*,

⁶⁴⁰ALEXY,R.: *Ibidem*

⁶⁴¹*Ibidem*, p 178

⁶⁴²HOERSTER,N.: *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, pp 9 y ss

⁶⁴³HOERSTER,N.: "Teoría iusfilosófica del concepto de derecho" ..., p 146

⁶⁴⁴HOERSTER,N.: "Ética jurídica sin metafísica", en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, p 54

⁶⁴⁵Cfr. BYDLINSKY,F.: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Viena/Nueva York, 1982

⁶⁴⁶HOERSTER,N.: *En defensa del positivismo jurídico...*, p 23

⁶⁴⁷*Ibidem*, p 24

a lo que es; pero no a las *normas*; esto es, a lo que debe ser. Para este autor es inadmisibile una fundamentación trascendental de las normas⁶⁴⁸, lo que le lleva a defender una *ética jurídica sin metafísica*⁶⁴⁹. Si bien todo deber ser supone una directiva de acción, ésta depende de la *voluntad* y no hay que buscarla en supuestos supervalores o normas objetivamente dadas; aunque es verdad que "resultaría bello que fuera posible una fundamentación objetiva"⁶⁵⁰. Así pues, pretender que existe un derecho *justo* anterior al derecho positivo no deja de ser una quimera, pese a contar con partidarios de la talla de Karl Larenz⁶⁵¹ o Wolfgang Fikentscher⁶⁵².

Una cuestión a la que han de enfrentarse planteamientos como el de Hoerster es el modo de como salvar la crítica a las extralimitaciones del derecho que incurren en déficits de justicia; a la cuestión de la injusticia legal, en suma. Para su defensa hay que partir de una concepción del estado al modo como la entiende H.L.A. Hart⁶⁵³, como "una organización que, normalmente, responde a los intereses de cada ciudadano, en todo caso mientras el Estado proteja sus bienes e intereses

⁶⁴⁸*Ibidem*, p 25

⁶⁴⁹HOERSTER, N.: "Ética jurídica sin metafísica"..., p 50

⁶⁵⁰*Ibidem*, p 68

⁶⁵¹Cfr. LARENZ, K.: *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, 1979

Este autor, en cierta sintonía con planteamientos hegelianos, otorga al peso de la "tradición filosófica milenaria" [p 16] y a la cultura jurídica occidental "cierto carácter de paradigma, en cuyo seno tiene cabida el derecho positivo en la medida en que profundiza y nos hace avanzar en "el descubrimiento progresivo de los criterios del derecho justo" [p 184]

⁶⁵²Cfr. FIKENTSCHER, W.: *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 1977

⁶⁵³Cfr. HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford, 1963

fundamentales", en el que el "derecho a" jurídico y "derecho a" moral puedan englobarse en un *deber moral general de obediencia al derecho*⁶⁵⁴. Una organización en suma que recoge las pretensiones *moralistas* de unos y *juridicistas* de otros y que, según este autor, harían muy difícil una justificación de un asunto tan espinoso como la desobediencia civil⁶⁵⁵, en aras precisamente de ese supuesto lastre de injusticia que en ocasiones muestra el derecho positivo bajo alguna de sus peores caras⁶⁵⁶.

Posturas como la de Hoerster obligan a replantearse de forma integral la necesidad de no asumir sin más modelos de ordenación conductual de la *experiencia civil* kantiana, en que se constituye un derecho que si bien es autónomo se circunscribe a cánones morales, y responder con la metodología alternativa, en este caso la teoría de la argumentación jurídica, a la conveniencia de su uso sobre situaciones planteadas en la vida real⁶⁵⁷. Un análisis pormenorizado de esta confrontación arrojaría en la actualidad más incógnitas que soluciones.

⁶⁵⁴HOERSTER, N.: "El deber moral de obediencia al Derecho", incl. en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, p 147

⁶⁵⁵*Ibidem*, p 148

⁶⁵⁶Es habitual que este autor se refiera a la época más denostada por los enemigos del positivismo jurídico: el periodo del nazismo en Alemania.

⁶⁵⁷Hoerster plantea el caso peculiar del americano blanco que ha de viajar a Africa y se plantea diversas valoraciones jurídicas a las diferentes situaciones a que se tendrá que enfrentar.

CAPÍTULO 14

LAS PRINCIPALES TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

14.1 LA TÓPICA JURÍDICA

14.2 LA ARGUMENTACIÓN RETÓRICA

14.3 LA ARGUMENTACIÓN EN STEPHEN E. TOULMIN

14.4 LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

La mayor pujanza de la argumentación jurídica como elemento activo del derecho moderno se observa en un período que no va más atrás de veinte años y se produce a la luz de desempolvar criterios revisionistas de cada uno de los elementos que están presentes en esta argumentación. Criterios como el lenguaje, las normas y los derechos; el análisis de los elementos que tienen que ver con el propio derecho, como su concepto, origen, naturaleza y validez, si bien, en este caso habría que anotarle una ubicación histórica algo anterior.

No podemos aquí hacer referencia al amplio grupo de conceptos, ideas y planteamientos más o menos organizados que se han manifestado con pretensiones de teorías sobre argumentación jurídica, sino sólo aquellas que sirven de referencia a la de nuestro autor, en especial los planteamientos de la tópica y la retórica, la

concepción funcionalista de Toulmin y, más modernamente los estudios de Neumann y Maccormick sobre el particular. Es bien cierto que las afinidades más detectables se producen con la idea de argumentación planteada por Aulis Aarnio y Alexander Peczenik, si bien, en buena medida, tanto por el grado de colaboración habida entre ellos, como por el propio hecho de que Alexy haya ido más allá tanto en las pretensiones como en el propio desarrollo de su teoría, no parece necesario detenerse demasiado en estos dos autores sino para aportar algún concepto más o menos afortunado de sus respectivos puntos de vista.

14.1 LA TÓPICA JURÍDICA

En la *tópica* se reconoce un modo elaborado de argumentar que se adapta al problema, a la situación⁶⁵⁸ y, en cierto sentido, al sistema jurídico vigente⁶⁵⁹, si bien quiere tener a este último como un elemento más en la valoración y no como un campo configurado que coarte la libertad del evaluador del caso.

La presencia de la raíz clásica confiere a este modelo un sustrato de sensatez metodológica incuestionable y un modo de abordar la problemática sociojurídica que, en cierto sentido, es universal y estable al paso del tiempo. Estos modelos

⁶⁵⁸VIEHWEG, Th.: *Tópica y filosofía del derecho* (trad. de J.M. Seña y revisión de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling), Gedisa, Barcelona, 1990, pp 196 y ss

⁶⁵⁹VIEHWEG, T.: *Tópica y jurisprudencia*, (trad. de Díez Picazo. Prólogo de García de Enterría), Taurus, Madrid, 1964

grecolatinos⁶⁶⁰ están presentes en los autores que desde los años cincuenta quieren rescatar el valor de esta opción en el debate jurídico actual.

El desarrollo de Vieheweg, sin duda el de mayor notoriedad pese a ser calificado por algunos de dogmático e impreciso, representa el atractivo de abordar las soluciones de lo jurídico desde el epicentro del problema. La idea de escapar de un derecho sistematizado y atrapado en las coordenadas de la lógica formal requiere de un *arte* en el manejo de los argumentos no exento de superficialidad, especialmente al no subordinarse a una triada que pocas metodologías jurídicas cuestionan: la ley, la dogmática y el precedente⁶⁶¹. Tal y como señala Alexy⁶⁶², esta es una debilidad que proviene de "la impotencia de la tópica para dar cuenta del encuadre de la argumentación jurídica, tanto dentro de la dogmática jurídica institucionalmente elaborada, como también en el contexto de los precedentes"⁶⁶³.

En todo caso, tal metodología debe estar caracterizada por, al menos, estas cinco condiciones⁶⁶⁴: (1) orientarse inequívocamente hacia el problema, (2) proceder

⁶⁶⁰Las *Tópicos* de Aristóteles y Cicerón fundamentalmente.

⁶⁶¹Más evidente en el caso de la ley. La dogmática es considerada en su parte más superficial, pues no hay que olvidar que los *topos* son en definitiva pensamientos recurrentes que perviven a través de una dogmática más o menos universal. el precedente sería en este caso una especie de recurso que activa el tópico. (N. del A.)

⁶⁶²ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 41

⁶⁶³DIEDRICHSEN, U.: "Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz", en *NJW*, 1966, pp 697-705

⁶⁶⁴ALEXY, R.: *Ibidem*

Alexy, en principio siguiendo al propio Vieheweg, reconoce cuatro características [VIEHWEG, Th.: "Some Considerations Concerning Legal Reasoning", en *Law, reason and justice*, ed. de G. Hughes, New York/London, 1969, p 268]. Consideramos, sin embargo, que la referencia a la justicia es esencial en este modelo y uno de los vínculos más fuertes con la propia Teoría de la argumentación de Alexy.

a la selección y ordenación de los *topoi* correspondientes al problema o problemas,⁶⁶⁵, (3) ejercer el tanteo de soluciones, (4) desde las formas de una argumentación racional⁶⁶⁶, (5) que dé cobertura al fin último del debate: la prosecución de la justicia⁶⁶⁷.

Casi coincidentes en el tiempo son los modelos de argumentación jurídica de Recaséns Siches⁶⁶⁸ y de Esser⁶⁶⁹ que, con matices, mantienen una línea semejante a la de Viehweg y representan propiamente una corriente dentro del pensamiento jurídico contemporáneo.

Otro autor como es Levi⁶⁷⁰, publicaba algo antes, una suerte de pensamiento organizado respecto de una teoría de la argumentación jurídica de carácter funcional,

⁶⁶⁵El concepto *topos* no es ni mucho menos unívoco. Parece que ha sufrido no sólo variaciones históricas de significado, sino diferentes interpretaciones por autores que podemos entender de actualidad [Cfr. STRUCK, G.: *Topische Jurisprudenz*, Frankfurt a. Main, 1971; HORN, N.: "Topik in der rechtstheoretischen Diskussion", en *Topik. Beiträge zur interdisziplinären Diskussion*, Breuer y Schanze eds. Fink, München, 1981, pp 57-64]

⁶⁶⁶El carácter de *racional* puede considerarse la "marca de clase" que identifica a esta argumentación con la de Alexy. (N. del A.)

⁶⁶⁷VIEHWEG, T.: *Tópica y jurisprudencia*, pp 133 y ss

La técnica jurídica, los razonamientos aplicados al caso, en suma, no tienen razón de ser en el momento que abandonan las pretensiones de justicia. No es que estén bien o mal contruidos, sino que caen fuera del ámbito de lo jurídico. Es más, los propios "principios del Derecho sólo adquieren su verdadero sentido desde la cuestión de la justicia".

⁶⁶⁸Cfr. RECASÉNS SICHES, L.: *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Dianoia, México, 1956

⁶⁶⁹Cfr. ESSER, J.: *Principio y norma en la colaboración jurisprudencial del derecho privado* (trad., de E. Valenti), Bosch, Barcelona, 1961

⁶⁷⁰LEVI, E.H.: *Introducción al razonamiento jurídico (An introduction to legal reasoning*, 1951), trad. de G.R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1964

siguiendo modelos anglosajones del "caso a caso" o ejemplar. Se trata de un sistema con una lógica interna subordinada a un compromiso con la comunidad desde la que se opera; "un sistema abierto"⁶⁷¹ y en cierto modo circular⁶⁷² o recurrente, que trata de reconocer la similitud de casos por medio de la doctrina del precedente a través de tres fases: a) se emite una proposición descriptiva del caso particular, b) se la convierte en regla de derecho, y c) esta regla está disponible para aplicarla a un caso particular similar. En la práctica se intenta primero equiparar los casos, descubrir la regla después, y aplicarla al caso actual finalmente. Este modo argumental no precisa del consenso pleno, sino del acuerdo metodológico o de procedimiento, así como de la aceptación de que es la madurez social la que acredita las nuevas reglas.

Aunque no puede decirse que este sistema perviva con sus planteamientos tradicionales en el sistema jurídico actual, e incluso se cuestione que pueda constituir una verdadera teoría de la argumentación⁶⁷³, se deja sentir su influencia en otras posiciones de la metodología jurídica actual⁶⁷⁴, especialmente en la base del planteamiento de Alexy y su teoría de la argumentación jurídica⁶⁷⁵.

⁶⁷¹CARRIÓ, G.R.: *Apéndice a LEVI, E.H.: An Introduction to legal reasoning*, Eudeba, Buenos Aires, 1964, p 135

⁶⁷²Más que circular, aunque el autor así lo afirme [LEVI, E.H.: *Ibidem*, p 18], cabría definirlo como *espiral*, pues el sistema va ingresando conceptos nuevos a medida que la sociedad les reconoce como valores jurídicamente estables [V. el concepto de "invariantes axiológicas", desarrollado por Reale en sus publicaciones más recientes (Cfr. REALE, M.: *Nova Fase do Direito Moderno*, Saraiva, Sao Paulo, 1990; REALE, M.: *Estudos de Filosofia Luso Brasileira*, Lisboa, 1994; REALE, M.: *Paradigmas da Cultura Contemporânea*, Saraiva, Sao Paulo, 1996)] y van "engordando" el círculo que representa al sistema

⁶⁷³Más bien podría considerarse "un primer estadio de tal teoría" [GARCÍA AMADO, J.A.: *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, 1988, pp 180 y ss]

⁶⁷⁴VIEHWEG, Th.: *Tópica y filosofía del derecho*, p 176

⁶⁷⁵ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 39

14.2 LA ARGUMENTACIÓN RETÓRICA

El modo retórico de argumentar representa una discrecionalidad organizada desde la posición del intérprete, con dos limitaciones: la metodológica, en cuanto ha de seguir las pautas de actuación propias de la retórica, y la de la finalidad, esto es, persuadir o convencer al auditorio, que se convierte no sólo en el destinatario final del argumento, sino en el sujeto del mismo. Al igual que la tópica, de la que toma buena parte de concepción metodológica⁶⁷⁶, se mueve entre lo general y lo particular o, en la percepción de Alexy, entre lo universal y lo históricamente dado⁶⁷⁷.

Desde el punto de vista de los fines se trata de una técnica persuasiva⁶⁷⁸ que trata de obtener la validez desde la racionalidad y la eficacia desde la razonabilidad⁶⁷⁹. Una racionalidad que tiene en cuenta la coyuntura histórica.

Desde el punto de vista metodológico pretende mantenerse en los criterios de la lógica⁶⁸⁰, abordando con su parte normativa el valor de los argumentos y con su parte analítica la estructura de los mismos. Con este análisis lógico persigue

⁶⁷⁶VIEHWEG,Th.: *Ibidem*, pp 177 y ss

⁶⁷⁷ALEXY,R.: *Ibidem*, p 172

⁶⁷⁸*Ibidem* p 164

⁶⁷⁹*Ibidem*, p 164

⁶⁸⁰Concretamente sobre la lógica de Frege, Cfr. PERELMAN,Ch.: *La Lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. de Díez Picazo. Título original: *Logique juridique-nouvelle rhetorique*, Dalloz, París, 1976), Civitas, Madrid, 1979; ATIENZA,M.: Recensión de la "Lógica jurídica y la nueva retórica" de Ch. Perelman, *Sistema*, nº 34, Madrid, 1980, pp 142-151

Perelman un estudio de los argumentos ajeno a lo psicológico o sociológico⁶⁸¹, lo que según Alexy está lejos de conseguir⁶⁸².

Más interesante sin duda es su concepto de argumentación como nivel superior a la propia deducción. En tanto ésta se refiere a una operación lógica en el que poco tiene que ver el foro de debate, la argumentación debe pretender "la adhesión tanto a las premisas como a cada paso de las pruebas". Es decir, el razonamiento supera el campo aplicativo de la pura lógica adaptándolo a los fines⁶⁸³. Y estos fines van de la persuasión (en el ámbito de foros particulares) al convencimiento (en el del foro o *auditorio universal*"); de lo razonable, tal como hemos dicho, a lo racional⁶⁸⁴. Ahora bien, en el fondo de todo el planteamiento acecha la imposibilidad del acuerdo en el plano de este auditorio, toda vez que este acuerdo máximo precisa que *todos* conozcan, comprendan y compartan los razonamientos en cuestión. Perelman termina aceptando que se trata de un acuerdo de derecho, más no de hecho⁶⁸⁵; el auditorio universal "no existe es una audiencia ideal, una construcción mental"⁶⁸⁶.

⁶⁸¹PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (título original *Traite de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, trad., cast., de J. Sevilla Muñoz), Gredos, Madrid, 1989, pp 2 y ss

⁶⁸²ALEXY, R.: *Ibidem*, p 158

⁶⁸³En este paso considera Alexy la inevitable presencia psicológica en este método argumentativo (N. del A.).

⁶⁸⁴El aspecto psicológico más parece una cuestión procedimental que intencional; así a medida que se pretenda un acuerdo mayor transitaremos de lo psicológico a lo lógico o, si se quiere, de lo subjetivo a lo objetivo (N. del A.)

PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: *Ibidem*, p 40

⁶⁸⁵*Ibidem*, p 41

⁶⁸⁶PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: "Act and Person in Argument" en *Ethics* 61 (1950/51) pp 252 y ss

En cualquier caso, se trata de una estructura dialéctica que entiende la argumentación como una forma más elaborada que la de una simple lógica formal o deductiva⁶⁸⁷ y la argumentación jurídica en concreto, como un estadio de plenitud de los razonamientos; una lógica o retórica jurídica adaptada a la comunidad a la que sirve.

La técnica argumentativa en Perelman cuenta con una prolija clasificación de argumentos⁶⁸⁸, en la que lo fundamental son los conceptos de *interacción* y *fuerza* de los mismos. La interacción⁶⁸⁹ persigue finalmente la *convergencia*⁶⁹⁰ en cualquiera de sus dos manifestaciones: de *refuerzo*⁶⁹¹, cuando se obtiene una respuesta o solución

⁶⁸⁷ ATIENZA, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p 100. Atienza atribuye esta dicotomía entre modelos lógicos a una falta de distinción de lo que Wroblebski entendía como justificación interna y justificación externa dentro del razonamiento jurídico [V. WROBLEWSKI, J.: "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", en *Rechtstheorie*, núm, 5, 1974, pp 35 y ss]; es decir, a la identificación de dos tramos perfectamente diferenciados: la simple deducción o aplicación lógica de la que se deriva una conclusión y a una deducción de mayor alcance que afecta a la necesidad de la propia justificación de las premisas

⁶⁸⁸ PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: *Tratado de la argumentación*, p 299

Los autores dividen los procedimientos argumentativos en dos grandes bloques, según aborden la realidad (jurídica) a través de la *asociación* o adición de elementos o partes del discurso para una comprensión común, o de *disociación* o desmembramiento de esa complejidad. Los primeros, a su vez, recogen multitud de tipologías que básicamente se agrupan en tres modalidades: argumentos *cuasi-lógicos* que responden a patrones de la llamada lógica pura; argumentos *basados en la estructura de lo real*, que responden a la propia estructura sociocultural de la sociedad, y argumentos que *fundan la estructura de lo real* a través de la proyección y ejemplificación, como es el caso de dos modelos bien presentes en el derecho de cualquier signo: el razonamiento por analogía y el argumento por el caso particular

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p 299

⁶⁹⁰ *Ibidem*, p 700

⁶⁹¹ *Ibidem*, p 702

(práctica o jurídica) por dos o más caminos o razonamientos diferentes. De *regresión*⁶⁹², cuando se precisan fundamentaciones retroactivas de los argumentos o premisas en juego⁶⁹³.

El criterio de la fuerza como elemento de imposición del peso de los razonamientos parece quedar asociado al propio reconocimiento de la regla de justicia⁶⁹⁴: "lo que, en cierta situación, ha podido convencer, parecerá convincente en una situación semejante, o análoga"⁶⁹⁵.

En definitiva, la argumentación retórica parece demasiado inmovilista o conservadora, en la medida que la tradición, la inercia de los contextos jurídicos establecidos y la preeminencia del derecho vigente, la reducen a un modelo más teórico que funcional.

14.3 LA ARGUMENTACIÓN EN STEPHEN E. TOULMIN

En este autor se observa un grado de penetración en la estructura de los razonamientos y una claridad a la hora de abordarlos como para pensar que está

⁶⁹²*Ibidem*

⁶⁹³No debe confundir con el llamado *trilema de Münchhausen* [V. ALEXY.R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 177] donde lo que se ventila es una fundamentación retroactiva de proposiciones normativas de distinto nivel, o si se quiere, de cada vez mayor entidad.

⁶⁹⁴V. para este tema, APOSTEL,L.: "What is the force of an argument", en *Revue Internationale de Philosophie*, num. 127, 1979

⁶⁹⁵PERELMAN,Ch y OLBRECHT-TYTECA,L.: *Ibidem*, p 705

elaborando un teoría como tal. Como vimos en el capítulo anterior, ni la lógica tradicional da cuenta del mundo de la ética, ni ésta puede sustraerse a las razones del ámbito de lo humano mediante una lógica substancial y no meramente analítica, donde se aborden las cuestiones de estructura interna, como las de estructura externa; es decir, las inferencias y la justificación de las mismas cuando son de naturaleza moral.

Si, como sostiene Toulmin, una proposición es verdadera cuando se pueden aducir buenas razones para la misma⁶⁹⁶, es porque existen reglas morales de inferencia propias para el paso de proposiciones sobre hechos a proposiciones normativas. Con este salto se puede abordar la justificación "lógica" de las normas, bien es verdad que con la rémora crítica de no pocos autores, incluido Kelsen, que negarían la capacidad de inferencia en el ámbito de las mismas.

Si es en *The Place of Reason in ethics* donde se pregunta por la naturaleza de normas, en *The Uses of Argument*⁶⁹⁷ analiza Toulmin la estructura argumental llevada al campo del derecho, desde su peculiar entendimiento de que la lógica, como "jurisprudencia generalizada"⁶⁹⁸, es allí donde tiene una más cabal comprensión. Esta *applied logic*⁶⁹⁹ se equipara a la lógica tradicional en cuanto a su validez y la rebasa en cuanto que ésta no es capaz de dar cuenta de la esfera moral de los argumentos.

⁶⁹⁶TOULMIN, S.E.: *El puesto de la razón en la ética (An examination of the Place of Reason in Ethics)*, Cambridge, 1950, trad. de J.F. Ariza), Alianza Editorial, Madrid, 1979, pp 141 y ss

⁶⁹⁷TOULMIN, S.E.: *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958

⁶⁹⁸*Ibidem*, p 7

⁶⁹⁹*Ibidem*, pp 95 y ss

Toulmin plantea la argumentación en dos niveles, según consideremos su grado de complejidad: un modelo *simple* de análisis de los argumentos y un modelo *general*.

En el modelo simple descomponemos el argumento en cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo⁷⁰⁰. La pretensión es la propuesta inicial a defender⁷⁰¹ planteada por el *assertor*⁷⁰² y que dará lugar a la entrada de las razones en el caso de que no prospere por sí misma; es decir, en el caso de que sea contestada por el *interrogador*⁷⁰³. El paso de las razones a la pretensión es esencialmente lo que llamamos argumentación. En la práctica jurídica estas razones son los hechos, o más concretamente, los hechos que integran el supuesto de hecho de la norma aplicable al caso. En caso de no ser aceptados, o bien necesitar ser justificados, precisarán de un aval o garantía bajo la forma de principio, ley, regla, etc., con mayor solvencia jurídica cuanto más universal sea⁷⁰⁴.

Hay casos en que las garantías no son suficientes, por criticables o por alternativa diferente en la defensa de la pretensión. Para fundamentar estas garantías ha de recurrirse al respaldo⁷⁰⁵, que en su condición de enunciado categórico⁷⁰⁶, cierra el ciclo de la argumentación.

⁷⁰⁰En la terminología de Toulmin *claim (C)*, *grounds (G)*, *warrant (W)* y *backing (B)*.

⁷⁰¹TOULMIN-RIEKE-JANIK.: *An Introduction to Reasoning*, MacMillan, New York, 1985, p 29

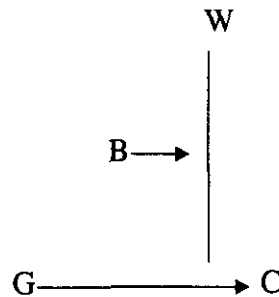
⁷⁰²*Ibidem*, p 30

⁷⁰³*Ibidem*

⁷⁰⁴TOULMIN, S.E.: *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958, p 101

⁷⁰⁵*Ibidem*

La representación esquemática vendría a ser de este modo:



El modelo general o complejo de la estructura argumental completa el esquema anterior cuando partimos de que la pretensión, en los casos que entran en lo que hemos visto en Wroblewski como justificación externa⁷⁰⁷, o lo que en un plano más práctico denomina Maccormick "justificación en los casos difíciles"⁷⁰⁸, está condicionada por la propia fuerza de los argumentos. Lo habitual es que no se obtenga la pretensión mediante una inferencia lógica; o lo que es lo mismo, que no se dé de forma necesaria, sino que aparezca con matices, presupuestos o, según Toulmin, *condiciones de refutación (R)* que minan la fuerza de los argumentos y gravan las conclusiones a través de los llamados *cualificadores (Q)*⁷⁰⁹, reforzándolos o invalidándolos.

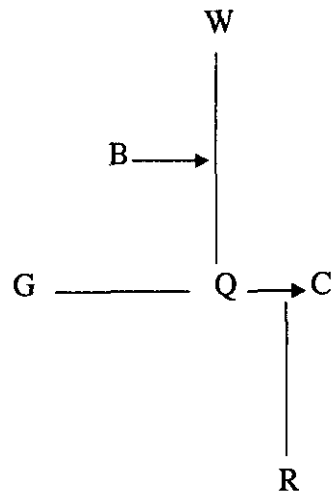
⁷⁰⁶*Ibidem*, pp 105 y ss

⁷⁰⁷Cfr. WROBLEWSKI, J.: "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", en *Rechtstheorie*, nº 5, 1974

⁷⁰⁸MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978; MACCORMICK, N.: "The Nature of Legal Reasoning: A brief Reply to Dr. Wilson", *Legal Studies*, nº 2, 1982, pp 287 y ss

⁷⁰⁹Como cualificadores se incluyen términos como *razonablemente*, *presumiblemente*, de mayor ambigüedad lógica que jurídica.

La forma compleja del argumento sería ahora así:



Toulmin incorpora tres características, ciertamente *sui generis*, que en principio pueden considerarse como un déficit de solvencia final de su teoría. Considera una especie de autodependencia⁷¹⁰ de unos argumentos con otros, de forma que la pretensión en uno sirva como razones del siguiente y otra serie de vinculaciones que los constituirían en un verdadero tejido, al modo como lo hacía la tópica desde otro planteamiento. En segundo lugar es necesario asumir la legitimidad de ciertos puntos de partida comunes, como son los principios generales de la ética, la ciencia, el derecho, etc. En fin, invoca el sentido común, en tanto que elemento patrimonial de convergencia de necesidades y puntos de vista vitales básicos, como último respaldo de los argumentos⁷¹¹. Aquí es donde aparece el concepto de *tribunal*

⁷¹⁰TOULMIN-RIEKE-JANIK.: *Ibidem*, p 120

⁷¹¹*Ibidem*

Finalmente parece que lo que empieza siendo una argumentación racional individual, en el marco de la comunidad se convierte en un asunto de la "comunidad racional", lo que le acerca sin duda al pensamiento de Alexy. La cuestión es si este tránsito está bien justificado u obedece a necesidades de fundamentación.

de la razón, como órgano ideal de apelación que conecta en buena medida con todas las teorías que estamos analizando, ya sea en unos casos desde la idealización de los procedimientos (comunicación) a la idealización de los resultados (corrección y búsqueda de una y única respuesta correcta a los problemas práctico-jurídicos).

14.4 LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

Puede decirse en una primera impresión que esta teoría quiere ser universal⁷¹² y actual⁷¹³ a un tiempo, conciliando la validez formal y la utilidad. Más cercana a la práctica jurídica habitual que la de Alexy, con la ventaja aplicativa que esto supone, ha de considerarse, sin embargo, menos versátil a la hora de enfocar el derecho desde posiciones menos tradicionales que las habituales en el *common law*⁷¹⁴.

Sobre la base de que los argumentos, además de bien contruidos, han de estar debidamente justificados Maccormick propone que esta justificación, en lo que

⁷¹²MACORMICK,N.: "Universalization and Induction in Law" en *Reason in Law. Proceedings of de Conference Held in Bologna 12-15 December 1984*, Giuffre, Milán, 1987, pp 91-105

⁷¹³MACCORMICK,N.: "Law as Institutional Fact", en MACCORMICK,N. and WEINBERGER,O.: *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Reidel Publishing Company, Doordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo, 2ª ed. 1992, pp 50 y ss

⁷¹⁴MACCORMICK,N.: "Institutional Morality and The Constitution", en MACCORMICK,N. and WEINBERGER,O.: *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Reidel Publishing Company, Doordrecht / Boston / Lancaster / Tokyo, 2ª ed. 1992, pp 183 y ss

afecta al ámbito interno del razonamiento, es de tipo lógico⁷¹⁵, tal y como intenta demostrar en la reconstrucción del razonamiento del *caso Daniels*⁷¹⁶. Pero, además de esta concepción deductivista *simple*, en la que por lo demás entrarían muy pocos casos de la actividad jurídica real, existen otros dos conceptos o niveles de lógica compatibles con el planteamiento de Maccormick. En derecho, debe procurarse además una *lógica justa*, es decir que atienda desde la coherencia metodológica los conflictos humanos y, en fin, una *lógica condicionada*, esto es que tenga en cuenta las limitaciones o presupuestos del ámbito operativo en el que se mueve. En este caso, una supuesta capacidad de los jueces para reconocer las reglas del derecho válido que hay que aplicar⁷¹⁷, y la aceptación de razones subyacentes o inherentes al hecho de juzgar, como es la común confianza en la certeza del derecho, la legitimidad del mismo, etc.⁷¹⁸

En cualquier caso, la construcción final de un razonamiento jurídico tiene que sortear dos tipos de dificultades, interna o de *técnica jurídica* una, externa, ejemplar o de *adecuación al sistema*, la otra.

⁷¹⁵MACCORMICK, N.: "Deductive Justification" in *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, p 19

⁷¹⁶MACCORMICK, N.: *Ibidem*.

"My example is the case of *Daniels and Daniels v. R. White & Sons and Trabard* ([1938] 4 All E.R. 258)"

⁷¹⁷ATIENZA, M.: *Las razones del derecho...*, p 138

⁷¹⁸Legitimación del derecho que, como hemos visto, no descarta que se acentúe en un concepto más o menos *legalista*, o más o menos *constitucionalista*, según las corrientes y que supondría una doble limitación de las que hemos llamado *razones inherentes* (N. del A.)

La primera dificultad atiende a cuatro frentes. Al problema de la *interpretación*, cuando conocemos la norma a aplicar, pero esta plantea más de una lectura. El segundo problema se refiere a la *relevancia*, o lo que es lo mismo, si existe una norma tal que deba aplicarse al caso y cómo encontrarla. En este caso actúa como refuerzo la búsqueda del precedente. El tercer problema es el de *prueba*, o si se quiere, el de la premisa menor. Y, en fin, un problema colateral, pero igualmente importante es el de la *cualificación* o de calificación de derechos secundarios; es decir, partiendo de la base de hechos probados o primarios se intenta incluir dentro de la norma todos los casos que acompañan a dicho caso principal. En definitiva, Maccormick plantea que este proceso interno o de técnica jurídica puede invalidarse en cualquiera de estos niveles si no se dan las razones adecuadas⁷¹⁹.

Tener en cuenta el sistema coincide con lo que Maccormick llama justificación en los *casos difíciles*, lo que se produce cuando no es suficiente una justificación puramente deductiva, que atiende esencialmente a la propia fundamentación de las normas. En otras palabras, atiende a lo que llamamos cuestiones *de derecho*, no ya a las *de hecho* o de la prueba.

En estos casos Maccormick coincide con otros autores y con Alexy, en que ha de procurarse que el razonamiento cumpla con el requisito de universalidad y además (y en esto entran ya sus condiciones específicas), que se adapte o tenga sentido respecto al sistema; es decir, que sea consistente y coherente y, en relación con la sociedad, que sea consecuente.

⁷¹⁹MACCORMICK, N.: *Ibidem*, pp 25 y ss

Las decisiones jurídicas son universales cuando su premisa más relevante o mayor recoge la esencia de una norma general: vincular causa y efecto del asunto a tratar desde la cabida en dicha regla general. Esto, que constituye una especie de universalización de la justificación, es lo que Maccormick denomina "exigencia de justicia formal" y que de alguna manera se corresponderían a las razones general o *warrant* (garantía) que Toulmin consideraba como condición de la conclusión⁷²⁰, así como con la "exigencia de justicia formal" de Perelman. Pero Maccormick advierte que la norma general no administra justicia general⁷²¹, si por tal entendemos la *equidad*⁷²², por tanto, es la universalidad y no la generalidad la que asume la administración equitativa de la justicia⁷²³, incluso en las excepciones, si éstas pueden tomarse como modelos o precedentes⁷²⁴.

Esta universalidad como característica de tipo lógico dentro del razonamiento cierra las posibilidades de las operaciones de deducción pura y constituye el límite de lo que se llamaría primer nivel de justificación. Los casos que entran dentro de este

⁷²⁰TOULMIN, S.E.: *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958, pp 100 y ss

⁷²¹MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, p 75

⁷²²ANDRADA HERRERO, N.: *La equidad como elemento catalizador entre la norma jurídica y la justicia*, [tesis doctoral dirigida por J. Iturmendi], Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1988

⁷²³*Ibidem*, pp 97 y 98

Este punto de vista se compecece mal con la idea de una única respuesta correcta, que sería sólo una pretensión formal en Maccormick, quedando entonces en un principio de *razonabilidad* como el administrador de esa justicia equitativa. En esta línea coincidiría en lo esencial con Alexy en su valoración del uso de los precedentes como reglas estables [ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, pp 261 y ss]

⁷²⁴*Ibidem*, p 128

"It is the perceived 'reason and equity' of the matter which justify the ultimate result".

marco jurídico son más claros, aunque inusuales en derecho, y todo lo que exigen es pulcritud en la aplicación lógica entre pruebas y conclusiones con el apoyo de una regla sólida jurídica y socialmente.

Hasta aquí estaríamos en el ámbito de los casos fáciles, que requieren una justificación de primer nivel o justificación interna. Lo habitual, sin embargo, es que presenten un mayor grado de complejidad, lo que se traduce en tener que dar cuenta no sólo de la conveniencia de las normas a aplicar, sino de la propia fundamentación de las mismas; es decir, de la justificación externa o de segundo nivel⁷²⁵. Para este *Second-Order Justification* considera Maccormick que las normas elegidas han de tener sentido dentro del sistema y pertenecer a la cultura jurídica en la que adquieren pleno significado; esto es, evitar la contradicción con las normas válidas o vigentes⁷²⁶. En esto consiste lo que llama requisito de *consistencia*⁷²⁷ y que en la práctica supone en los jueces la obligación de no vulnerar el derecho vigente⁷²⁸.

El requisito de *coherencia*⁷²⁹ es una cualidad del razonamiento de carácter formalista, que propugna la subsunción de las normas aplicadas en principios y

⁷²⁵*Ibidem*, p 100

⁷²⁶Esto constituye un indicador de conservadurismo en primer grado en Maccormick; una de las críticas habituales que recibe en lo que supone cierta renuncia a la evolución de la cultura jurídica, pareja a la propia evolución de la sociedad.

⁷²⁷MACCORMICK,N.: "The Nature of Legal Reasoning: A brief Reply to Dr. Wilson", *Legal Studies*, nº 2, 1982, pp 286 y ss

⁷²⁸MACCORMICK,N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, pp 103 y ss
ATIENZA.M.: *Ibidem*, p 144. Este autor considera que la consistencia no es cuestión que obligue sólo respecto de la premisa normativa, sino también con respecto a la prueba; esto es, a la premisa fáctica.

⁷²⁹MACCORMICK,N.: *Ibidem*, pp 105 y ss

valores, sobre los que supuestamente asienta el derecho como empresa racional a la que reconocemos como ordenadora de conductas colectivas. Aunque el término, en castellano, pudiera ofrecer otras expectativas⁷³⁰ y, si bien no sean equivalentes -en Maccormick sobre todo- principios y valores, lo cierto es que esta característica argumentativa podría llevarnos en su celoso cumplimiento a absurdos jurídicos de no ir acompañada por la consistencia. Tiene dos objetivos o expresiones: coherencia *narrativa*⁷³¹, válida para un mundo en abstracto y coherencia *normativa*, válida para el mundo de nuestras creencias⁷³². Las razones en derecho se componen de ambas vertientes y las verdades, por tanto, tienen esta doble naturaleza. Precisamente de esta noción de coherencia normativa penden dos argumentos esenciales en el razonamiento jurídico: los argumentos *por analogía* y los argumentos *a partir de principios*. Especialmente estos últimos, sobre la base de la idea de principio que pueda tener Maccormick como reglas de amplio espectro que no sólo hay que cumplir sino que es deseable y bueno en abstracto hacerlo, separan al autor de posiciones como la de Dworkin (les confiere distinta naturaleza y mecanismo de acción) y Alexy (distinta naturaleza y subordinación de las unas a los otros).

⁷³⁰Quizá el de congruencia como proponen algunos autores [ATIENZA, M: *Ibidem*, recogiendo la sugerencia que para el idioma italiano proponen COMANDUCI, P. y GUASTINI, R.: *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Giappichelli, Torino, 1989]

⁷³¹MACCORMICK, N.: "Coherence in Legal Justification" en *Weinberger-Festschrift*, 1984, pp 37 y ss

⁷³²*Ibidem*, p 53; V. para este tema, "la coherencia del orden jurídico vigente", en RODRÍGUEZ MOLINERO, M.: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, p 185. El autor distingue entre una coherencia *formal* en la que, "en la creación y aplicación de las normas jurídicas se actúa mediante sucesivas delegaciones de las normas superiores a las normas inferiores", y una coherencia *material* que supone que "las normas jurídicas de un orden jurídico positivo se conexionan entre sí de tal manera que el *contenido normativo* de las normas inferiores es un desarrollo y una concreción del contenido normativo de las normas superiores"

En fin, los argumentos han de ser *consecuencialistas*⁷³³ en relación al mundo, solidarios con el futuro a la hora de administrar justicia presente y calculando las repercusiones sociales⁷³⁴ y jurídicas que devengan de las decisiones⁷³⁵. Pero, advirtiendo que son tres tramos diferenciados los que se producen⁷³⁶: razonamiento, decisión y resultados.

⁷³³MACCORMICK,N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, p 129

⁷³⁴*Ibidem*, p 135

⁷³⁵Cfr.MACCORMICK,N.: "On Legal Decisions and their Consequences: from Dewey to Dworkin", *New York University Law Review*, vol. 58, nº 2, 1983, pp 239-258

⁷³⁶V. *ut supra* Cap. 11.6



T. 24475
II



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



531405571X

618284280

125081871

TERCERA PARTE

LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ROBERT ALEXY
A TRAVÉS DE SUS CONCEPTOS FUNDAMENTALES

24475
II



BIBLIOTECA

CAPÍTULO 15

Todo el complejo campo de las acciones prácticas (de la acción moral en suma), admite un **tratamiento** o explicación **racional**.

- 15.1 DEL SENTIMIENTO A LA RAZÓN
- 15.2 LA POSIBILIDAD DEL LENGUAJE DE LA MORAL
- 15.3 ACCIÓN MORAL Y RAZÓN PRÁCTICA. EL CONCEPTO KANTIANO DE RACIONALIDAD PRÁCTICA
- 15.4 *CRÍTICA*

La fundamentación racional no es privativa de ámbitos empíricos, lógico-matemáticos o científicos en cualquiera de sus expresiones, la estructura racional está también presente en la vida práctica, en el análisis de los réditos morales que produce toda conducta humana.

La pretensión de que tanto de la naturaleza de la moral⁷³⁷, como de los actos constitutivos de la misma⁷³⁸ se puede dar cuenta cabal, es el presupuesto esencial de esta investigación.

⁷³⁷V. *ut supra*, Cap. 2

⁷³⁸HARE, R.M.: *An Examination of the Place of Reasons in Ethics*. By Stephen Edelson Toulmin, en "Philosophical Quarterly", 1 (1950/51), p 372; Cfr. *Ibidem*, *The Language of Morals*, London/Oxford/New York, 1952

15.1 DEL SENTIMIENTO A LA RAZÓN

Incluso cuando partimos de conceptos tan poco ambiciosos para la definición de juicios morales, como aquellos que consideran que su papel es modificar las conductas de quienes los reciben, apelando a su sensibilidad, podemos advertir en ellos su estructura esencialmente racional⁷³⁹. El emotivismo analiza una dimensión muy importante en toda argumentación, que es la conversión de actitudes no afines en actitudes afines entre interlocutores.

Influir en alguien es lo que pretenden los juicios morales⁷⁴⁰, más que referirse a situaciones o describir hechos⁷⁴¹. En principio cabe pensar que no existen relaciones lógicas entre las razones o argumentos a favor o en contra de una proposición normativa⁷⁴², lo que no es óbice para que la reacción psíquica que determina pueda cambiar de hecho las actitudes de un interlocutor. Ahora bien, la diferencia que propone Stevenson para considerar racional una argumentación, es que en la misma se aduzcan hechos⁷⁴³ como razones⁷⁴⁴, dejando como argumentación

⁷³⁹ALEXI, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 56

⁷⁴⁰STEVENSON, Ch.L.: *Ethics and Language*, (Ética y Lenguaje, trad. cast. de E. Rabossi, Madrid, Paidós, 1984) New Haven/London, 1944

⁷⁴¹STEVENSON, Ch.L.: *The Emotive Meaning of Ethical Terms*, en *Facts and Values*, New Haven/London, 1963, p 17

⁷⁴²STEVENSON, Ch.L.: *Ethics and Language*, pp 115 y ss

⁷⁴³*Ibidem*, p 140

⁷⁴⁴Cfr. también para este tema, AYER, A.J.: *Language, Truth and Logic*, Harmondsworth, 1971; OGDEN, C.K. y RICHARDS, I.A.: *The Meaning of the Meaning*, London, 1923

puramente persuasiva aquellas que no los aportan aunque persigan los mismos fines. Estaría ésta tan fuera de las pretensiones argumentativas como las posiciones subjetivistas⁷⁴⁵ o descripcionistas, que niegan a las proposiciones normativas la capacidad de estimular sentimientos en el hablante.

Tanto el método racional como el persuasivo son igualmente válidos para Stevenson, dentro de la estrategia de la intervención comunicativa. Alexy considera que su defecto es no reconocer que la argumentación moral es una actividad guiada por reglas⁷⁴⁶, o el de que los juicios morales no sean susceptibles de verdad, si bien incorpora a su tesis la diferenciación entre métodos racionales y persuasivos, así como la sugerencia de buscar las reglas que Stevenson no percibe.

En resumen, ello no resta carácter de racionalidad a los argumentos planteados con esta intención⁷⁴⁷, lo que lleva a Alexy a aceptar este concepto emotivo como uno más de los que avalan su propia idea de argumentación⁷⁴⁸

15.2 LA POSIBILIDAD DEL LENGUAJE DE LA MORAL

Dotar a las expresiones morales de credibilidad como lenguaje, o lo que es lo mismo, de construir juicios morales⁷⁴⁹ con pretensiones de verdad, constituye una

⁷⁴⁵URSOM, J.O.: *The Emotive Theory of Ethics*, London, 1968, pp 15 y ss

⁷⁴⁶ALEXY, R.A.: *Ibidem*, p 62

⁷⁴⁷ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 63

⁷⁴⁸*Ibidem*

exigencia previa de toda argumentación que, en buena parte, es de naturaleza lógico-deductiva.

Ahora bien, parece que en buena medida, esto se consigue equiparando estas expresiones a otras con similar estructura, o lo que es lo mismo, que constituyan *juegos de lenguaje* con identidad propias, o que pertenezcan a una misma *familia*.

Cuando argumentamos, lo que pretendemos es organizar significados con sentido, esto es en definitiva el pensamiento: "una organización con sentido"⁷⁵⁰ que se explícita en el lenguaje. Lenguaje cuya función no es otra que la representación del mundo con el que finalmente se identifica⁷⁵¹, de tal modo que le haga decir a Wittgenstein que "los límites del lenguaje son los límites de mi mundo"⁷⁵².

Esta organización dotada de sentido se compone de palabras y se articula en proposiciones. "Las palabras del lenguaje nombran objetos; las proposiciones son

⁷⁴⁹GARCÍA MORENTE, M.: *La Filosofía de Kant*, Espasa Calpe, Madrid, 1982, p 179

⁷⁵⁰WITTGENSTEIN, L.: *Tractatus lógico-philosóphicus*, (traducción e introducción de J. Muñoz e I. Reguera), Alianza Universidad, Madrid, 1992, p 49

Cfr. sobre Wittgenstein y este tema, AMBROSE, A. y LAZEROWITZ, M. (ed): *Ludwig Wittgenstein. Philosophy and Language*, London/New York, 1972; BINKLEY, T.: *Wittgenstein's Language*, 1973; ENGELMANN, P.: *Letters from L.W., with a memoir*, 1967; FANN, K.T.: *Wittgenstein's Conception of Philosophy*, 1969. (Trad. esp. *El concepto de filosofía en Wittgenstein*, Madrid, 1975); KENNY, A.: *Wittgenstein*, Frankfurt, a. M., 1973 (trad. esp. 1974); WRIGHT, G.E. von (ed): *Letters to Russell, Keynes and Moore*, 1974

⁷⁵¹WITTGENSTEIN, L.: *Philosophische Untersuchungen*, en *Schriften*, I, Frankfurt a.M., 1969, pp 279-544 (Título en castellano *Investigaciones filosóficas*, trad. de E. García y U. Moulines, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Editorial Crítica, Barcelona, 1988)

⁷⁵²WITTGENSTEIN, L.: *Tractatus...*, p 143

combinaciones de tales nombres⁷⁵³". Ahora bien, "cualquier proposición ha de tener ya un sentido"⁷⁵⁴, la afirmación no puede dársele puesto que es élla quien afirma el sentido. Igual ocurre con la negación: "la negación se refiere ya al lugar lógico que determina la proposición negada"⁷⁵⁵. Respecto a la verdad de estas proposiciones y a su relación con el mundo del que decimos forman parte, resultará según Wittgenstein que "la realidad es comparada con la proposición" y ... "sólo en la medida en que es una figura de la realidad puede la proposición ser verdadera o falsa"⁷⁵⁶.

Naturalmente los juegos del lenguaje son posibles cuando se siguen (o porque se siguen) determinadas *reglas*⁷⁵⁷. Cumplir una regla supone "que *varias* personas la sigan en *diversos* momentos"⁷⁵⁸. Junto a estas reglas estarían otro grupo de reglas y *convicciones* fundamentales que se dan por supuestas a todo individuo y que forman una especie de praxis vital común; es decir un sustrato de entendimiento colectivo que constituye la *forma de vida*⁷⁵⁹ o representación del mundo. Esto es particularmente aplicable al caso de la argumentación⁷⁶⁰, puesto que sólo se puede

⁷⁵³V. en ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 65

⁷⁵⁴WITTGENSTEIN,L.: *Ibidem*, p 63

⁷⁵⁵*Ibidem*

⁷⁵⁶*Ibidem*, p 59

⁷⁵⁷WITTGENSTEIN,L.: *Philosophische Untersuchungen*, p 66

⁷⁵⁸ALEXY,R.: *Ibidem*, p 66

⁷⁵⁹WITTGENSTEIN,L.: *Ibidem*, p 162

⁷⁶⁰Cfr. WRIGHT,G,H,V.: *Wittgenstein on Certainty*, en *Problems in the Theory of Knowledge*, Den Haag, 1972

intentar convencer desde la persuasión (no desde la fundamentación⁷⁶¹), ya que sólo hay razones dentro de una forma de vida o una representación del mundo⁷⁶².

Si bien conviene a la teoría de Alexy el que los discursos morales y jurídicos *también* estén guiados por reglas, el hecho de que hubiera distintas formas de vida o representaciones del mundo implicaría una *relatividad* de esos discursos; o lo que es lo mismo, un *déficit de universalidad*, estando condenados los razonamientos a no poder fundamentarse fuera de estos ámbitos. Sin negar esta cuestión, lo que postula Alexy, es que, en, cualquier caso, lo que no está negado es la posibilidad de discusión de los argumentos desde distintas formas de vida o representación; esto es, no están negadas las reglas universales a las que tienen que dar cuenta⁷⁶³.

15.3 ACCIÓN MORAL Y RAZÓN PRÁCTICA. EL CONCEPTO KANTIANO DE RACIONALIDAD PRÁCTICA

El intento de rehabilitar la razón práctica supone una base suficiente donde asentar una teoría como la de Alexy de inexcusable sustrato moral⁷⁶⁴ que, sobre la idea de un derecho autónomo, considera que éste gana en mayor rango de aplicación

⁷⁶¹*Ibidem*, pp 58 y ss

⁷⁶²Cfr. para un desarrollo de este tema, WITTGENSTEIN, L.: *Über Gewissheit*, Frankfurt a. M., 1970 [*Sobre la certeza*, trad. cast. de J.L. Prades y V. Raga, Gedisa, Barcelona, 1987]

⁷⁶³ALEXY, R.: *Ibidem*, p 68

⁷⁶⁴ALEXY, R.: "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", incluido en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, 1994, pp 131 y ss

(universalidad) y perdurabilidad en el tiempo (estabilidad), al sustentarse en principios morales; lo que denomina como *tesis de la adicción*⁷⁶⁵.

La razón posee una tendencia natural a sobrepasar el campo de la experiencia⁷⁶⁶. "Las ideas trascendentales son tan naturales a la razón como las categorías al entendimiento, si bien con la diferencia de que mientras las últimas nos conducen a la verdad, es decir, a la concordancia de nuestros conceptos con su objeto, las primeras conducen a una simple ilusión, pero una ilusión irresistible, apenas neutralizable por medio de la crítica más severa"⁷⁶⁷. El verdadero objeto de la razón, no será sino el entendimiento y su adecuada aplicación al objeto; en cuanto a "las ideas tienen un uso regulador, indispensablemente necesario, a saber: dirigir el entendimiento a un objeto determinado en el que convergen las líneas directrices de todas sus reglas"⁷⁶⁸, una especie de punto imaginario fuera del campo de la experiencia, que "sirve para dar a los conceptos la mayor unidad a la vez que la mayor amplitud"⁷⁶⁹. La razón se manifiesta en una doble dimensión: *apodíctica*, cuando deriva lo particular de lo universal, e *hipotética*, cuando lo universal es asumido como problemático. "Este uso es simplemente regulador y su finalidad consiste en unificar, en la medida de lo posible, los conocimientos particulares y en *aproximar* así la regla a la universalidad"⁷⁷⁰.

⁷⁶⁵ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 39

⁷⁶⁶KANT,I.: *Crítica de la Razón Pura (Kritik der Reinen Vernunft*, trad., de P. Ribas), Alfaguara, Madrid, 1978, Introducción, p XXXIII

⁷⁶⁷KANT,I.: *Ibidem*, p 530

⁷⁶⁸*Ibidem*, p 531

⁷⁶⁹*Ibidem*, p 532

⁷⁷⁰*Ibidem*

Ahora bien, nuestra razón nos impone unas *leyes morales*, "por ello es posible un canon de la razón en su uso práctico o moral. Este canon regula, no sólo su uso especulativo, sino su uso práctico"⁷⁷¹. El carácter universal y la explicación imperativa de la razón práctica hay que buscarla según Kant en la propia idea de *libertad* afín al sujeto y la propia posibilidad de suponer el imperativo⁷⁷²; es decir, el cauce que nos obliga a seguir leyes o máximas universales comunes a todas las morales, sustrato de todos los modelos de derecho.

El concepto Kantiano de racionalidad práctica puede considerarse como el punto de partida de la concepción de la argumentación en Alexy⁷⁷³. Concepto éste diferenciado de otros modelos "históricos" como el "aristotélico" o "hobbesiano" que, junto con la postura "nietzscheana" de crítica frontal al mismo, sigue dando que hablar y discutir, máxime cuando lo que de verdad está en juego es el "fundamento normativo de la convivencia humana"⁷⁷⁴.

La idea de universalidad es lo que sustenta la concepción kantiana de racionalidad, que en lo que se refiere a la teoría del discurso, asunto que es del que aquí se trata, se convertiría en una "racionalidad procedimental universalista" que tiene en la argumentación (en el juicio racional) su herramienta para conseguirla. Naturalmente ha de atenerse a una serie de pautas o reglas, de forma que esta razón

⁷⁷¹*Ibidem*, Introducción, p XXXIV

⁷⁷²KANT, I.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 8ª ed., trad. de García Morente, Espasa Calpe, 1983, p 134

⁷⁷³ALEXY, R.: "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", incluido en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, 1994, p 131

⁷⁷⁴*Ibidem*, p 133

práctica no sea sino "la facultad que permite llegar a juicios prácticos de acuerdo con este sistema de reglas"⁷⁷⁵.

En cuanto que supone un procedimiento, conviene a lo que luego será procedimiento también en la argumentación jurídica⁷⁷⁶; y en cuanto incluye también principios, es aplicable a todas las normas⁷⁷⁷.

Contra esta idea de racionalidad procedimental universalista estaría otra gran corriente de corte más funcionalista que propondría la "maximización individual de utilidades" como el eje de los debates práctico-jurídicos y que agruparía en más o en menos todas las teorías contractualistas, desde las posiciones hobbesianas con autores como Buchanan⁷⁷⁸, hasta las más extremas de la corriente de Nietzsche en Foucault⁷⁷⁹, que niegan validez y/o legitimidad a dicha idea de racionalidad en el derecho.

⁷⁷⁵*Ibidem*, p 137

⁷⁷⁶ALEXY,R.: "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica" (trad. de E. Garzón Valdés), en *Derecho y filosofía*, Fontamara, México, 1992, incl. en *Derecho y razón práctica*, México, 1993, p 60

⁷⁷⁷ALEXY,R.: *Teoría de los derechos fundamentales* (del título original *Theorie der grundrechte*, Suhrkamp-Verlag,1986, trad. de E.Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp 49, 82 y ss

⁷⁷⁸Cfr. BUCHANAN,J.M.: *The Limits of Liberty*, Chicago/Londres, 1975

Buchanan intenta desvirtuar una argumentación racional por la que podría llegarse a justificar cuestiones tan rechazables como los contratos de esclavitud.

HARTMAN,G.: "Rationality in Agreement" en *Social Philosophy and Policy* 5, (1988)

⁷⁷⁹FOUCAULT,M.: *L'ordre du discours*, 1971 (trad. cast. *El orden del discurso*, 1974). Según este autor tras la "voluntad de verdad" y del discurso así concebido, se esconden "el afán y el poder" [V. ALEXY,R.: "Una concepción teórico discursiva...", p 135]

15.4 CRÍTICA

La racionalidad del discurso, que puede entenderse como depositaria de cierta homogeneidad, al menos cuando participa de las condiciones ideales sobre las que se fundamenta, se enfrenta sin embargo a una considerable heterogeneidad de la mano del procedimiento. La elección de determinadas reglas o cánones, unida a la complejidad de la interacción en un mismo procedimiento⁷⁸⁰, hace que sea discutible mantener pese a todo las pretensiones de verdad, aunque aquí se llame corrección⁷⁸¹.

La racionalidad del discurso es en último término una necesidad de la comunicación. El problema surge al tratar de derivar que de esta racionalidad y el buen uso de las reglas de la argumentación puedan deducirse construcciones, no ya correctas desde el punto de vista lógico-semántico, sino también desde un criterio de la verdad, en los términos tan controvertidos como los planteados en un debate jurídico, que pretende dilucidar conflictos entre derechos y sus titulares⁷⁸².

En definitiva, el razonamiento práctico discurre en un ámbito de racionalidad suficiente como para constituir fundamento, guía y contraste de nuestras acciones

⁷⁸⁰Para una "crítica al procedimiento", V. WEINBERGER, O.: "Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation", en *Metatheorie juristischer Argumentation* (ed. de R. Alexy), Duncker-Humblot, Berlín, 1983, pp 205 y ss; ALEXY, R.: "Respuesta a algunos críticos" en *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989, p 291

⁷⁸¹Para una "crítica a la comunicación", V. TUGENDHAT, E.: "Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen in modernen Recht", *A.R.S.P.*, Nueva serie, Cuaderno 14, 1980, pp 6 y ss; ALEXY, R.: *Ibidem*, p 295

⁷⁸²Autores como Norbert Hoerster están en contra de que una racionalidad procedimental pueda ser garantía de la aplicación de un derecho justo [HOERSTER, N.: *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, p 50]

(sobre lo que debe ser hecho u omitido) o, en su defecto, no conocemos alternativa que nos ofrezca mayores seguridades en el orden práctico que estas directrices universales y sus reglas de aplicación a la diversidad, como son las formas concretas que nuestro autor, entre otros, propone⁷⁸³.

⁷⁸³V. Tabla de reglas en ANEXO

CAPÍTULO 16

La pretensión de argumentar supone un intento de articular una verdadera **acción comunicativa**.

16.1 ACCIÓN COMUNICATIVA Y CONTEXTO DIALÉCTICO

16.2 LA COMUNICACIÓN “ORGANIZADA”: LOS ACTOS DE HABLA

16.3 ACCIÓN COMUNICATIVA Y ARGUMENTACIÓN

16.4 *CRÍTICA*

En el espacio argumentativo existen dos campos bien diferenciados: el de la ocasión y el de la voluntad. Ocasión u oportunidad de hacerse oír, y voluntad de intervenir. Este último elemento es el motor de la acción comunicativa, la que ejerce un sujeto consciente de sus facultades de llevar a cabo el derecho a argumentar con todas las posibilidades, pero, al mismo tiempo, con la pretensión de que su acción (comunicativa) sea consciente, activa y productiva; es decir, parta de un individuo que percibe se encuentra en acto comunicativo, que este acto influye y modifica un contexto argumental y, por tanto, produce efectos.

16.1 ACCIÓN COMUNICATIVA Y CONTEXTO DIALÉCTICO

Este concepto tiene una especial relevancia en esta investigación, por cuanto tiene de revolucionario dentro de la participación del lenguaje en la realidad⁷⁸⁴.

Habermas lo desarrolla desde una perspectiva que supera ampliamente los conceptos lingüísticos y argumentativos, dentro de lo que se conoce como una *nueva Dialéctica de la Ilustración*⁷⁸⁵ que, para algunos autores, entre los que se encuentra Richard J. Bernstein, lejos de ser una ilusión o una ideología es una tarea práctica pendiente de realizar⁷⁸⁶. Una tarea que históricamente arranca de los años 60⁷⁸⁷ y la confrontación positivista entre Popper y Adorno, metodológicamente a partir de la revisión de *Verdad y método* de Gadamer y conceptualmente en la revisión que del marxismo hay en la *nueva Teoría Crítica*, donde Habermas diferenciará entre lo racional deliberado y la racionalidad comunicativa, llegando a una síntesis, a una necesidad de objetivación de esta última en la nueva realidad social⁷⁸⁸.

Con la idea de racionalidad comunicativa pretende Habermas hacer frente al relativismo de las tendencias filosóficas imperantes, incorporándola al mundo de la vida (*Lebenswelt*) o conjunto de formas de vida en las que se plasma la conducta

⁷⁸⁴RICOEUR, P.: *El discurso de la acción*, [trad. de P. Calvo, Cátedra, Madrid, 1981]

⁷⁸⁵Cfr. ADORNO, T.: *Dialéctica negativa*, [versión cast. de J.M Ripalda, revisada por J. Aguirre, 1ª ed.], Taurus, Madrid, 1986

⁷⁸⁶BERNSTEIN, R.J.: *Habermas y la modernidad (Habermas and Modernity)*, trad. cast. de F. Rodríguez Marín, Cátedra, Madrid, 1988

⁷⁸⁷*Ibidem*, p 58

⁷⁸⁸*Ibidem*, p 52

cotidiana y que están dirigidas por la *acción racional deliberada*. Un concepto procedente de Weber que Habermas utiliza y desarrolla y que se manifiesta ya sea en "las tres esferas del valor" del primero, o en los "tres mundos" del segundo: cognitivo, moral y expresivo; o si se quiere, social, cultural y personal⁷⁸⁹. Así "racionalización" significa el ordenamiento de la vida de acuerdo con unos principios de validez universal o universalizables⁷⁹⁰. El lenguaje, más importante que los otros agentes de integración social parsonianos (el poder, el dinero, etc.) está inmerso en toda la actividad social, que se construye en lo que atañe a su dimensión práctica, en condensaciones racionales o zonas comunes (consenso) y zonas en tensión (disenso). La racionalidad comunicativa es un vehículo de interculturalidad, un patrimonio común en las sociedades modernas, quizá "el único estándar de racionalidad válido para todas las culturas"⁷⁹¹ que mide o supone aquello que un hablante debe admitir como racional y que "comprende la relación interna existente entre los requisitos de validez intersubjetiva y el compromiso respecto a dar y recibir argumentos"⁷⁹². Precisamente esta carga idealista supone, según A. Wellmer, que la racionalización comunicativa como idea utópica además de no dificultar ni negar los procesos de diferenciación de las sociedades modernas, "hace que podamos dar un significado nuevo a las viejas ideas, inseparables a la tradición marxista, de superación de la

⁷⁸⁹GIDDENS,A.: "Razón sin revolución? La Theorie des Kommunikativen Handelns de Habermas", en *Habermas y la modernidad (Habermas and Modernity*, trad., cast., de F. Rodríguez Marín), Cátedra, Madrid, 1988, p 167 [en este caso utilizando la traducción según la terminología de Parsons]

⁷⁹⁰*Ibidem*

⁷⁹¹WELLMER,A.: "Razón, utopía y dialéctica de la ilustración", en *Habermas y la modernidad (Habermas and Modernity*, trad., cast., de F. Rodríguez Marín), Cátedra, Madrid, 1988, p 90

⁷⁹²*Ibidem*

forma burguesa de la ley, de la política o del arte en una sociedad emancipada postcapitalista"⁷⁹³.

El itinerario evolutivo de Habermas complica el seguimiento de su modelo conceptual que, con los consiguientes saltos lógicos, hemos situado entre Kant y Alexy para los propósitos de esta investigación⁷⁹⁴.

16.2 LA COMUNICACIÓN "ORGANIZADA": LOS ACTOS DE HABLA

El primer nivel de análisis de una comunicación estructurada lo busca Alexy en estudios del lenguaje tales como los que lleva a cabo J.L. Austin en torno a lo que denomina *actos de habla* o acciones que se ejecutan "diciendo algo"⁷⁹⁵; son emisiones lingüísticas en las que no sólo se dice algo sino que también se hace algo⁷⁹⁶. Estas emisiones adoptan la forma de *acto locucionario* cuando "expresan la

⁷⁹³ *Ibidem*, p 104

⁷⁹⁴ V. HABERMAS, J.: "The Dialectics of Rationalization: An Interview with J. Habermas", *Telos*, 1981. El autor reconoce que "se puede reconstruir un segmento de la teoría crítica de los años 30, si se consigue encauzar sistemáticamente en lo que va de Kant a Hegel, incluyendo Schelling..., acercándose después a Marx vía Lukács" [V. Bernstein, *Ibidem*, nota 4]

⁷⁹⁵ AUSTIN, J.L.: *Philosophical papers*, London/Oxford/New York, 1970, p 234

⁷⁹⁶ AUSTIN, J.L.: *Cómo hacer cosas con palabras (How to do things with Words)*, London, Oxford, New York, 1962, trad. de G.R. Carrió y E.A. Rabossi), Paidós, Barcelona, 1982, p 5 y 6; *Ibidem*, "How to talk" in *Philosophical papers*, London/Oxford/New York, 1970, p 136

V. también SEARLE, J.R.: *Actos de habla (Speech Acts)*, trad. cast. de L. Valdés Villanueva, Cambridge, 1969), Cátedra, Madrid, 1986

V. STRAWSON, P.F.: "Austin and Locutionary Meaning", in *Essays on J.L. Austin*, Oxford, 1973, pp 46-68

V. URSOM, J.O.: *The Emotive Theory of Ethics*, London, 1968

forma de un enunciado con un significado determinado"⁷⁹⁷ y de *acto ilocucionario*, que no es sino el que se hace diciendo algo, un acto de naturaleza *convencional*, diferente a aquel que persigue efectos prácticos⁷⁹⁸ (*perlocucionario*: el que se hace por decir algo)⁷⁹⁹. El lenguaje está sustentado según Austin en actos ilocucionarios o convencionales⁸⁰⁰ y por lo tanto sujetos a reglas de amplia aceptación por la comunidad⁸⁰¹.

Así pues, si en un acto *se dice* y *se hace*, éste puede ser defectuoso no sólo porque lo que se dice sea falso (incorrecto según la teoría de la verdad como correspondencia), sino que también puede ser desafortunado como acción⁸⁰². Así, un acto de habla ha de dar cuenta de dos dimensiones: ser válido para sus fines y ser verdadero para su estabilidad. En otras palabras, que "verdadero" o "falso" son condiciones de convencionalidad que dependen "de circunstancias dadas, auditorio determinado..., ciertas intenciones y ciertos fines"⁸⁰³. Y esto vale tanto para establecer la verdad de una proposición como la justicia de una sentencia⁸⁰⁴.

⁷⁹⁷ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 70

⁷⁹⁸AUSTIN,J.L.: "How to talk" ..., p 99

⁷⁹⁹*Ibidem*, pp 100 y ss

⁸⁰⁰*Ibidem*, p 118

⁸⁰¹"There must exist an accepted conventional procedure having a certain conventional effect, the procedure to include the uttering of *certain* words by *certain* persons in *certain* circumstances" [AUSTIN,J.L.: *How to do things with Words*, p 26, de la ed. de Oxford University Press, N. Y, 1962]

⁸⁰²ALEXY,R.: *Ibidem*, p 71

⁸⁰³AUSTIN,J.L.: "How to talk"..., pp 145 y ss
V. también WHITE,A.R.: *Truth*, London/Basingstoke, 1970

⁸⁰⁴ALEXY,R.: *Ibidem*, p 72

Especialmente aprovechable para una teoría de la argumentación resulta la aportación de Austin de que el lenguaje normativo se parece en lo esencial al descriptivo y que, en todo caso, es por tanto, y como éste, una actividad guiada por reglas y que a todos involucra⁸⁰⁵. La teoría consensual de la verdad de Habermas estará precisamente fundamentada en este concepto de actos de habla, toda vez que, según Habermas, "la verdad es una pretensión de validez que unimos a actos de habla constatativos. Una proposición es verdadera si está justificada la pretensión de validez de los actos de habla con los que afirmamos cualquier proposición mediante el uso de enunciados"⁸⁰⁶. Es a través de esta teoría como Alexy incorpora el concepto de actos de habla en la fundamentación de su modelo argumentativo.

Por tanto, la argumentación parte de un contexto de comunicación organizada, más o menos consciente, pero siempre presente.

16.3 ACCIÓN COMUNICATIVA Y ARGUMENTACIÓN

Alexy lo incorpora a su investigación, derivando algunas de sus reglas de la argumentación práctica de este concepto.

Partiendo del concepto weberiano de acción-racional-deliberada⁸⁰⁷, desde el que habría que preguntarse si propiamente -como niega Popper-, existen en el

⁸⁰⁵"The procedure must be executed by all participants correctly", en [AUSTIN, J.L.: *How to do things with Words*, p 35]

⁸⁰⁶HABERMAS, J.: *Wahrheitstheorien in Wirklichkeit, und Reflexion, Festschrift für W. Schulz*, edición de H. Fahrenback, Pfullingen, 1973, p 218

⁸⁰⁷Según el estudio que realiza Habermas sobre este autor, obtiene un concepto de racionalización que opera en las estructuras de la conciencia, del que surge un modelo de *racionalidad del derecho* en el que lo que se da es la racionalidad estratégica de sujetos jurídicos, "que actúan de forma racional con arreglo a fines"... "en un ámbito de actuación

lenguaje acciones no racionales, lo significativo es que puede valorarse positiva o negativamente. Habermas considera que la irracionalidad no es más que un modo de racionalidad, quizá un déficit de racionalidad⁸⁰⁸, perfectamente encajable en el *Lebenswelt*, mundo de la vida o universo de la actividad social cotidiana⁸⁰⁹. Lo racional tiene que ver con lo opinable, con lo enunciable, con lo que puede decirse con proposiciones y, desde luego, "tiene menos que ver con el conocimiento (...) que con la forma en que los sujetos capaces de lenguaje y de acción hacen uso del conocimiento"⁸¹⁰.

La cuestión es que los enjuiciamientos más que verdaderos lo que pretenden es ser *eficaces*; es decir, que promuevan aceptación o crítica, y *objetivos*, es decir transubjetivos o válidos para todos; "que tengan para el destinatario el mismo significado que para el sujeto agente"⁸¹¹. Tendrían que darse, pues, dos tipos de *racionalidades* una cognitivo instrumental o de posibilidad de la comunicación y otra comunicativa o de progresión de la comunicación⁸¹². (Esto constituye)⁸¹³ el

jurídicos, "que actúan de forma racional con arreglo a fines"... "en un ámbito de actuación éticamente neutralizado"[HABERMAS,J.: Aspects of the Rationality of Action", en Gerats, Th.F. (ed.) *Rationality To-day*, Ottawa, 197, p 191]

V. también para este tema, HABERMAS,J.: *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona, 1985; HABERMAS,J.: "La unidad de la razón en la multiplicidad de sus voces", en J. Habermas, *Pensamiento postmetafísico*, Taurus, Madrid, 1990

⁸⁰⁸Tal como hemos mantenido en otros lugares (N. del A.)

⁸⁰⁹GIDDENS,A.: *Ibidem*, p 162

⁸¹⁰HABERMAS,J.: *Teoría de la acción comunicativa (Theorie des kommunikativen Handelns*, trad. de M. Jiménez), Vol. I, Taurus, Madrid, 1987, p 24

⁸¹¹*Ibidem*, p 26

⁸¹²*Ibidem*, p 27

⁸¹³Entre paréntesis, nuestro.

entendimiento comunicativo o "capacidad de generar consenso que tiene un habla argumentativa en que diversos participantes superan la subjetividad inicial de sus respectivos puntos de vista y, merced a una comunidad de convicciones racionalmente motivada"⁸¹⁴, se aseguran a la vez de la unidad del mundo objetivo y de la intersubjetividad del contexto en que se desarrollan sus vidas"⁸¹⁵. Esta perspectiva un tanto utópica estaría "arraigada en las propias condiciones de la socialización comunicativa de los individuos"⁸¹⁶, en que la intersubjetividad estaría basada "en el entendimiento mutuo y en el libre reconocimiento de la libertad". Una tesis que podría abocar a un universalismo moral⁸¹⁷ toda vez que "tiene como fin integrar el universalismo de las nociones éticas de autodeterminación racional (por ejemplo el imperativo categórico de Kant) con el particularismo de las nociones psicológicas de autorrealización"⁸¹⁸.

⁸¹⁴Según esto el razonamiento jurídico que, de suyo, ha de estar motivado; es decir, dar cuenta de pruebas y normas a aplicar al caso, contaría con una doble motivación, y ello por estar sustentado en un discurso racional al que también se le exige. Una doble motivación desde luego presente en el modelo jurídico de Alexy (N. del A.)

⁸¹⁵HABERMAS, J.: *Ibidem*

V. También para este tema [Cfr. notas de Habermas] CARR, D.: "The Logic of Knowing and Ability" in *Mind*, 88, 1979; CAVELL, St.: *The Claim of Reason*, Oxford, 1979; POLE, D.: *Conditions of Rational Inquiry*, Londres, 1971; RYLE, G.: *The Concept of Mind*, Londres, 1949

⁸¹⁶MACCARTHY, TH.: "Epílogo a la edición castellana: La Teoría de la Acción Comunicativa", en *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas (The Critical Theory of Jürgen Habermas)*, trad. M. Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1987, p 460 [Alude Maccarthy a que esta tesis procedería de la noción de Mead de discurso universal]

⁸¹⁷*Ibidem*, p 461 (nota 11)

⁸¹⁸*Ibidem* [La crítica de universalismo moral carecería de sentido, según Maccarthy, toda vez que el individuo no se despersonaliza en lo universal, sino que manteniendo la capacidad de disenso, lo que si acepta es que hay "áreas de vida en común sujetas a normas sociales vinculantes, resultado de un acuerdo obtenido en una comunicación libre de dominio".

Siguiendo a Max Black⁸¹⁹, para que una acción pueda ser considerada como racional y discutible, ha de cumplir estas cinco condiciones: (1) Sólo las acciones que caigan bajo el control actual o potencial del agente son susceptibles de un enjuiciamiento crítico... (2) Las dirigidas a la consecución de un determinado propósito. (3) El enjuiciamiento crítico es relativo al agente y a su elección del fin. (4) Los juicios sobre razonabilidad o no razonabilidad sólo vienen al caso cuando se dispone de un conocimiento parcial sobre la accesibilidad y eficacia de los medios. (5) El enjuiciamiento crítico siempre puede respaldarse con razones.

Habermas distingue entre *racionalidad instrumental* de carácter técnico-empírico; *racionalidad estratégica* de carácter especulativo entre las propias opciones y las de otros interlocutores y *racionalidad normativa* o "de solución racional de tareas prácticas en el marco de una moral regida por principios"⁸²⁰. Es esta última la que subyace en el modelo argumentativo, equidistante entre las normas y las razones.

Estas razones, tienen el carácter de acciones plenas de sentido e inteligibles - como se verá en el capítulo 18- en su contexto y, si se trata de "acciones reguladas por normas (...) tienen el carácter de manifestaciones provistas de sentido (...) van vinculadas a una pretensión de validez susceptible de crítica"⁸²¹. La diferencia, en todo caso, es que en lugar de hacer referencia a hechos o datos, lo hacen a normas, y si esta crítica a las normas lo es doblemente a su validez y a su aplicabilidad, estaríamos aquí ante un caso de justificación externa⁸²².

⁸¹⁹Al que recurre Habermas [BLACK, M.: "Reasonableness", en DEARDEN, R.F., HIRST, D.H., PETERS, R.S., (editores), *Reason*, II, Londres, 1972]

⁸²⁰HABERMAS, J.: "Aspects of the Rationality of Action", p 192

⁸²¹HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa*, p 34

⁸²²ALEXI, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 222; MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, p 144; MACCORMICK, N.: "Coherence in Legal Justifications", en *Weinbergwr-Festschrift*, 1984, pp 37-53 [la "razonabilidad" en el ámbito

Ahora bien, lo que en otros modelos pudieran ser hechos o enunciados científicos, cuando se trata de razones, hay que apelar a la naturaleza de las mismas como requisitos de validez. "Cuando (los requisitos de validez) se hacen explícitos, y cuando su fundamentación se valora puramente en términos de hasta qué punto pueden ofrecerse buenas razones para ellos (en lugar de la coacción o la fuerza), existe entonces lo que Habermas denomina un proceso de "argumentación". La argumentación, según él, es "un tribunal de apelación" de la racionalidad que está inherente en la comunicación cotidiana: hace posible la continuidad de la acción comunicativa cuando surgen las disputas, sin recurrir a la coacción. De aquí se desprende que la noción de racionalidad comunicativa puede explicarse mejor examinando las propiedades generales de la argumentación"⁸²³.

En la argumentación pueden diferenciarse tres aspectos⁸²⁴. Entendida como *proceso*, "se trata de una forma de comunicación infrecuente y rara"⁸²⁵ por tener que dar cuenta de condiciones ideales implícitas en lo que Habermas llama *situación ideal de habla*. Entendida como *procedimiento* o "forma de interacción sometida a una regulación especial"⁸²⁶. Y como *producto*, en tanto su finalidad de producir argumentos convincentes y válidos. Estos argumentos "son los medios con cuya ayuda puede obtenerse un reconocimiento intersubjetivo para la pretensión de validez que el proponente plantea por de pronto de forma hipotética, y con los que, por tanto, una opinión puede transformarse en saber"⁸²⁷.

jurídico la trata Maccormick como un problema de calificación, de interpretación y de carga de la prueba, interrelacionados entre sí]

⁸²³GIDDENS,A.: "Razón sin revolución?...", pp 159 y 160

⁸²⁴HABERMAS,J.: *Ibidem*, p 46

⁸²⁵*Ibidem*

⁸²⁶*Ibidem*

⁸²⁷*Ibidem*, p 47

Como apoyo a esta propuesta de argumentación Habermas utiliza el planteamiento de Toulmin de articulación del proceso por niveles de complejidad, que hemos desarrollado en el capítulo 14.3⁸²⁸, así como el de Klein⁸²⁹, si bien convenientemente modificados. Así, aborda la lógica de la argumentación como un fenómeno o proceso de "coacción sin coacciones que caracteriza al mejor argumento"⁸³⁰ y que pretende conciliar, lo válido, lo pragmático y lo que pueda ser aceptado universalmente por los sujetos presentes y posibles.

16.4 CRÍTICA

En la noción de comunicación como voluntad de interlocución activa intenta Habermas encontrar la respuesta no ya a la corrección discursiva y al acuerdo como fórmula de convivencia, sino a verdades o realidades no discursivas y la explicación de una comprensión plural del mundo y lo mundano⁸³¹.

Bien es verdad que tal noción no queda cerrada, sino más bien abierta a diferentes presentaciones que, en el caso de la argumentación práctica, pueden aparecerse como niveles diferentes. Entendemos que se puede hablar de acción comunicativa como voluntad (de las partes); acción comunicativa como realidad (del discurso); acción comunicativa como demanda de contexto de interlocución (al que

⁸²⁸Cfr. Capítulo 14.3; TOULMIN, S.E.: *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958; TOULMIN, S.E.: *Human Understanding*, Princeton, 1972; TOULMIN, S.E.: "Lógica y vida" en *El puesto de la razón en la ética (An examination of the Place of Reason in Ethics)*, Cambridge, 1950, trad. de J.F. Ariza), Alianza Editorial, Madrid, 1979, pp 85-135; TOULMIN-RIEKE-JANIK.: *An Introduction to Reasoning*, MacMillan, New York, 1984.

⁸²⁹KLEIN, W.: "Argumentation und Argument", en *Z.F. Litwiss. u. Ling.* fasc. 38-39, 1980

⁸³⁰HABERMAS, J.: *Ibidem*, p 51

⁸³¹*Ibidem*

las partes tienden); acción comunicativa como creencia en la comunicación (condición de participación de las partes) y, en fin, acción comunicativa como único marco de expresión de juicios prácticos (condición y fin de la argumentación).

En cuanto a su alcance, la acción comunicativa debe superar dos *umbrales*, el de la pretensión humana de hacerse entender en claves de comprensión de interlocución *local* o coyuntural y el de la pretensión *universal*, abstracta o supracoyuntural, que le dé la credibilidad definitiva. La cuestión es si una ordenación *reglada* de esta comunicación puede hacerla más actual y menos universal en virtud del déficit de capacidad de las propias reglas ó del déficit de aplicación que consiguen los participantes. Robert Alexy reconoce que quizá no estén formuladas todas las reglas necesarias, que puede que sean excesivas; o incluso no sean más que la dirección en que apunta un planteamiento futuro posiblemente más atinado⁸³².

⁸³²ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 46

CAPÍTULO 17

La acción comunicativa se apoya en un uso racional del lenguaje

- 17.1 UN DISCURSO RACIONAL DE INSPIRACIÓN KANTIANA
- 17.2 LA DIFERENCIA ENTRE ACCIÓN Y DISCURSO (HABERMAS)
- 17.3 MODELO DIALÉCTICO DE DISCURSO RACIONAL
- 17.4 EL PRINCIPIO DE RAZÓN
- 17.5 CRÍTICA

Además de la ocasión y la voluntad, condiciones de la posibilidad de la acción comunicativa en un auditorio cualquiera, es necesario un instrumento de intervención adecuado y éste no es otro que la razón; la razón en este caso aplicada al mejor fin de la comunicabilidad; es decir, la ineludible necesidad de llevar a cabo un uso racional del lenguaje.

17.1 UN DISCURSO RACIONAL DE INSPIRACIÓN KANTIANA

La ética formalista imprime toda la concepción argumentativa de Alexy, hasta el punto de que el propio modelo de derecho en que ésta se inscribe es conceptualmente solidario de la ética⁸³³ y metodológicamente deudor de la razón práctica⁸³⁴.

⁸³³ALEXY,R.: "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral" (trad. de P. Larrañaga), en *Ratio Juris*, V.2, N°2, 1989, pp 167-183; ALEXY,R.: "Idée et structure d'un système du droit rationnel" en *Archives de Philosophie du Droit*, n° 33, 1988, pp 22 y ss

⁸³⁴ALEXY,R.: "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", incluido en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, 1994, pp 131 a 157

El discurso racional así concebido ha de reunir una serie de condiciones o, si se quiere, cumplir con una serie de reglas que atienden las unas a la estructura de los argumentos y las otras al procedimiento. Las primeras, las que se ocupan de la conformación de los argumentos, tienen un carácter dialógico, aunque lo monológico también esté recogido en ellas, y regulan cuestiones como la necesidad de la universalidad; la no contradicción; la claridad lingüístico-conceptual; la verdad de las premisas; la capacidad deductiva de los argumentos; las ponderaciones; las consecuencias derivadas; el intercambio de roles y la génesis orgánica de las convicciones morales⁸³⁵. Las segundas, que pretenden la imparcialidad de la argumentación y reforzar su carácter eminentemente universalista, son esencialmente no-monológicas y afirman que en el ámbito argumentativo: "Todo hablante puede participar en el discurso"; "Todos pueden cuestionar cualquier aserción" y, "Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso"; "Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades" y, en fin que: "A ningún hablante puede ser impedido a través de una coacción dentro o fuera del discurso ejercer los derechos establecidos que le corresponden, según las reglas antes mencionadas"⁸³⁶.

Las objeciones más contundentes a una racionalidad del discurso así entendida se concentran en torno a las manifestadas por Weinberger sobre la cuestión de la corrección, que en ningún modo debería ser el resultado de un proceso discursivo, sino de que puedan aducirse en su favor *buenas razones*⁸³⁷. Más

⁸³⁵*Ibidem*, p 137; ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 186

⁸³⁶ALEXY,R.: "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", p 60; ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 189; ALEXY,R.: "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", pp 137 y 138

⁸³⁷WEINBERGER,O.: "Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation", en *Metatheorie juristischer Argumentation* (ed. de R. Alexy), Duncker-Humblot, Berlín, 1983, p 191

concretamente, le achaca que la "lógica y la empirie estén sustituidas por (un concepto de) consenso"⁸³⁸.

En otro sentido se critica la pretensión de que la fundamentación racional esté "vinculada necesariamente con el discurso racional"⁸³⁹, pudiéndose dar perfectamente una fundamentación de carácter no comunicativo, posiblemente en el ámbito monológico, según sugiere E. Tugendhat⁸⁴⁰. Aquí estaríamos ante una concepción comunicativa que pretende la defensa de intereses prioritariamente. O bien, como sugiere Alexy, con Habermas, la necesidad de esa estructura comunicativa de la fundamentación práctica que concilie "un equilibrio de intereses justo y por lo tanto correcto" con "la exigencia de tomar en serio al otro como individuo", dentro del ámbito de una argumentación en que la defensa de intereses pasa por la igualdad de oportunidades a la hora de expresar las opiniones⁸⁴¹.

Un paso más en la defensa de la fundamentación de estas reglas, sobre la base de ese derecho de participación, que superara la presunta racionalidad "teórica" del discurso, que equiparara universalidad de contenido y validez universal, la resume el autor cuando asume que "mi tesis afirma que la validez universal de las reglas del discurso puede ser fundamentada con un argumento constituido por tres partes"⁸⁴²:

⁸³⁸ALEXY,R.: "Respuesta a algunos críticos" en *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989, p 293; WEINBERGER,O.: *Ibidem*, pp 195 y ss

⁸³⁹TUGENDHAT,E.: "Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen in modernen Recht", *A.R.S.P.*, Nueva serie, Cuaderno 14, 1980, pp 2 y ss

⁸⁴⁰*Ibidem*, pp 6 y ss

⁸⁴¹ALEXY,R.: "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", p 141

⁸⁴²*Ibidem*, p 143

1.- una versión muy débil de un argumento pragmático-trascendental; 2.- Complementariamente, un argumento que se dirige a la maximización individual de utilidades, y 3.- Una premisa empírica como presupuesto o condición.

El argumento pragmático trascendental resume la condición trascendente del discurso ético kantiano y la exigencia inexcusable de los usuarios de una pragmática o uso común de un lenguaje racional, al modo como lo entienden Habermas o Apel. Y fundamenta el carácter universalista de las reglas del discurso⁸⁴³. La aparente contradicción utilitarista y contractualista que supone la segunda parte, la resuelve Alexy planteando que, en el fondo opera en un sentido corrector para el derecho, pues refuerza la tesis de que aquellos que esperan sacar ventajas partidistas en argumentaciones basadas en intereses o grados de poder, sólo habrán de mantenerlo a la larga convenciendo al resto de la bondad de tal acuerdo⁸⁴⁴. La premisa o tesis empírica opera en el sentido de que el interés por la corrección de los argumentos y del propio sistema es anhelado siempre por la mayoría; lo que supone *de facto* que prevalece el interés de las minorías en justificar los argumentos, antes que imponer sus criterios⁸⁴⁵.

⁸⁴³ *Ibidem*

Kant, no obstante, diferencia entre *el principium diudicationis* y *el principio executionis* (N. del A.)

⁸⁴⁴ Pese a la explicación del autor, esta posición introduce un déficit de racionalidad y de moralidad al sistema en general (N. del A.)

⁸⁴⁵ La máxima expresión sería la invocación del argumento de la *injusticia legal* (N. del A.)

En resumen, podemos afirmar que esta procedencia le da un carácter más universal a la argumentación del autor, un mayor campo de aplicación y, probablemente, un menor rango de utilidad.

17.2 LA DIFERENCIA ENTRE ACCIÓN Y DISCURSO (HABERMAS)

Estos dos conceptos delimitan lo que pudiera entenderse, salvando las distancias, qué es un modo de estar y un modo de actuar. Diferencia esencial para entender que toda argumentación supone un modo activo y que, de entrada, parece que debería cumplir con condiciones especiales. Una acción que puede tener diferentes fines, pero que en lo que aquí nos concierne es, en cualquier caso, una acción *regulada por normas* que recoge la voluntad de dos o más actores de comunicarse aceptando valores comunes⁸⁴⁶. Pero efectuar una valoración, según entiende Habermas, trasciende los hechos y los objetos, supone nada menos que intentar comprender las razones desde el ámbito vital de los interlocutores. "La descripción de las razones exige *ipso facto* una valoración"⁸⁴⁷; "sólo así entramos en una experiencia comunicativa que (quien quiera conseguirla⁸⁴⁸) debe adoptar una actitud realizadora y participar, aunque sólo sea virtualmente, en el proceso original intentando conseguir la comprensión"⁸⁴⁹. Según esto, Habermas asume que un

⁸⁴⁶HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa*, p 123

⁸⁴⁷*Ibidem*

⁸⁴⁸Entre paréntesis, nuestro (N. del A.)

⁸⁴⁹*Ibidem*

intérprete no podría comprender las razones simbólicas sin tomar partido por ellas, "sin reaccionar ante el requisito de validez surgido⁸⁵⁰, sin implicar su juicio de validez de los requisitos". Para Habermas los requisitos de validez normativos de verdad, son susceptibles de admitir un consenso que esté racionalmente motivado⁸⁵¹.

La diferenciación entre acción y discurso será clave para entender la estructura de la argumentación de Alexy. Ambos tienen su campo, pues cuando se entra en un debate, incluso técnico-jurídico, se da por supuesto un cúmulo de acciones, en tanto que son juegos del lenguaje al modo como los describía Wittgenstein, en las que se dan por supuestas las condiciones de validez⁸⁵²; es decir, éstas no son objeto de cuestión. Por el contrario, los discursos son cuestionados y, por tanto, han de ser justificados⁸⁵³. Ahora bien en los discursos no hay que buscar la obtención de informaciones porque no es esta su misión; "los discursos están descargados de acciones y libres de experiencias"⁸⁵⁴. En el discurso "no se produce

⁸⁵⁰MACCARTHY, T.: "Reflexiones sobre la racionalización de la Teoría de la Acción Comunicativa", en *Habermas y la modernidad (Habermas and Modernity)*, trad. cast. de F. Rodríguez Marín, Cátedra, Madrid, 1988, p 291

⁸⁵¹*Ibidem*, p 293

⁸⁵²V. para este tema, AUSTIN, J.L.: "Truth", in *Philosophical papers*, London/Oxford/New York, 1970, pp 117-133; FOUCAULT, M.: *L'ordre du discours*, 1971 (trad. cast. *El orden del discurso*, 1974); TARSKI, A.: *The Semantic Conception of Truth and the Foundation of Semantics*, en "Philosophy and Phenomenological Research" 4, 1943-44, pp 341-375; WHITE, A.R.: *Truth*, London/Basingstoke, 1970

⁸⁵³HABERMAS, J.: *Wahrheitstheorien en Wirklichkeit, und Reflexion, Festschrift für W. Schulz*, edición de H. Fahrenback, Pfullingen, 1973, pp 218; ALAEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 114

⁸⁵⁴HABERMAS, J.: *Erkenntnis und Interesse. Mit einen neuen Nachwort*, Frankfurt a. M., 1973 [Trad. cast. de F. Ivas y M. Jiménez, *Conocimiento e interés*, Taurus, Madrid, 1986], p 386; ALEXY, R.: *Ibidem*, p 115

nada salvo argumentos"⁸⁵⁵. La cuestión es si en las cuestiones más obvias, cuando se trata de proposiciones sobre observaciones, sigue existiendo esa diferenciación entre acción y discurso. Alexy recurre a Popper para recordar que incluso los enunciados más básicos no se libran de una posible comprobación discursiva, ya que "pueden ser atacados y su aceptación se basa también en un acuerdo"⁸⁵⁶. Con más motivo se dará en las proposiciones más complejas. Pero, lo más relevante de cara a una teoría de la argumentación, es que de esta diferenciación entre acción y discurso surge el concepto de "*hecho*, como resultado de una proposición que puede ser fundada discursivamente"⁸⁵⁷. El elemento sobre el que circulan las proposiciones y, por extensión, las argumentaciones.

17.3 MODELO DIALÉCTICO DE DISCURSO RACIONAL

Si los actos de habla constituyen las "células" del tejido discursivo y se explicitan en una acción que llamamos comunicativa, no es sino en la dialéctica donde se reconoce una presencia como tal de la argumentación.

Chaim Perelman es uno de los autores que más ha profundizado en la naturaleza dialéctica de la argumentación⁸⁵⁸, en su compleja metodología⁸⁵⁹, así como en el análisis de sus elementos⁸⁶⁰.

⁸⁵⁵HABERMAS,J.: *Ibidem*, p 398

⁸⁵⁶ALEXY,R.: *Ibidem*

⁸⁵⁷*Ibidem*, p 116

⁸⁵⁸PERELMAN,Ch.: *La Lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. de Díez Picazo. Título original: *Logique juridique-nouvelle rhetorique*, Dalloz, París, 1976), Civitas, Madrid,

La naturaleza de la argumentación es, desde luego, lógica como no podía ser menos si se inspira en los estudios lógico-formales de Gottlob Frege. En este caso Perelman considera que los términos valorativos como lo bueno o lo justo pueden ser analizados con estos parámetros⁸⁶¹. Dotar de racionalidad al razonamiento del ámbito de las valoraciones será el objetivo de Perelman; conseguir una argumentación lógica, no psicológica en la que se distingan perfectamente una parte *analítica*, que trata de las estructuras de los argumentos y una parte *normativa*, que trata del valor de los argumentos⁸⁶². Ahora bien, toda vez que el método consiste en persuadir y el resultado en convencer, parece difícil desprenderse de esas connotaciones psicológicas,⁸⁶³ cuestión que, según Alexy, restaría aplicabilidad a esta propuesta.

Como quiera que de lo que se trata es de convencer a un *auditorio*⁸⁶⁴, conseguir la adhesión del mismo a las propuestas del orador, parece que habría que influir en él con estrategias, más que lógicas, psicosociológicas. Ahora bien, de lo

1979; ATIENZA, M.: Recensión de la "Lógica jurídica y la nueva retórica" de Ch. Perelman, *Sistema*, nº 34, Madrid, 1980, pp 142-151

⁸⁵⁹PERELMAN, CH.: "The Dialectical Method and the Part played by Interlocutor in dialogue", en *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, London, New York, 1963, pp 161-167

⁸⁶⁰PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: "Act and Person in Argument" en *Ethics* 61 (1950/51), pp 251-269

⁸⁶¹PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (título original, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, trad. cast. de J. Sevilla Muñoz), Gredos, Madrid, 1989, p 12

⁸⁶²*Ibidem*, pp 613 y ss

⁸⁶³*Ibidem*, p 13; ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 158

⁸⁶⁴El concepto de auditorio Universal de Perelman se desarrolla en el capítulo 22 (N. del A.)

que habla Perelman es de una "adaptación du discours à l'auditoire"⁸⁶⁵, con lo que más acaba pareciéndose a una coimplicación o influencia mutua entre emisor y auditor.

La racionalidad de la argumentación se manifiesta como algo más problemático de lo que sugiere este autor, si bien ha desarrollado toda una tipología de argumentos y de técnicas argumentativas que, en buena medida pudieran dar cuenta de esta problemática⁸⁶⁶. Para el punto que tratamos es especialmente relevante la diferenciación que efectúa entre *argumentos basados en la estructura de lo real*⁸⁶⁷, que tratan de conectar aquéllos socialmente admitidos con otros que se incorporan, y del que es el paradigma el *argumento pragmático*⁸⁶⁸, y *argumentos que fundan la*

⁸⁶⁵PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: *Ibidem*, p 31

⁸⁶⁶"M. Perelman has reached, by an independent route, conclusions similar to those of contemporary English philosophers who have also been critical of both the rationalism and the empiricism of the past. Many English readers therefore will certainly be now disposed to agree with M. Perelman's dictum that reasoning is infinitely more varied than anything to be found in the manual of logic or scientific methodology but they cannot fail to be instructed by the range of novel and important considerations which M. Perelman urges in its support" [HART, H.L.A.: "Introduction" en Ch. Perelman *The Idea of Justice and Problem of Argument*, Routledge & Kegan Paul (eds.), London and Henly, 1977, p XI]

⁸⁶⁷PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: *Ibidem*, pp 400 y ss

El argumento pragmático tiene una gran relevancia en la argumentación de Alexy. Para una valoración de este argumento, según la interpretación constitucional en nuestro país, V. EZQUIAGA GANUZAS, F.J.: *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., p 277

⁸⁶⁸Es el argumento consecuencialista por excelencia, presente en el sistema de Alexy que como hemos visto remite a la pragmática trascendental o pragmática universal buena parte de la fundación de las reglas de su modelo. Igual ocurriría con el modelo de Maccormick, en este caso, "precedentista" y consecuencialista (N. del A.)

PERELMAN, CH.: "Pragmatic Arguments", en *The Idea of Justice and Problem of Argument*, Routledge & Kegan Paul (eds.), London and Henly, 1977. "The pragmatic argument may be based on a generally recognised causal relation, which may or may not be verifiable; or it may be based on a relation which is known only to a single person, who is prepared to give a justification of this working" (p 198). " The pragmatic argument is not

estructura de lo real, cuyo paradigma en el ámbito jurídico es la analogía⁸⁶⁹ en cualquiera de sus variantes⁸⁷⁰.

En Maccormick también se aprecia ese modelo dialéctico dentro de un discurso racional integrador.

17.4 EL PRINCIPIO DE RAZÓN

La argumentación práctica tiene por su naturaleza dos dimensiones, moral una y racional otra. La filosofía de la Escuela de Erlangen planteaba que la primera estaba sustentada en el principio de moral y la segunda en el principio de razón. Tanto P. Lorenzen en sus primeros trabajos de fundamentación lógica⁸⁷¹ y metodológica⁸⁷² de la ética, como O. Schwemmer en la indagación de la estructura

limited to the transference of a given value from an effect to another event which is taken to be its cause" (p 199)

Pero lo que conecta este argumento o grupo de argumentos con la teoría de Alexy es la dimensión de moralidad que supone: "The pragmatic argument (according to Scheler in *Der formalismus in der Ethic und die Wertethik* -n. del a.-) is limited by its very nature to the assessment of what is socially useful or harmful; it is far from yielding us an appreciation of true morality" (*Ibidem*, p 207)

⁸⁶⁹EZQUIAGA GANUZAS, F.J.: *Ibidem*, pp 55 y ss

⁸⁷⁰PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: *Ibidem*, pp 410 y ss; V. también ATIENZA, M.: *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986

⁸⁷¹LORENZEN, P.: *Normative Logic and Ethics*, Mannheim/Zürich, 1969

⁸⁷²LORENZEN, P.: *Pensamiento metódico (Methodisches Denken)*, trad. de E. Garzón Valdés), Sur, Buenos Aires, 1973

de la filosofía práctica⁸⁷³, analizan dicha naturaleza. Y, desde luego, se analiza en la obra “de madurez” de ambos, confluyente en una síntesis analítico constructiva del lenguaje de la ética que persigue no sólo la claridad sino también la precisión de su discurso⁸⁷⁴.

La ética constructivista presupone que hay reglas bien delimitadas sobre cómo se deben emitir los enunciados sobre el deber ser o los comportamientos, y que estas reglas en muchos casos deben reconstruirse, sospechando, e incluso desechando muchas de las ya establecidas por no resistir un supuesto *test* de coherencia lógica⁸⁷⁵. Una metodología segura para el discurso práctico pasaría por aplicar una hermenéutica y construir una filosofía analítica en la que cada afirmación, exigencia o norma que planteemos esté fundamentada⁸⁷⁶ y cumpla, en definitiva, los postulados del programa del método constructivista.

La correcta *comunicación racional* precisa, en primer lugar, de un mínimo vocabulario que nos permita “argumentar a favor o en contra de la aceptación de normas”⁸⁷⁷, construido a partir del lenguaje ordinario sometido a ciertas reglas de interacción recíproca rigurosa; una suerte de “ortolenguaje”, lenguaje básico o pragmático⁸⁷⁸ del que Alexy, aún reconociendo excesiva e incluso innecesaria esta

⁸⁷³SCHWEMMER, O.: *Philosophie der Praxis*, Frankfurt a. Main, 1971

⁸⁷⁴SCHWEMMER, O. y LORENZEN, P.: *Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie*, Mannheim/Wien/Zürich, 1973

⁸⁷⁵LORENZEN, P.: *Pensamiento metódico*, pp 28 y ss

⁸⁷⁶ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 144

⁸⁷⁷LORENZEN, P.: *Normative Logic and Ethics*, pp 75 y 76

⁸⁷⁸SCHWEMMER, O. y LORENZEN, P.: *Konstruktive Logik...*, pp 18 y ss

pretensión, toma la regla siguiente: “Cualquier hablante debe poder en cualquier momento entrar en un discurso analítico-lingüístico”⁸⁷⁹, que tiene cumplida respuesta desde la propia filosofía analítica.

La segunda condición es la de seriedad y sinceridad en el discurso, que se traduce en la obligación de aceptar lo que se propone que acepten los demás en un enunciado. Es una regla de reciprocidad que Alexy reformula desde los postulados de Lorenzen y Schwemmer⁸⁸⁰, que estarían comprendidos también en el marco de una pragmática universal.

La tercera condición “de razón” del discurso es que los enunciados sean para todos, para cualquiera y en general; es decir, para los que son, para los que están, y para los posibles. Si hablamos de discurso práctico, cuyos enunciados pueden ser normas, se traduciría en lo que Schwemmer llama “principio de razón práctica”; una especie de construcción equidistante entre el principio de universalidad de Hare y de generalización de Habermas, por un lado y el principio del prescriptivismo, por otro. En definitiva, la aceptación no sólo de enunciados, sino de normas.

Ahora bien, teniendo en cuenta que este principio, al que Alexy reconoce debilidades, Schwemmer considera que hay que añadirle la exigencia de un *principio moral* que nos diga qué normas hay que aplicar.

⁸⁷⁹ALEXY,R.: *Ibidem*, p 148

⁸⁸⁰SCHWEMMER,O. y LORENZEN,P.: *Ibidem*, pp 115 y ss

De aquí procede, entre otras fuentes, la aparente pureza de una argumentación como la de Alexy, y su alejamiento de la estrategia que aparentemente requieren los conflictos reales.

17.5 CRÍTICA

Por acción comunicativa puede entenderse no sólo el papel activo del discurso sino el mantenimiento de una actitud comunicante, lo que podríamos llamar expectativa de comunicación.

La pregunta es, si en algún caso, como dice Apel⁸⁸¹, son posibles momentos de desconexión en la comunicación o esto es más bien imposible. En este sentido habría que diferenciar entre una interferencia en la comunicación, que implica desde luego una actitud activa, y de abandono de la comunicación que, en caso de ser posible, aísla al sujeto no sólo del discurso sino de la propia realidad⁸⁸².

La acción comunicativa, como elemento racional de interacción con los otros no sólo deberá apoyarse en un uso racional del lenguaje, sino que en el caso de cualquier razonamiento en tanto que construcción ordenada de un pensamiento a

⁸⁸¹ APEL, K.O.: *Teoría de la verdad y ética del discurso* (trad., de N. Smilg), Paidós, Barcelona, 1991, pp 35 y ss; APEL, K.O.: "El problema de la fundamentación última filosófica a la luz de una pragmática trascendental del lenguaje (Ensayo de una metacrítica del racionalismo crítico)", *Dianoia*, 21, 1975, p 155

⁸⁸² *Ibidem*, pp 157 y ss

través de conceptos⁸⁸³, sólo se ejercita *en y por medio* de expresiones racionales. Expresiones que conforman eso que llamamos *discurso racional*, que no alcanzará a cuestiones de comportamiento, del *deber ser*, sino cuando abordamos ese nivel y nos sometemos a sus reglas propias.

Como complemento a las variantes dubitables que proponíamos en el capítulo anterior, se nos puede plantear este concepto desde una triple vertiente. La acción comunicativa *necesita* un uso racional del lenguaje. La acción comunicativa *supone* un uso racional del lenguaje. Y, por último, la acción comunicativa *no puede existir* sin un uso racional del lenguaje.

⁸⁸³TOULMIN-RIEKE-JANIK.: *An Introduction to Reasoning*, MacMillan, New York, 1985, pp 30 y ss; PERELMAN,CH.: "The Dialectical Method and the Part played by Interlocutor in dialogue", en *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, London, New York, 1963, pp 161-67

CAPÍTULO 18

Intencionalidad, inteligibilidad y veracidad son condiciones inexcusables de un uso racional del lenguaje.

18.1 RAÍCES DE ESTOS CONCEPTOS

18.2 TEORÍAS DE LA VERDAD

18.3 CRÍTICA

Entre las condiciones de comunicabilidad presentes en el pensamiento habermasiano⁸⁸⁴, la *intencionalidad* supone primero, estar dispuesto a tomar parte en el discurso, y segundo, respetar las condiciones de participación propias y ajenas. Es pues, una característica del sujeto⁸⁸⁵.

⁸⁸⁴HABERMAS,J.: "¿Qué significa pragmática universal?", en J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (trad. de M. Jiménez), Madrid, 1989

⁸⁸⁵HABERMAS,J.: "Intención, convención e interacción lingüística" en J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (trad. de M. Jiménez), Madrid, 1989 pp 265 y ss; HUSSERL,E.: *Investigaciones Lógicas*, (trad. esp. de M. García Morente y J. Gaos), 2 vols. , Madrid, 1967, pp 389 y ss

La *inteligibilidad* es una condición objetiva, ajena en principio al sujeto, que responde a la necesidad de que el discurso reúna los mínimos de claridad en cuanto a estructura, significado y sentido. Abunda en la idea universalista de todo discurso, bien esté planteado, o no, para auditorios más o menos restringidos.

El concepto de *veracidad* es equívoco en grado sumo, toda vez que la propia idea de verdad que proviene de las teorías consensuales⁸⁸⁶ no equivale en absoluto a la teoría de la verdad como correspondencia. En esencia, esta diferencia corresponde a la de una verdad obtenida por acuerdo de contenido, en el primer caso, y la obtenida por acuerdo en el procedimiento, en el segundo.

En cualquier caso, supone un tercer paso en el discurso al que debe conferir la pretensión de que los criterios presentes en la argumentación son mantenidos y defendidos sobre la base inexcusable de ser veraces.

18.1 RAÍCES DE ESTOS CONCEPTOS

Aunque procedan de diferentes autores, Alexy los incorpora desde la comprensión de la aceptación de la filosofía de Habermas. Esencialmente lo que plantea este autor es que en el lenguaje existen una serie de presupuestos que todos debemos asumir y que todos podemos identificar; una especie de *pragmática*

⁸⁸⁶HABERMAS, J.: *Wahrheitstheorien* (...) [versión cast. *Teorías de la verdad* en J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (trad. de M. Jiménez), Madrid, 1989, pp 115 y ss]

*universal*⁸⁸⁷ o código general. Bajo las condiciones de esta pragmática lo que intentamos es una validación o validez mutua de nuestras emisiones. Ahora bien, dependiendo del acto de habla a que aludamos tendríamos que referir esta pretensión de validez en los siguientes términos: *verdadero*⁸⁸⁸ cuando se trata de actos de habla constatativos (afirmar, negar, explicar, etc.); *correcto* en los regulativos (recomendaciones, consejos, etc.); o *veraz* en los representativos (descubrir, admitir, engañar, etc.). Es decir, la comunicación necesita el cumplimiento de categorías tales como la *inteligibilidad*, la *intencionalidad* o pretensión del hablante de comunicar un contenido verdadero y la *veracidad* o capacidad de infundir crédito a las emisiones. Complementariamente, si hablamos de normas, deberemos referirnos más propiamente a la *corrección* como criterio de concordancia con las mismas.

Se trata de una serie de conceptos coaligados y complejos. "El hablante tiene que elegir una expresión *inteligible* para que (a su vez)⁸⁸⁹ el hablante y el oyente puedan *entenderse entre sí*; el hablante tiene que tener la intención de comunicar un contenido proposicional *verdadero* para que el oyente pueda *compartir* el saber del hablante; el hablante tiene que querer manifestar sus intenciones *verazmente* para que el oyente pueda creer en sus emisiones (confianza); finalmente, el hablante tiene que elegir una emisión *correcta* en relación a las normas y valores vigentes para que el

⁸⁸⁷HABERMAS, J.: "Was heisst Universalpragmatik?", en *Rationality of Action*, en Gerats, Th.F. (ed.) *Rationality To Sprachpragmatik und Philosophie*, ed. de K.O. Apel, Frankfurt a.M, Ottawa, 197, pp 192 y ss] Main, 1976, p 174

⁸⁸⁸*Ibidem*, p 175

⁸⁸⁹Entre paréntesis nuestro

oyente pueda aceptar su emisión, de modo que hablante y oyente puedan *coincidir entre sí* en lo que se refiere al trasfondo normativo reconocido"⁸⁹⁰.

El origen de estos conceptos es complejo, pues atienden a aspectos lógicos, morales y, por supuesto, lingüísticos⁸⁹¹. En las *Investigaciones Lógicas* Husserl⁸⁹² habla de la *intención* como "la propiedad de referirse a algo en el modo de la representación o en cualquier modo análogo"- un concepto procedente de Brentano;- a la propiedad "de ser conciencia de algo" que se manifiesta y adquiere significado propio en cuestiones como el percibir, valorar, juzgar, etc., que se manifiesta en las *Ideas*⁸⁹³.

En cuanto al significado ético y en contraposición a las éticas materialistas y su pretensión de que en los juicios éticos el resultado de la acción moral es lo que determina, está la postura formalista y especialmente kantiana según la cual, en sentido estricto son morales sólo los actos que tienen una intención moral.

Al describir un comportamiento como acción intencional "adoptamos la perspectiva del agente mismo (...). Explicamos una acción intencional señalando

⁸⁹⁰*Ibidem*, p 176

⁸⁹¹HABERMAS,J.: "Intención, convención e interacción lingüística" en J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (trad. de M. Jiménez), Madrid, 1989, p 264.

⁸⁹²HUSSERL,E.: *Investigaciones Lógicas*, (trad. esp. de M. García Morente y J. Gaos), 2 vols. , Madrid, 1967

⁸⁹³HUSSERL,E.: *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía hermenéutica*, Fondo de Cultura Europeo, México, 1962, p 205 (donde se analiza la estructura de la conciencia intencional)

como motivo la vivencia intencional del agente (...). Ahora bien, las vivencias intencionales (intenciones, necesidades y sentimientos), no pueden identificarse con independencia de sus contenidos proposicionales⁸⁹⁴. En la medida que nos atenemos a la lógica de la explicación de la acción intencional, presuponemos que el agente domina un lenguaje intencional⁸⁹⁵. Cuando nos referimos a una acción *regulada por normas*, el concepto de acción intencional supone, de suyo, la referencia de los actos cognitivos, a la verdad como elemento dado. Así como en el saber teórico no precisamos de la intersubjetividad como marco de validez, cuando hablamos de razones o argumentos en el marco de valores o normas necesitamos presuponer que aceptamos un ámbito de validez reconocido. Así como "en el marco del concepto de intencionalidad la verdad no es entendida como una pretensión de validez que funda la intersubjetividad"⁸⁹⁶ (...) y "la pretensión de verdad puede ser reinterpretada en términos monológicos, de suerte que no quede en peligro el marco conceptual de espíritu subjetivo", (...) tenemos, en cambio, que un concepto de acción orientada a valores, plantea una segunda cuestión de validez; "presupone la validez normativa de valores y reglas de acción"⁸⁹⁷ de carácter subjetivo-dialógico.

La pretensión de veracidad se plantea en los actos de habla representativos⁸⁹⁸ que expresan intenciones y actitudes del hablante⁸⁹⁹; aunque en último término,

⁸⁹⁴HABERMAS,J.: *Ibidem*, p 267

⁸⁹⁵*Ibidem*, p 268

⁸⁹⁶*Ibidem*, p 271

⁸⁹⁷*Ibidem*

Habermas se remite al planteamiento de Parsons en el desarrollo de estos conceptos.

⁸⁹⁸HABERMAS,J.: *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social* (título original *Theorie und Praxis*, Frankfurt a. Main, 1972, trad. de S. Mas y C. Moya), Tecnos, Madrid, 1987, pp 24 y ss

parece difícil que pueda reconocerse en el discurso la presencia o ausencia de verdad, sino por la adecuación de los hechos⁹⁰⁰. "La pretensión de inteligibilidad es condición no objeto de la comunicación"⁹⁰¹ para Habermas. En cuanto la justificación de la pretensión de corrección o adecuación planteada en los actos de habla regulativos (...) sólo puede ser resuelta discursivamente. Con esto los juicios de valor y de deber se equiparan a los juicios empíricos en cuanto a su capacidad de verdad⁹⁰².

18.2 TEORÍAS DE LA VERDAD

Si en toda argumentación se suscita una pretensión de verdad, es cuestión de saber si los procedimientos que constituyen aquélla son capaces de garantizarla⁹⁰³. Ya se viene advirtiendo que las expresiones normativas parten tradicionalmente de un déficit de credibilidad en cuanto a sus objetivos de verdad, en relación a las proposiciones empíricas. Relacionar enunciados con hechos y extraer de ello conclusiones verdaderas es lo que hace la *teoría de la verdad como correspondencia*. A un juicio o proposición le cabe como verdadero lo que afirma si existen las cosas

⁸⁹⁹HABERMAS,J.: *Wahrheitstheorien*, p 228

⁹⁰⁰Salvo en éticas formalistas puras, como en el caso de la intencionalidad (N. del A.) Algo que, por otra parte, parece asumir Habermas en la teoría consensual.

⁹⁰¹ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación*, p 117; HABERMAS,J.: *Ibidem*, p 222

⁹⁰²ALEXY, R.: *Ibidem*; SEARLE,J.R.: *Actos de habla*, pp 24 y ss; AUSTIN,J.L.: "Truth", in *Philosophical papers*, London/Oxford/New York, 1970, pp 117 y ss;

⁹⁰³Cfr. WHITE,A.R.: *Truth*, London/Basingstoke, 1970

(o hechos) que expresa⁹⁰⁴. Habermas considera que las expresiones normativas pueden ser contrastadas como verdaderas aplicándoles la *teoría consensual de la verdad*⁹⁰⁵, de forma que "puedo atribuir a un objeto un predicado si también cualquier otro que pudiera entablar un diálogo conmigo, *atribuyera* al mismo objeto el mismo predicado"⁹⁰⁶. En la calificación de verdaderas o falsas habrá que tomar el enjuiciamiento de los otros, entendiendo por estos, todos con los que "yo pudiera entablar un diálogo (con lo que incluyo contrafácticamente a todos los interlocutores que yo podría encontrar si mi historia vital fuera coextensiva con la historia del género humano)"⁹⁰⁷. Es decir, un marco teórico de acuerdo en el tiempo y en el espacio con todos los interlocutores posibles.

Habermas plantea que no es tan obvio un concepto de verdad como concordancia entre enunciados y hechos; porque los hechos "no son algo en el mundo de la misma manera que los objetos"⁹⁰⁸. Pero esto es lo que deberían ser, en

⁹⁰⁴V. para este tema, AUSTIN, J.L.: "Truth", in *Philosophical papers*, London/Oxford/New York, 1970, pp 117-133; STRAWSON, P.F.: "Truth", en *Truth*, ed. de G. Pitscher, Englewood Cliffs, N.J., 1964, pp 32-53; TARSKI, A.: *The Semantic Conception of Truth and the Foundation of Semantics*, en "Philosophy and Phenomenological Research" 4, 1943-44, pp 341-375

⁹⁰⁵HABERMAS, J.: *Ibidem*, p 220

⁹⁰⁶*Ibidem*, p 219

⁹⁰⁷*Ibidem*; ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación* ..., p 111; HABERMAS, J.: *Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf J. Habermas*, en J. Habermas/N. Luhmann, *Theorie oder Gesellschaft der Sozialtechnologie*, Frankfurt a. M., 1972, p 241

⁹⁰⁸"¿Cómo se relacionan los hechos que afirmamos, con los objetos de nuestra experiencia? Strawson ha vuelto a sacar a relucir en su discusión con Austin la diferencia entre hechos y objetos de la experiencia o sucesos, tratados ya por Ramsey, y la ha sometido a una ulterior aclaración recurriendo a la diferencia entre descripción y denotación (o referencia). Aquello que justificadamente podemos afirmar lo llamamos un hecho. Un hecho es lo que hace verdadero a un enunciado; de ahí que digamos que los enunciados reflejan, describen, expresan, etc., hechos... en cambio los objetos de la experiencia son *aquello*

opinión de Habermas, si la teoría de la correspondencia pretendiera tener pleno sentido. En otro caso, dicha teoría quedaría limitada al campo lingüístico"⁹⁰⁹. Esto parece inconsecuente con que las proposiciones se tengan que regir por hechos y no los hechos por las proposiciones. La explicación pudiera ser que, de hecho, exista una especie de reciprocidad o coimplicación entre hechos y proposiciones⁹¹⁰: los hechos dependen del lenguaje, pero los enunciados a su vez dependen de los hechos en lo que se refiere a su valor de verdad. La teoría consensual de la verdad es la única que cumple estas condiciones, según Habermas.

Así, volviendo a la *teoría de los actos de habla* que es la que da soporte a la teoría consensual, tendríamos que "una proposición es verdadera si está justificada la pretensión de validez de los actos de habla con los que afirmamos cualquier proposición mediante el uso de enunciados"⁹¹¹; de ese modo, y en las pretensiones de verdad de una argumentación en la que se dan razonamientos sobre hechos a los que avalan o niegan, "la justificación de una aserción no debe depender, como se creía, de la verdad de la aserción, sino que la verdad de la aserción debe depender de la

*acerca de lo que hacemos afirmaciones o de lo que enunciamos algo: aquello que afirmamos de los objetos, es un hecho cuando tal afirmación está justificada...-Hechos son lo que las afirmaciones, cuando son verdaderas afirman; no son aquello sobre lo que las afirmaciones versan (...), STRAWSON,G.: Ibidem-. Con los objetos hago experiencias, los hechos los afirmo; no puedo experimentar hechos ni afirmar objetos. Y si los objetos de nuestra experiencia son algo en el mundo, entonces no podemos decir igualmente de los hechos que sean algo en el mundo, Así, pues, (a una teoría de la verdad como correspondencia le corresponde la idea de que): los enunciados verdaderos deben corresponder a hechos"[HABERMAS,J.: "Teorías de la verdad" en J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (trad. de M. Jiménez), Madrid, 1989, p 117]*

⁹⁰⁹ALEXI,R.: *Ibidem*, p 113

⁹¹⁰PATZIG,G.: "Sprache und Logik", en *Sprache und Logik*, Göttingen, 1970, pp 20 y ss; PATZIG,G.: Satz und Tatsache, en *Sprache und Logik*, p 47

⁹¹¹HABERMAS,J.: *Warheitstorien*, p 218; ALEXI,R.: *Ibidem*

justificación de la aserción". Con esto, según Habermas, se igualan las pretensiones de verdad de las proposiciones normativas de las no normativas⁹¹².

Una cuestión de tipo metodológico que se plantea y no queda clara es si existe una suficiente diferenciación entre los criterios de verdad y los criterios de "desempeño argumentativo de pretensiones de verdad"⁹¹³. Si, "la idea de verdad sólo puede desarrollarse por referencia al desempeño discursivo de pretensiones de validez"⁹¹⁴, entonces, según Thomas Maccarthy, "la *lógica de la verdad* de Habermas adopta la forma de una *lógica del discurso teórico*, esto es, de un examen de las condiciones (pragmáticas) de posibilidad de alcanzar un consenso racional mediante argumentación"⁹¹⁵.

Otra cuestión de tipo aplicativo, o quizá cabría decir *social*, es la que Albrecht Wellmer denomina "idealización normativa"⁹¹⁶ de Habermas, que viene derivada de su noción de racionalidad comunicativa y que traducida al mundo vital o, si se quiere a la forma de vida, supone que la acción comunicativa "en el caso ideal, se convertiría en el mecanismo exclusivo (...) de asegurar el consenso y considerar la divergencia. Ni que decir tiene que tal forma de vida no se hará nunca realidad"⁹¹⁷. Parece, no obstante, que para este autor es una forma de superación de la diversidad

⁹¹²ALEXY,R.: *Ibidem*

⁹¹³MACCARTHY,Th.: *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas*, p 351

⁹¹⁴HABERMAS,J.: *Ibidem*

⁹¹⁵MACCARTHY,Th.: *Ibidem*

⁹¹⁶WELLMER,A.: "Razón, utopía y dialéctica de la ilustración", p 104

⁹¹⁷*Ibidem*

inherente a los procesos de diferenciación de las sociedades modernas, para los que constituiría al menos un referente común.

18.3 CRÍTICA

Desde un punto de vista puramente competencial puede decirse que la intencionalidad es asimilable al sujeto emisor del mensaje discursivo; la inteligibilidad es el resultado intersubjetivo positivo de este mensaje, y la veracidad es el resultado objetivo pretendido. Son, pues, tres tiempos del razonamiento interdependientes en el orden descrito.

Aunque el autor no lo materialice así, entendemos que bajo estos conceptos de intencionalidad, inteligibilidad y veracidad, el discurso viene a manifestarse en tres dimensiones: quiere *ser*; *ser reconocido* (ser aceptado, en términos de discurso moral) y *mantenerse* (ser legitimado, en términos del discurso jurídico).

Del mismo modo entendemos que representan tres momentos diferentes del discurso: la intencionalidad es pasado, la inteligibilidad presente y la veracidad se resuelve en el futuro⁹¹⁸.

En el caso de la intencionalidad, dos temas no resueltos por Alexy, ni sus fuentes, serían los siguientes supuestos: a) ¿Hay contenidos de comunicación carentes

⁹¹⁸Aunque no corresponda aquí su desarrollo esta idea apunta a la importancia de una descomposición analítico temporal del discurso, para su más completo análisis. (N. del A.)

de intencionalidad?; b) ¿La inclusión de los intereses⁹¹⁹ como objeto del debate jurídico, anula las pretensiones de comunicabilidad de contenidos verdaderos?⁹²⁰ y, sobre todo, c) ¿Es compatible la legítima defensa de intereses jurídicos con la sinceridad intencional que se supone debe presidir la acción comunicativa?; ¿Qué ocurre con las defensas jurídicas estratégicas?⁹²¹; ¿Qué ocurre en el planteamiento extremo de la defensa mínima del sujeto y su derecho a no autoinculparse?.

⁹¹⁹Cfr. JHERING, R.: *Geist römischen Rechts aufden verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 5ª ed., parte 3ª, Leipzig, 1906

⁹²⁰Cfr. HABERMAS, J.: *Erkenntnis und Interesse. Mit einen neuen Nachwort*, Frankfurt a. M., 1973 [Trad. cast. de F. Ivas y M. Jiménez, *Conocimiento e interés*, Taurus, Madrid, 1986]

⁹²¹V. Crítica de Tugendatht y Richards sobre el carácter comunicativo de los enunciados prácticos; TUGENDHAT, E.: "Tres lecciones sobre problemas de la ética", en *Problemas de la ética* (trad. de J. Vigil), Barcelona, 1988; pp 120 y ss; RICHARDS, D.A.. "A Theory of legal Argumentation", (recensión de R. Alexy), *Ratio Juris*, vol. nº 2, 1989, pp 310 y ss

CAPÍTULO 19

Esta racionalidad supone el **consenso** de los implicados o afectados por estas acciones.

- 19.1 CARACTERIZACIÓN DEL CONSENSO
- 19.2 CONSENSO DE MEDIOS (DE LA ARGUMENTACIÓN)
- 19.3 CONSENSO DE FINES (DE LA ARGUMENTACIÓN)
- 19.4 ARTICULACIÓN DE MEDIOS Y FINES EN ALEXY
- 19.5 *CRÍTICA*

El concepto de consenso manejado por Robert Alexy es uno de los puntos más controvertidos de su teoría y probablemente el más vulnerable.

Básicamente es un método de búsqueda de verdades, formales o de hecho, y de tanteo de soluciones cuya solvencia y fundamento proviene de asumir colectivamente tanto los sistemas como los procedimientos que se aplican al hallazgo de las mismas.

Al tratar, como en el caso que nos ocupa, contenidos de la razón práctica, ha de asignársele un origen cercano a las propuestas de la moral de corte

universalista⁹²², por la que ésta pretende llegar a obtener aserciones de la suficiente confianza "científica" como la que pueda aportar la propia metodología científica. Habermas⁹²³ desarrolla convenientemente este concepto que será clave para el "buen fin" de la acción comunicativa: a través de este mecanismo, la razón práctica puede transitar con toda la seguridad que avala su teoría consensual de la verdad⁹²⁴. Alexy la retoma como eje de una argumentación que basa su grado de confianza en el rigor procedimental, en la crítica integral de los intervinientes y en la posibilidad de ser revisada permanentemente, lo que le otorga el necesario punto de equilibrio entre lo virtual y lo real, entre lo ideal y lo coyuntural.

19.1 CARACTERIZACIÓN DEL CONSENSO

Esta idea de consenso despierta desde la controversia más variada hasta la negación más radical. Autores como Luhmann consideran inviable una pretensión intelectual de este calibre toda vez que no encajaría en la dinámica de sistemas por las que regiría la formación de pensamiento en las sociedades modernas⁹²⁵.

⁹²²Fundamentalmente kantianas [V.KANT,I.: *Metafísica de las Costumbres* (*Metaphysik der Sitten*, 1797, trad. de A. Cortina y J. Conill), Altaya, Barcelona, 1973; KANT,I.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 8ª ed., trad. de García Morente, Espasa Calpe, 1983]

⁹²³Cfr.HABERMAS,J.: *Teoría de la acción comunicativa* (*Theorie des kommunikativen Handelns*, trad. de M. Jiménez), Vol. I y II, Taurus, Madrid, 1987

⁹²⁴HABERMAS,J.: *Warheitstorien*, pp 220 y ss

⁹²⁵LUHMANN,N.: *Fin y racionalidad en los sistemas* (*Zweckbegriff und Systemrationalität*, trad. J.N. Muñiz), Editora Nacional, Madrid, 1983

Otros como Weinberger, dudan de la solvencia de los resultados obtenidos por un procedimiento poco "científico" o demasiado discrecional, como son los criterios de "buenas razones" en la argumentación⁹²⁶; o, como Hoerster, rechazan que en cualquier caso éste sea un procedimiento de garantías en la toma de decisiones que afectan a la defensa de derechos e intereses de los ciudadanos⁹²⁷.

La base teórica plantea menos problemas, pues como ya se ha venido manifestando tiene un ámbito de aplicación lo suficientemente amplio como para escapar a la comprobación empírica. Advierte Habermas que trata de desarrollar "una tesis en que todo agente que actúa comunicativamente tiene que entablar en la ejecución de cualquier acto de habla pretensiones universales de validez y suponer que tales pretensiones pueden desempeñarse"⁹²⁸. Es decir, tiene que presuponer: 1.- estar *expresándose* inteligiblemente; 2.- dando a entender *algo*; 3.- estar *dándose*, a entender, y 4.- entenderse *con los demás*. En el ámbito del discurso se dará "un transfondo normativo intersubjetivamente reconocido"⁹²⁹. El objetivo es la consecución de un *acuerdo*, que concluya "en la comunidad intersubjetiva de la comprensión mutua, del saber compartido, de la confianza recíproca y de la concordancia de unos con otros"⁹³⁰.

⁹²⁶WEINBERGER, O.: "Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation", en *Metatheorie juristischer Argumentation* (ed. de R. Alexy), Duncker-Humblot, Berlín, 1983

⁹²⁷HOERSTER, N.: "Prejuicio, consenso e interpretación del Derecho", incl. en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, pp 105 a 121

⁹²⁸HABERMAS, J.: "¿Qué significa pragmática universal?", en J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (trad. de M. Jiménez), Madrid, 1989, p 300

⁹²⁹*Ibidem*

⁹³⁰*Ibidem*, p 301

Además de las cuatro condiciones de validez que Habermas propone: inteligibilidad, verdad, veracidad y rectitud, el acuerdo asienta en un entendimiento "sobre la base presupuesta de pretensiones de validez reconocidas en común"⁹³¹; lo que Apel llama "condiciones normativas de la posibilidad del entendimiento"; o si se quiere, presupuestos universales del entendimiento.

19.2 CONSENSO DE MEDIOS (DE LA ARGUMENTACIÓN)

Actitudes y objetivos son los elementos más evidentes en el logro del consenso, si bien estos deban estar conectados y gobernados por una metodología adecuada. Uno de los autores que más la ha desarrollado es Chaïm Perelman, delimitando sus fases: las condiciones previas o presupuestos, las técnicas o procedimientos, los puntos de partida, la lógica de la argumentación y el marco en el que se lleva a cabo. Constituye una suerte de argumentación en la que todos los elementos interaccionan constantemente.

Los elementos previos: *discurso*, *orador* y *auditorio* constituyen tres dimensiones coimplicadas y con capacidad para sugerir un tipo de *emisiones* u otro, con distinta mecánica, aunque con igual estructura: las deliberativas o asamblearias, las judiciales y las epidícticas o ante auditorios pasivos⁹³².

⁹³¹ *Ibidem*

⁹³² PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* ...

Además de hechos, en la argumentación se analizan valores, y la única seguridad previa respecto a este análisis es que ya se tenga constancia de situaciones similares, tanto en la doctrina del precedente como en la de la dogmática. Pero, en cualquier caso, se trata de convencer a un *auditorio universal*, referente complejo en el que no vamos a entrar aquí sino para advertir que se trata de un ente dialéctico activo⁹³³ al que hay que convencer, pero que al mismo tiempo sugiere el tipo de discurso que le conviene. Conseguir el consenso en esta especie de *foro utópico*, supone partir del acuerdo, la elección y la presentación de las premisas.

La técnica argumentativa es compleja, el autor ordena los múltiples tipos de argumentos en tres grupos según su naturaleza: a) los de estructura *cuasi-lógica* (quizá no de lógica pura pese a inspirarse en los análisis lógico-matemáticos de Frege, toda vez que persiguen no la demostración sino la persuasión); b) los basados en la estructura de lo real, y c) los que fundan la estructura de lo real.

La esencia *tópica* de este modelo discursivo y su explicitación *retórica* hacen que deba considerarse este modelo como uno de los más representativos de la búsqueda del consenso como fórmula de ejecución⁹³⁴. No obstante, esto es tanto más evidente en los discursos de tipo práctico o de naturaleza moral que en ámbitos jurídicos en los que el *statu quo*⁹³⁵, por un lado, y *la autoridad* del derecho vigente⁹³⁶, imponen o fuerzan las vías para un consenso libre.

⁹³³PERELMAN,CH.: "The Dialectical Method and the Part played by Interlocutor in dialogue", en *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, p 167

⁹³⁴Cfr. PERELMAN,CH y OLBRECHT-TYTECA,L.: "Logique et Rhetorique", en *Revue Philosophique de la France et de l'Etranger*, Paris, 1950

⁹³⁵GIANFORMAGGIO,L.: *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, p 226

⁹³⁶PERELMAN,Ch.: *La Lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. de Díez Picazo, pp 230 y ss

19.3 CONSENSO DE FINES (DE LA ARGUMENTACIÓN)

En Habermas la noción de consenso parece que representa una conquista de la razón, un estado o situación que implica no sólo reglas de uso de la comunicación, sino posibilidades de la misma. No quiere decir esto que en la comunicación *real* no se den zonas grises "entre la no comprensión y el malentendido"⁹³⁷. A las cuatro condiciones básicas requeridas para el total consenso, hemos de reconocerle un entendimiento como "proceso de consecución de un acuerdo sobre la base presupuesta de las condiciones de validez reconocidas en común"⁹³⁸. Cuando alguna de las pretensiones de validez queda en suspenso, no queda más alternativa que pasar a una acción estratégica con técnica y fines propios; o, si se persevera en el objetivo más o menos ideal del consenso por acuerdo pleno, habrá que retomar la acción argumentativa con las propuestas modificadas. El consenso de fondo, basado en la confianza mutua respecto a la validez, que es posible dentro de un marco que admite a su vez bases para la validez universal del habla o "pragmática universal"⁹³⁹, supone dos condiciones. La primera es que los interlocutores saben que han de "entablar las mencionadas pretensiones de validez para que en general pueda producirse una comunicación en el sentido de acción orientada al entendimiento"⁹⁴⁰. La segunda es que precisamente "esto significa la convicción común de que las pretensiones de validez planteadas en cada caso, o bien (como sucede en el caso de la inteligibilidad de las oraciones emitidas) han quedado ya resueltas, o bien (como sucede en el caso

⁹³⁷HABERMAS, J.: *Ibidem*

⁹³⁸*Ibidem*

⁹³⁹*Ibidem*, p 302

⁹⁴⁰*Ibidem*, p 301

de la verdad, la veracidad y la rectitud) podrían desempeñarse porque las oraciones, proposiciones, intenciones manifestadas y emisiones cumplen las correspondientes condiciones de adecuación"⁹⁴¹.

La noción de consenso no es, ni mucho menos, aceptada comúnmente; o no lo es al menos en todo lo que implica la concepción habermasiana. La teoría consensual de la verdad, columna vertebral de este planteamiento, ha sido cuestionada entre otros por Niklas Luhmann⁹⁴² que confían más en una explicación de la racionalidad desde la teoría de sistemas. El propio Thomas Maccarthy, sin duda uno de los más cualificados analistas del pensamiento de Habermas, pone de manifiesto algunas objeciones a dicha teoría de la verdad y teorías afines. Por ejemplo, lo que considera una "confusión categorial" que se da en las mismas, al identificar prácticamente el concepto *verdad* y "los métodos para llegar a enunciados verdaderos"⁹⁴³. O, lo que es lo mismo, la equiparación entre "es verdadero" y "existe". Habermas postularía que con la pretensión de verdad hay también una pretensión de "alcanzar un consenso racional"⁹⁴⁴ y que las condiciones de obtención de verdad de su sistema son las propias "condiciones pragmáticas universales del discurso en general"⁹⁴⁵. Otra objeción sería que "la *verdad* es un concepto normativo

⁹⁴¹ *Ibidem*, pp 301-302

⁹⁴² Cfr. LUHMANN, N.: *Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf J. Habermas*, en J. Habermas/N. Luhmann, *Theorie oder Gesellschaft der Sozialtechnologie*, Frankfurt a. M., 1972, pp 291-405; LUHMANN, N.: *Fin y racionalidad en los sistemas (Zweckbegriff und Systemrationalität)*, trad. J.N. Muñiz), Editora Nacional, Madrid, 1983

⁹⁴³ MACCARTHY, TH.: *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas*, p 351

⁹⁴⁴ HABERMAS, J.: *Wahrheitstheorien*, p 219

⁹⁴⁵ *Ibidem*

y por tanto no puede ligarse a la obtención de un consenso *de facto*⁹⁴⁶. La cuestión aquí es cómo diferenciar, o si hay diferencia, entre un acuerdo *racional* de un acuerdo *aparentemente racional*. Aquí habría dos posibilidades: o no hay criterios fiables y la teoría de Habermas fracasa; o hemos de recurrir a una nueva justificación discursiva del consenso obtenido, lo que evidentemente es un círculo. Habermas propone como solución el recurso a un consenso "racionalmente motivado" que descansa en la fuerza del mejor argumento⁹⁴⁷, lo que supone, en principio, moderar las pretensiones de verdad; o más bien, un déficit mismo de verdad.

Albrecht Wellmer critica el consenso relativo a las normas, instituciones y valores básicos de la sociedad, de lo que considera "un mundo vital idealizado" según el concepto de Habermas, pero vigente de alguna manera y especialmente conectado a las sociedades democráticas desde su perspectiva utópica⁹⁴⁸, en las que opera el principio de coordinación consensual en sentido amplio. "Es evidente que para que la legitimidad democrática se mantenga viva no es suficiente un consenso acerca de las normas y reglas de procedimiento básicas, sin tener en cuenta distintas posibilidades de acuerdo racional; porque más allá el desacuerdo acerca de las cuestiones sustantivas se convertirá necesariamente en un desacuerdo acerca de las reglas de procedimiento o un desacuerdo acerca de las normas básicas. Esto demuestra que existe un *mas* o *menos* con respecto a la legitimidad democrática; el

⁹⁴⁶MACCARTHY, T.: *Ibidem*, p 352

⁹⁴⁷Este concepto de *fuerza* de un argumento es ampliamente desarrollado por Toulmin, de quien lo toma [TOULMIN, S.E.: "Lógica y vida" en *El puesto de la razón en la ética*, cap VI: "El razonamiento y sus usos", pp 85 y ss; Cfr. TOULMIN, S.E.: *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958]

⁹⁴⁸WELLMER, A.: "Razón, utopía y dialéctica de la ilustración", p 104

estandar (interno) de este 'más' o 'menos' se expresa precisamente por medio de la idealización normativa que Habermas deriva de su noción de racionalidad comunicativa"⁹⁴⁹.

19.4 ARTICULACIÓN DE MEDIOS Y FINES EN ALEXY

La cuestión que quizá debiera plantearse es, si esta excesiva connotación teórica que subyace en el concepto de consenso, así como el idealismo de las teorías consensuales para obtener la verdad, pueden ser una base lo suficientemente sólida para una teoría de la argumentación que, si bien se interna en el análisis del pensamiento jurídico y epistemología jurídica, tiene como fin esencial debatir cuestiones del práctico social.

La pretensión de que por la vía del acuerdo proveniente de la teoría consensual se llega a la *verdad* de una proposición no normativa y a la *corrección* de una proposición normativa, tendría dos debilidades⁹⁵⁰: o bien "no puede ser cumplido", o en cualquier caso, "su cumplimiento no sería suficiente"⁹⁵¹. El primer déficit se refiere a que el acuerdo potencial de *todos*, es en el fondo el acuerdo de algo actual, de personas reales o en un ámbito de realidad y mentalidad cercano. El

⁹⁴⁹*Ibidem*, p 104

Esta postura presupone un *plus* de carácter democrático a los sistemas normativos que se atreven con el test de racionalidad que plantea Habermas. Nos parece que esto sería en todo caso más explicable desde un constitucionalismo normativo que desde un legalismo normativo (N. del A.)

⁹⁵⁰ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación...*, p 119

⁹⁵¹HABERMAS,J.: *Wahrheitstheorien...*, p 237

segundo a que, incluso habiendo acuerdo, éste podría estar conseguido con ayudas de elementos transversales como el interés, la coacción, etc. Habermas intentaba solucionar estas deficiencias recurriendo a un planteamiento más asequible, a los modos y situaciones que se dan en la vida real. La pretensión es la de llegar a un *consenso razonado*⁹⁵² que se obtenga de la credibilidad o *fuerza del mejor argumento*⁹⁵³ inscrita en una *lógica pragmática* del discurso que se nutre de actos de habla, en una superación de la lógica de enunciados.

Así pues, podemos concebir el planteamiento de Habermas en un sentido *fuerte* o en un sentido *débil*. La teoría de la argumentación de Alexy, que parece recurrir en buena medida a los postulados de este autor, se mueve entre ambas opciones y por tanto en lo que de ella es solidaria pueden hacerse las mismas objeciones⁹⁵⁴. Apuesta abiertamente por un debate práctico jurídico en el marco de una sociedad plural y democrática sin renunciar en ningún caso a los criterios de corrección que suministran los argumentos, cuando además del cumplimiento de las leyes se quiere seguir en la estela de los principios.

Alexy admite que la fundamentación pragmático trascendental con la pretensión implícita de comprensión máxima, veracidad, corrección y verdad en los enunciados pudiera ser un deber "sólo para quien se *decide* a tomar parte en el juego

⁹⁵²*Ibidem*, p 239; ALEXY, R.: *Ibidem*, p 120

⁹⁵³*Ibidem*, p 240

⁹⁵⁴A nuestro entender buena parte de estas objeciones se producen por no diferenciar convenientemente entre verdad y corrección; ya que el primer término sugiere un estado de opinión aceptado; o, si se trata de ámbitos empíricos incontrovertible, en tanto que el segundo es una tendencia, una aspiración intelecto-moral, por tanto cuanto más ideal mejor (N. del A.)

del lenguaje de la argumentación práctica" y por tanto carecer de validez⁹⁵⁵, aunque reconoce que lo que se *está dispuesto a hacer* y lo que se *debe* hacer son cuestiones diferentes que no desvirtúan tal pretensión. Por tanto no debe admitirse como objeción a la fundamentación pragmático trascendental de Habermas, ya que "el que alguien no pueda o quiera cumplir una pretensión no dice nada sobre la existencia de dicha pretensión"⁹⁵⁶.

Ahora bien, cuando nos referimos a una "articulación de medios y fines" en Alexy, pretendemos que su pensamiento no es excluyente o ajeno a posiciones positivistas, que más que un derecho de base moral sugieren la conveniencia de una cierta *obediencia moral al derecho*, por entender que le confieren un plus de justicia o, al menos, de mecanismos correctores frente a la injusticia⁹⁵⁷. Algo así le reconoce a la posición de Niklas Luhmann quien afirma que los supuestos como el de Habermas "están condenados al fracaso" dada la "complejidad actual del sistema jurídico"⁹⁵⁸, que tiene que rendir cuentas a un "mundo muy rico en posibilidades". El papel de las cuestiones de *verdad*, *fundamentabilidad* y *justicia* pudiera no ser tan trascendental para comprender las directrices de comportamiento de las sociedades modernas, donde el debate de fondo quizá no convenga buscarlo en el análisis del

⁹⁵⁵ALEXY,R.: *Ibidem*, p 133

⁹⁵⁶*Ibidem*, p 134

⁹⁵⁷HOERSTER,N.: "El deber moral de obediencia al Derecho", incl., en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, pp 149 y ss

⁹⁵⁸LUHMANN,N.: *Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf J. Habermas*, en J. Habermas/N. Luhmann, *Theorie oder Gesellschaft der Sozialtechnologie*, Frankfurt a. M., 1972, p 330

lenguaje, sino a través de "una aproximación a la teoría de sistemas"⁹⁵⁹, que tiene la ventaja de no presentar un mundo ideal o de laboratorio, sino un mundo real con sistemas de discusión realistas y con limitaciones, pero con todas sus posibilidades de desarrollo.

19.5 CRÍTICA

¿Cómo se puede conciliar la estrategia propia de la argumentación, que llevada al ámbito jurídico puede suponer la defensa de intereses a los que hemos aludido y, por tanto, asentada en razonamientos convenientes más que veraces, con la pretensión final de consenso?. ¿Qué tipo de consenso sería el obtenido?: ¿de comunicación⁹⁶⁰, de intereses⁹⁶¹, de niveles de desacuerdo⁹⁶²?

Aunque el consenso habermasiano supone la aceptación de un concepto de naturaleza ideal, su explicitación práctica o práctico-jurídica sólo puede entenderse en términos graduales, es decir, de grados o *gradas*⁹⁶³ de cumplimiento. Entendemos,

⁹⁵⁹*Ibidem*, pp 330 y ss; Cfr.LUHMANN,N.: *Fin y racionalidad en los sistemas ...*

⁹⁶⁰V. para un análisis del carácter comunicativo de los enunciados prácticos y el consenso; TUGENDHAT,E.: "Tres lecciones sobre problemas de la ética", en *Problemas de la ética* (trad. de J.Vigil), Barcelona, 1988, p 122; RICHARDS,D.A.: "A Theory of legal Argumentation", (recensión de R.Alexy), *Ratio Juris*, vol. nº 2, 1989, pp 312 y ss

⁹⁶¹JHERING,R.: *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1884 [trad. cast. De la 3ª ed. De D. Abad, Cajica, Puebla, Méjico, 1961]

⁹⁶²V. Un análisis de la "concordia discorde" en MUGUERZA,J.: "La alternativa del disenso" en *El fundamento de los derechos humanos* [Ed. De G.Peces Barba], Debate, Madrid, 1989

⁹⁶³Término más utilizado por el autor

en cualquier caso, que bien pudiera haber sido reformulado por Alexy en términos, de una triple significación: consenso *teórico*, consenso *fáctico* y consenso *de derecho*, respondiendo a otras tres expresiones compatibles con lo racional, lo coyuntural y lo jurídico. Estos tres momentos representarían el acuerdo *querido*, el *habido* y el *debido*⁹⁶⁴.

⁹⁶⁴Entendemos que este último término es fundamental al abrir el campo del consenso al debate jurídico, donde quizá las pretensiones de los participantes no se agotarían en una defensa real de su derecho a participar, ni al nivel de participación conseguido, sino a su *derecho* a ser representado por el *derecho* en la defensa de sus *derechos*. Es decir, su derecho a la tutela jurídica en la defensa de sus planteamientos, incluso los desconocidos por la propia parte, y del que "el derecho a la tutela judicial efectiva" no es sino una pobre explicación del pleno alcance implícito en este concepto. (N. del A.)

CAPÍTULO 20

Este consenso implica, a su vez, el acuerdo sobre **verdad (validez)** y **corrección** de los argumentos.

- 20.1 LA VERDAD COMO VALOR ESTRUCTURAL DE LA DISCUSIÓN
- 20.2 LA CORRECCIÓN COMO VALOR FUNCIONAL DE LA DISCUSIÓN PRÁCTICA
- 20.3 ELEMENTOS DE INTEGRACIÓN DE AMBAS EN ALEXY

Acordar las condiciones de verdad de un momento argumental equivale a establecer el rango de validez sobre el que asumimos esa verdad. Ahora bien, ya hemos apuntado la sospecha permanente que pesa sobre el discurso práctico de no poder llegar a conclusiones verdaderas en el sentido lato del término, por lo que sólo desde la ortodoxia argumental, desde la absoluta corrección de los argumentos manejados, se podría llegar a resultados correctos.

Esta verdad, en suma, obtenida no por correspondencia entre enunciados y resultados, sino por acuerdo de interlocución entre razón y procedimiento, nos

ofrece un intervalo de confianza tan cercano al de la metodología lógico-empírica o lógico-matemática que pudieran llegar a ser equiparables.

Aunque ampliamente contestados, tanto el criterio de corrección⁹⁶⁵, como el de procedimiento⁹⁶⁶, son dos presupuestos inexcusables en la Teoría de la Argumentación Jurídica⁹⁶⁷.

20.1 LA VERDAD COMO VALOR ESTRUCTURAL DE LA DISCUSIÓN

La principal dificultad que se plantean las argumentaciones morales es aportar conclusiones en forma de verdad a partir de valoraciones. La explicación es que aunque se trate de valores, el enjuiciamiento de estos a través de un procedimiento⁹⁶⁸, en el marco general de la búsqueda de criterios de amplio consenso, reproduce condiciones de verdad tan sólidas como los aportados por la metodología lógico-deductiva⁹⁶⁹.

⁹⁶⁵LUHMANN,N.: *Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf J. Habermas*, en J. Habermas/N. Luhmann, *Theorie oder Gesellschaft der Sozialtechnologie*, Frankfurt a. M., 1972, pp 335 y ss

⁹⁶⁶Cfr. WEINBERGER,O.: "Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation", en *Metatheorie juristischer Argumentation* (ed. de R. Alexy), Duncker-Humblot, Berlín, 1983

⁹⁶⁷Cfr. SUMMERS,R.S.: *Comments on "The Foundation of Legal Reasoning"* (Aarnio-Alexy-Peczenik, en *Rechtstheorie*, n.º. 12, 1981), en *Metatheorie juristischer Argumentation* (ed. de R. Alexy), Duncker, Berlín, 1983

⁹⁶⁸ALEXY,R.: "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica" (trad. de E. Garzón Valdés), en *Derecho y filosofía*, Fontamara, México, 1992, incl. en *Derecho y razón práctica*, México, 1993, p 60

⁹⁶⁹Consideramos que el pretender equiparar ambos criterios de verdad constituye en sí mismo una inconveniencia toda vez que la naturaleza de las verdades "objetivas" obtenidas por métodos lógico-empíricos no daría tampoco respuesta a cuestiones sobre valores. En

En el habla habitual se da una interacción de pretensiones de validez de una naturaleza ciertamente ingenua, algo que en el discurso, según la concepción de Habermas, deja paso a una "virtualización de las pretensiones de validez" a una forma "peculiarmente improbable" de comunicación en que los participante se someten a sí mismos a la "coacción no coactiva del mejor argumento" que posibilite "un consenso racional". La verdad que se busca está en la propia ortodoxia del discurso en cuanto éste representa "la condición de lo incondicionado". En este acuerdo *válido* para nosotros, pero también válido "para todos los sujetos racionales" se da la suficiente objetivación como para que podamos hablar de *verdad*. Un concepto de discurso argumentativo ciertamente ideal, pero que "representa un ideal que ha estado operando en nuestra tradición, no solamente en las vidas de individuos ejemplares, sino también en las tentativas históricas de institucionalización de modos discursivos de exámen de ciertos tipos de pretensiones de validez"⁹⁷⁰.

Habermas pretende integrar en una teoría del conocimiento "la constitución de los objetos de la experiencia posible" con la defensa argumentativa de pretensiones de validez", siguiendo el planteamiento kantiano: "las condiciones de posibilidad de la experiencia en general son a la vez condiciones de posibilidad de los objetos de experiencia, y por tanto tienen validez objetiva en un juicio sintético a priori"⁹⁷¹. Pero, superando el esquema kantiano y tratándose no de un sujeto

otras palabras, si pretendemos objetivar los juicios sobre valores, atentamos contra la naturaleza misma de éstos (N. del A.)

⁹⁷⁰MACCARTHY,Th.: *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas*, p 338

⁹⁷¹KANT,I.: *Crítica de la Razón Pura (Kritik der Reinen Vernunft*, trad., de P. Ribas), Alfaguara, Madrid, 1978, pp 156 y ss y 161 y ss

trascendental sino de un sujeto empírico en relación con otros⁹⁷², la experiencia objetual posible ha de resultar de una "interacción sistemática entre receptibilidad sensible, acción y representación lingüística" . El ámbito de verdad presente en la lógica del discurso procede de esta síntesis en la concepción de su teoría del conocimiento. "Su tesis es que, aunque la estructura de un ámbito objetual dado -las categorías y principios básicos mediante los cuales ese ámbito se organiza- y, en consecuencia, las pretensiones fundamentales de verdad que se refieren a ese ámbito, reflejan efectivamente un interés cognoscitivo subyacente, la comprobación de esas pretensiones en el discurso argumentativo garantiza que las que salgan indemnes se les puedan adjudicar los títulos de *verdaderas, objetivas, válidas*, etc."⁹⁷³

Ahora bien, la *casi* equiparación entre *verdad* y *pretensiones de verdad* nos lleva a que un enunciado es verdadero si se *puede* (está justificado) enunciar como verdadero⁹⁷⁴, por lo que la lógica de la verdad de Habermas es una lógica del discurso teórico; esto es "de un exámen de las condiciones (pragmáticas) de posibilidad de alcanzar un consenso racional mediante argumentación"⁹⁷⁵. Pero también hay que tener en cuenta, recuerda Habermas, que "la pretensión de veracidad es una implicación universal de habla, mientras no queden en suspenso los presupuestos de la acción comunicativa"⁹⁷⁶. Así como en el uso constatativo del lenguaje la veracidad de pensamientos y opiniones se consideran *de suyo*, "en la

⁹⁷²MACCARTHY,Th.: *Ibidem*, p 342

⁹⁷³*Ibidem*, p 340

⁹⁷⁴HABERMAS,J.: *Wahrheitstheorien*, p 218

⁹⁷⁵MACCARTHY,Th.: *Ibidem*, p 351

⁹⁷⁶HABERMAS,J.: "¿Qué significa pragmática universal?", p 358

proposición que afirma, lo que importa no es la veracidad de su intención, sino la verdad de la proposición"⁹⁷⁷.

20.2 LA CORRECCIÓN COMO VALOR FUNCIONAL DE LA DISCUSIÓN PRÁCTICA

A la argumentación práctica le cabe más hablar de criterios de corrección que de criterios de verdad. Incluso cuando se parte de posturas radicales, como la representada por Ronald Dworkin⁹⁷⁸, en la que se sustenta la posibilidad de obtener respuestas indubitales de la mano de la argumentación cuando nos remitimos a principios igualmente contrastados, se habla de *correcta* y no de *verdadera*. Esto determina el carácter *funcional* de la corrección como factor a "buscar" en la argumentación y no como factor "dado". Si a esto añadimos la necesidad de un procedimiento⁹⁷⁹; es decir, un mecanismo de tanteo en la búsqueda de respuestas utilizando una u otras reglas y unos u otros principios, necesariamente es más compatible hablar de grados de corrección que de grados de verdad y, consiguientemente, las soluciones razonablemente obtenidas quedan gravadas con el estigma de *posibles*, más que de incuestionables.

La tesis general habermasiana es que las "discusiones prácticas pueden ser decididas racionalmente", bien que la naturaleza de las pretensiones de rectitud

⁹⁷⁷ *Ibidem*

⁹⁷⁸ Cfr. DWORKIN, R.: *El imperio de la Justicia (Law's Empire)*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986

⁹⁷⁹ ALEXY, R.: *Ibidem*

normativa no sean exactamente equiparables a las pretensiones de verdad⁹⁸⁰. Así como en el discurso teórico la falta de consistencia de los argumentos se resuelve con la retirada de los mismos, con su sustitución o su refuerzo, en el caso del discurso práctico cuando se plantea la falta de legitimidad de las normas invocadas, puede recurrirse a la retrofundamentación de las mismas con normas de mayor rango; o bien si el bloqueo discursivo es considerable, pasar a la argumentación estratégica o, incluso en según qué casos, retroceder hasta donde se pueda formar de nuevo una situación consensual de acuerdo que permita continuar. La finalidad del discurso práctico es la búsqueda cooperativa de la solución *correcta* para "llegar a un acuerdo racionalmente motivado sobre las pretensiones problemáticas de rectitud; a un acuerdo que no sea producto de coacciones externas o internas ejercidas sobre la discusión, sino sólomente del peso de la evidencia y de la argumentación"⁹⁸¹.

La argumentación práctica tiene una ventaja sobre la teórica: cuenta con directrices previas intersubjetivamente reconocidas como válidas o vinculantes⁹⁸² como son las normas, los principios o los valores; sin embargo esta validez se desmorona "cuando se sospecha de ellas o de su carácter moral, lo que las deja en desventaja"⁹⁸³. Ahora bien, tal como sugiere Maccarthy, el modelo discursivo de la *corrección* normativa "es algo más fácil de evaluar que el modelo discursivo de la verdad. Al tratarse no de un modelo de validez externa u objetiva sino de un modelo de reconocimiento intersubjetivo con una validez interna o existencial, "la conexión

⁹⁸⁰MACCARTHY, Th.: *Ibidem*

⁹⁸¹*Ibidem*

⁹⁸²*Ibidem*, p 363

⁹⁸³HABERMAS, J.: *Wahrheitstheorien*, pp 250 y ss

entre consenso y rectitud es en principio más plausible que la conexión entre consenso y verdad"⁹⁸⁴. Estos dos términos están directamente conectados en el principio de universalización: para que una norma sea digna de ser reconocida en un acuerdo racionalmente motivado, tiene que suponer que esa norma representa *de suyo* algo que todos (los supuestamente afectados) pueden querer. "En realidad, el consenso alcanzado argumentativamente no es otra cosa que una realización procedimental de la realizabilidad"⁹⁸⁵.

Habermas reproduce las conexiones entre validez, verdad, rectitud y veracidad, mediante el siguiente esquema⁹⁸⁶, al que hemos añadido elementos de otro que utiliza como modelo de comunicación lingüística⁹⁸⁷.

⁹⁸⁴MACCARTHY, Th.: *Ibidem*

⁹⁸⁵*Ibidem*

⁹⁸⁶HABERMAS, J.: "¿Qué significa pragmática universal?", p 358

⁹⁸⁷*Ibidem*, p 368

Modos y modelos de comunicación lingüística

Modo de comunicación	Tipo de acto de habla	Tema	Pretensión de validez que determina los temas
Cognitivo	Constatativo	Contenido proposicional	<i>Verdad</i>
Interactivo	Regulativo	Relación personal	<i>Rectitud</i> <i>adecuación</i>
Expresivo	Representativo	Intención del hablante	<i>Veracidad</i>

20.3 ELEMENTOS DE INTEGRACIÓN DE AMBAS EN ALEXY

En principio, la argumentación de éste autor no renuncia ni a la verdad ni a la corrección. Su arraigo en la defensa de los principios, como una de las garantías en la defensa de los derechos⁹⁸⁸ (fin último, en cualquier caso, de todo proceso argumentativo), ya sean del orden moral o del jurídico, le lleva a posturas de cierta rigidez para el debate social actual en que la verdad se puede convertir más en un problema conceptual que en una solución institucionalizada. Por otro lado, la

⁹⁸⁸ALEXY, R.: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica" (trad. de M. Atienza), en *Doxa 5*, Alicante, 1988 y *Derecho y razón práctica*, México, 1993, pp 11 y ss

incorporación del procedimiento⁹⁸⁹, bastante complejo por lo demás, como elemento de adaptación de reglas y principios a la aplicación de los casos reales, dentro de un marco en el que se advierte omnipresente la justicia, hace que la corrección sea el elemento de mayor peso en su sistema. Una corrección que en el pensamiento de Alexy hay que buscarla a tres niveles: el filosófico, el moral y el jurídico.

Naturalmente aquí se trata de una corrección *material* que habría que superponer a la formal y que podría tener su máxima expresión en formulaciones como el *principio de razón*⁹⁹⁰ de la Escuela de Erlangen. La misma radicalidad en la exigencia argumental la pretende la ética constructivista mediante el *principio de moral* que Alexy suscribe débilmente. Este principio, en una situación de debate o conflicto, "establece cuales son las normas superiores compatibles entre sí, respecto a las normas que se usan como razones para fines incompatibles entre sí"⁹⁹¹. La exigencia o principio de deliberación para argumentaciones prácticas puede considerarse una resultante del principio de universalidad de Hare y el principio del prescriptivismo⁹⁹². Aunque Alexy reconoce que puede utilizarse muy limitadamente, "la idea que le sirve de base merece ser mantenida" si se quiere llegar a una *corrección* transubjetiva que no quede en la simple interpretación individual de los principios en el ámbito de la argumentación. Es la idea de una filosofía moral que "tiene la tarea de formular principios que nos permitan trabajar sobre deseos, dados

⁹⁸⁹ ALEXY, R.: "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", pp 60 y ss

⁹⁹⁰ ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación...* p 146; LORENZEN, P. y SCHWEMMER, O.: *Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie*, pp 115 y ss

⁹⁹¹ *Ibidem*, p 119

⁹⁹² ALEXY, R.: *Ibidem*, p 149

de manera subjetiva, y así disciplinarlos de manera que nuestra decisión acerca de cómo actuar sea justificable"⁹⁹³.

Esta manera de actuar es precisamente justificable si no hay otra u otras que lo sean más. Por eso, el juego de la argumentación busca soluciones con la exigencia de que sean las mejores soluciones (o buenas razones). Aquí radica la mayor convergencia de la teoría de Alexy hacia la corrección: la necesidad de buscar una única respuesta correcta⁹⁹⁴, aunque en cuestión no sea más que una pretensión de partida; *una idea regulativa*⁹⁹⁵. Esto quiere decir que "no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta . Sólo que en algunos casos se puede dar una única respuesta y que no se sabe en qué casos es así"⁹⁹⁶, por lo tanto merece la pena buscarla en todos y cada uno.

En el discurso jurídico se plantea un nivel de exigencia condicionado a su marco de aplicación. Por un lado ha de cumplir con las exigencias de la racionalidad moral de la que es solidario, al menos en el modelo de este autor, pero por otro ha de atenerse al contexto jurídico vigente donde, desde luego, ha de ser racionalmente fundamentado.⁹⁹⁷ La cuestión es observar si en la práctica judicial, la corrección de los argumentos (entendiendo por tal, la elección de principios, reglas y

⁹⁹³LORENZEN,P.: *Normative Logic and Ethics*, Mannheim/Züric, 1969, p 79

⁹⁹⁴ALEXY,R.: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica" (trad. de M. Atienza), en *Doxa 5*, Alicante, 1988 y *Derecho y razón práctica*, México, 1993, p 21

⁹⁹⁵*Ibidem*, p 22

⁹⁹⁶*Ibidem*

⁹⁹⁷ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica...*, p 208

procedimiento) es determinante en la decisión y, aún más, en la sentencia. Alexy, en la línea de otros autores⁹⁹⁸, aduce que "la falta de la pretensión de corrección de una decisión no la priva de ser una decisión judicial válida, pero la hace ser defectuosa en un sentido relevante no sólo moralmente"⁹⁹⁹. Bien es cierto que son legión los que negarían este extremo, tanto en su fundamento¹⁰⁰⁰ como en su aplicación¹⁰⁰¹.

Una versión menos rigurosa en la idea de corrección de los razonamientos corresponde al modelo argumental de Neil MacCormick, quien entiende que no puede pretenderse que para cada caso (casos difíciles o complejos, se entiende) exista una única respuesta correcta¹⁰⁰². Este concepto viene de la propia utilización de los

⁹⁹⁸Cfr. FRANKENA, W.K.: *Analytische Ethik*, München, 1972; FULLER, L.: *The Morality of Law*, New Haven Conn, 1969

⁹⁹⁹ALEXY, R.: *Ibidem*, p 209

¹⁰⁰⁰HART, H.L.A.: "Der Positivismus und die Trennung von Recht un Moral", en HART, H.L.A. *Rech und Moral*, Gotinga, 1971, pp 39 y ss; HOERSTER, N.: "Ética jurídica sin metafísica", en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, p 74. Según este autor sería superfluo plantearse una corrección suplementaria a la que ya el derecho vigente confiere *de facto*: "las normas jurídicas fundamentables intersubjetivamente van acompañadas -funcionalmente y también en gran medida en la realidad- por las correspondientes normas de una moral social generalmente aceptada que refuerzan aquellas... así pues, derecho y moral social están al servicio del mismo fin, es decir la protección general de intereses individuales"

¹⁰⁰¹HOERSTER, N.: "Prejuicio, consenso e interpretación del Derecho", incl. en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, p 108: "induce a una gran confusión el que los partidarios de la retórica jurídica conserven la forma habitual de una interpretación "correcta" o "justificada" y, sin embargo, no quieran saber nada de lo que normalmente se designa con estos conceptos. Procederían más coherentemente si, juntamente con la cosa en que no creen, echaran por la borda la terminología correspondiente". Según este autor, en la línea de muchos otros por cierto, el modelo retórico del consenso, versus un modelo de sometimiento a la ley, compromete la igualdad de los ciudadanos ante la ley y, en definitiva, la seguridad jurídica.

¹⁰⁰²MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, pp 240 y ss

principios, no ya de manera autoexcluyente, sino "como normas generales que racionalizan reglas" existiendo entre ambos algo parecido a un "equilibrio reflexivo"¹⁰⁰³. Maccormick entiende que posturas como la Dworkin estarían más justificadas en debates de tipo *teórico*. Los debates de tipo *práctico* excluyen la posibilidad de una única respuesta, pues están animados de una racionalidad (en este caso práctica) que tiene especificidades, tales como que en estos argumentos se han de dar razones valorativas o razones finalistas, y además están impregnadas de subjetividad y de temporalidad. Como colofón está la obligación de aplicar el derecho vigente bajo los cánones de utilización de la regla de reconocimiento¹⁰⁰⁴. Todo esto le aleja en cierto modo de una pretensión de corrección al modo de Alexy¹⁰⁰⁵.

Por último, la idea de corrección como resultante de un procedimiento en el que rigurosamente se utilizan las reglas del discurso, tan en la esencia del pensamiento de este autor, es contestada por autores como Weinberger¹⁰⁰⁶, para quienes las reglas del discurso en modo alguno pueden garantizar la corrección de los

¹⁰⁰³*Ibidem*, p 245

¹⁰⁰⁴*Ibidem*, pp 270 y ss; MACCORMICK, N.: "The Ethics of Legalism", en *Ratio Juris*, vol. 2, n° 2, 1989, p 187

¹⁰⁰⁵ALEXY, R.: "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica" (trad. de E. Garzón Valdés), en *Derecho y filosofía*, Fontamara, México, 1992, incl. en *Derecho y razón práctica*, México, 1993, p 60 [Nota 3, ..."la cuestión acerca de hasta qué punto las tesis expuestas (en esta obra) son conciliables o hasta coinciden con las de Maccormick quedará aquí abierta. Sin embargo... puede afirmarse que ambas teorías llegan a los mismos resultados en algunos puntos esenciales, tales como el que en la argumentación jurídica no siempre exactamente una es la respuesta correcta"]

¹⁰⁰⁶WEINBERGER, O.: "Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation", en *Metatheorie juristischer Argumentation* (ed. de R. Alexy), Duncker-Humblot, Berlín, 1983, p 188

resultados. Así, el que un enunciado sea correcto o verdadero no depende de que pueda ser el resultado de un discurso, sino de que se puedan apuntar buenas razones en su favor¹⁰⁰⁷. La cuestión, entiende Alexy, es que "la diferencia entre la concepción de Weinberger de la racionalidad práctica y de la teoría del discurso, no consiste en que este autor considere la razón práctica como una capacidad racional-operativa que se puede abordar por medio del análisis lógico y de la experiencia, mientras que la teoría del discurso entiende algo distinto por razón práctica"¹⁰⁰⁸. Weinberger sería demasiado rígido al sugerir que "la teoría del discurso reemplaza a la experiencia y el análisis por el simple consenso"¹⁰⁰⁹. A parte de que esta crítica proceda de un no-cognoscitivista, Alexy mantiene no obstante la teoría del discurso como instrumento de corrección, y hasta donde sea posible, también en el campo valorativo¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*

¹⁰⁰⁸ ALEXY, R.: "Respuesta a algunos críticos" en *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989, p 293

¹⁰⁰⁹ *Ibidem*; WEINBERGER, O.: "Logische Analyse...", p 191; ALEXY, R.: *Ibidem*

¹⁰¹⁰ *Ibidem*

CAPÍTULO 21

Por tanto: la argumentación no se puede fundamentar en un **uso convencional del lenguaje**, sino en un **uso argumentativo**.

21.1 NIVEL ESTANDAR DE LA ARGUMENTACIÓN: EL USO
“CONVENCIONAL”

21.2 NIVEL ORGANIZADO DE LA ARGUMENTACIÓN: USO
“ARGUMENTATIVO” DEL LENGUAJE (S. TOULMIN)

21.3 TRANSPOSICIÓN AL MODELO DE ALEXY

21.4 *CRÍTICA*

La argumentación necesita aportar razones lógico-formales en cuanto está construida sobre un discurso racional, razones emotivas en tanto que animada de un discurso práctico y razones justificatorias o motivacionales en tanto que, en última instancia, se resuelve en un discurso jurídico. Podríamos decir, pues, que razonar, convencer y justificar son los equivalentes pragmáticos de estos tres tramos de razonamiento.

El lenguaje ha de adaptarse a las exigencias del método y transitar desde lo convencional a lo argumentativo.

21.1 NIVEL ESTANDAR DE LA ARGUMENTACIÓN: EL USO "CONVENCIONAL" DEL LENGUAJE

En el lenguaje ordinario se vierten continuamente juicios con sentido que, incluso, pueden ir avalados por razones más o menos obvias. Es un lenguaje de rutina cuya construcción es aceptada tácitamente y que puede ser permitida dentro de la argumentación como un papel de sostén de la misma¹⁰¹¹. A nivel de génesis del lenguaje Wittgenstein anticipaba esta ordenación en forma de juegos del lenguaje; una especie de agrupación de submodelos lingüísticos conformados por intereses comunes o "parecidos de familia"¹⁰¹². Respecto al significado, el lenguaje básico, aquel que dispone de buena parte de los mecanismos que usamos en la argumentación de manera mecánica o incosciente, es igualmente significativo y cargado de sentido. De no ser así constituiría un freno en el tránsito de la conversación; más aún, la comunicación sólo es posible aceptando este uso del lenguaje como válido y reglado¹⁰¹³. Habermas da un paso más aceptándolo como el punto de sustento de la

¹⁰¹¹ITURRALDE, V.: *Lenguaje legal y Sistema jurídico*, Técnos, Madrid, 1988, V. cap II, pp 31 y ss, "El lenguaje común, fundamento del lenguaje legislativo". No obstante, siendo "el lenguaje legislativo un lenguaje especial" (p. 42) es así mismo valorativo: "toda aplicación de la ley, aun estando determinada por el conjunto del sistema jurídico, lleva aparejados elementos valorativos relativos a un triple orden de factores: la naturaleza del lenguaje legal, las antinomias y las lagunas que eventualmente puede contener el sistema jurídico" (Contraportada)

¹⁰¹²Cfr. WITTGENSTEIN, L.: *Tractatus lógico-philosófico*, (traducción e introducción de J. Muñoz e I. Reguera), Alianza Universidad, Madrid, 1992

¹⁰¹³APEL, K.O.: "El problema de la fundamentación última filosófica a la luz de una pragmática trascendental del lenguaje (Ensayo de una metacrítica del racionalismo crítico)", *Dianoia*, 21, 1975, pp 151 y ss; Cfr. APEL, K.O.: *Teoría de la verdad y ética del discurso* (trad., de N. Smilg), Paidós, Barcelona, 1991

pragmática universal donde se construye el discurso¹⁰¹⁴. Constituye por tanto un primer nivel de validez y aceptación recíproca entre los interlocutores, sin el cual no sería posible no ya el acuerdo o el disenso, sino la propia posibilidad de iniciar el debate.

El análisis previo de este uso del lenguaje lo encontramos de nuevo en Habermas, al estudiar las reglas de acción instrumental y las reglas de acción social. "Las reglas de acción instrumental se basan en generalizaciones empíricas y se refieren a su contexto de forma *generalizante*. Las reglas de acción social tienen, en tanto que convenciones, la tarea de regular un contexto en el que ya se encuentran"¹⁰¹⁵. Las acciones convencionales son comunicativas por defecto, esto es, en la medida que se reconocen implícitamente reglas comunes de validez del lenguaje y normas comunes de comportamiento. En cambio, en las acciones instrumentales el sujeto no adopta frente a los otros "una relación comunicativa o recíproca, sino unilateral, es decir, orientada a la consecución de un fin"¹⁰¹⁶.

Así como este lenguaje convencional se basa en normas vigentes o intersubjetivamente reconocidas, las reglas de acción instrumental y estratégica "no gozan *per se* de validez en el sentido de reconocimiento intersubjetivo de una pretensión de validez normativa"¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁴Cfr. HABERMAS, J.: "¿Qué significa pragmática universal?" ..., p 301

¹⁰¹⁵HABERMAS, J.: "Acciones, operaciones y movimientos corporales" en J. Habermas *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (trad. de M. Jiménez), Madrid, 1989, p 235

¹⁰¹⁶*Ibidem*, p 236

¹⁰¹⁷HABERMAS, J.: "Intención, convención e interacción lingüística" en J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (trad. de M. Jiménez), Madrid, 1989 p 263; Cfr. ROCHE, M.: "Conceptual Analysis", en M. Roche,

En cuanto a su construcción o estructura, más que argumentos lógicos podrían considerarse argumentos *cuasi lógicos* según la terminología de Perelman¹⁰¹⁸, aunque este autor los asocie a un catálogo más restringido, fundamentalmente referido a las nociones de contradicción, identidad y transitividad, de gran representación en el lenguaje ordinario, porque de no respetarse se interrumpe la continuidad del discurso. La contradicción, en cualquiera de sus variantes: *contradicción formal* que deriva fácilmente en el absurdo; la *incompatibilidad* que lo hace fácilmente en ridículo cuando se desentiende de opiniones absolutamente admitidas, y la *ironía* o juicio en que se quiere dar a entender lo contrario de lo que se dice, es un elemento de permanente actividad en el lenguaje, por más convencional que sea su uso. La *identidad* tiene su máxima expresión en la inclusión de la definición en el lenguaje como término equivalente a lo que define, convirtiéndose las mismas en argumentos¹⁰¹⁹. Los argumentos implícitos de transición, introducen una equiparación cuasi-lógica, aunque no de certeza tácita de más difícil admisión, al menos en el ámbito jurídico.

Phenomenology, Language and Social Sciences, Londres, 1973; TAYLOR, Ch.: "Explaining Action", *Inquiry*, 13, 1970, pp 54-89

¹⁰¹⁸PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (título original *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhetorique*, p 300

¹⁰¹⁹En este sentido, en lo que podría entenderse como identidad parcial, el uso del precedente se puede considerar como argumentación cuasi-lógica dentro de la *regla de justicia* [Cfr. PERELMAN, CH.: "Pragmátic Arguments", en *The Idea of Justice and Problem of Argument*, p 86 "The fact is, the rule of justice results from a tendency, natural to the human mind, to regard as normal and rational, and so as requiring no supplementary justification, a course of behaviour in conformity with precedent"; KELSEN, H.: *Society and Nature*, Chicago University Press, 1943; ATIENZA, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p 76]

Este lenguaje convencional es insuficiente para concitar una atención suplementaria de los interlocutores, no pretende imponerse como criterio, sino sustentar un tránsito razonable de la comunicación, pero es imprescindible para iniciar o recuperar el nivel argumentativo en cualquier contexto; supone mantener "el estado de vigilia" necesario en el discurso.

21.2 NIVEL ORGANIZADO DE LA ARGUMENTACIÓN: EL USO "ARGUMENTATIVO" DEL LENGUAJE (S. TOULMIN)

Supone aceptar unas reglas del lenguaje y una metodología de aplicación propia, donde se trata no sólo de entenderse entre interlocutores, sino de llegar a un acuerdo teórico (discurso racional), valorativo (discurso práctico) y vinculante (discurso jurídico).

Perelman propone dos tipos de argumentos que ganan en complejidad sobre aquellos más presentes en lenguaje convencional: los que están basados en la estructura de lo real y los que propiamente "fundan" la estructura de lo real¹⁰²⁰. Los primeros se construyen por derivación de juicios admitidos hacia otros que tratan de implantar¹⁰²¹. Relacionan los sucesos con sus causas y sus consecuencias: *hecho consecuencia, medio-fin*. Entre los argumentos basados en la estructura de lo real están el *argumento pragmático* en su aspecto consecuenialista al menos, el *argumento de la dirección*, el de la *superación* e, incluso, el propio *argumento de la*

¹⁰²⁰ PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, p 402

¹⁰²¹ *Ibidem*, p 404

*autoridad*¹⁰²². Entre los que fundan la estructura de lo real: el *ejemplo*, la *ilustración* y el *modelo* tienen la máxima aplicación no sólo en el nivel práctico sino también en el jurídico y especialmente en el tratamiento de la analogía.

En cualquier caso, los argumentos seguirán su propio curso a través de dos coordenadas: la capacidad de *interaccionar*¹⁰²³ y la de desarrollarse en función de su propia *fuerza*¹⁰²⁴.

Pero, es en Toulmin donde se observa más claramente el paso al nivel argumentativo. Los enunciados en su uso convencional¹⁰²⁵ e, incluso en el instrumental, pueden convencer sin tener que aducir razones expresas. Cuando esto no es suficiente hemos de ingresar en el campo de la argumentación propiamente dicha¹⁰²⁶: en el *uso argumentativo*, que precisa de razones, argumentos o, en su caso, pruebas.

Parece que este autor no concede a la argumentación la potestad de pasar de un discurso teórico a uno aplicativo; esto es, que defienda una determinada posición

¹⁰²²*Ibidem* p 405; PERELMAN,Ch y OLBRECHT-TYTECA,L.: "Act and Person in Argument" en *Ethics* 61 (1950/51), pp 251-269

¹⁰²³PERELMAN,Ch y OLBRECHT-TYTECA,L.: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, p 695

¹⁰²⁴*Ibidem*, pp 702 y ss

¹⁰²⁵TOULMIN,S.E.: "Lógica y vida" en *El puesto de la razón en la ética (An examination of the Place of Reason in Ethics)*, p 132 (V. sobre "los juicios cotidianos")

¹⁰²⁶*Ibidem*, pp 122 y ss (V. sobre los "modos de razonar")

más allá de lo teórico¹⁰²⁷. Por *argumentación* entiende "la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, contraargumentando las críticas, etc"¹⁰²⁸. Pero, esta argumentación cambia con las diferentes situaciones, lo que obliga a un ajuste a la realidad mediante el *razonamiento* como "actividad central de presentar las razones en favor de una pretensión, así como de mostrar de qué manera estas razones tienen éxito en dar fuerza a la pretensión"¹⁰²⁹.

Un campo de aplicación lo constituye el ámbito moral, con una metodología propia¹⁰³⁰, dentro de sus diferentes tipologías¹⁰³¹; no obstante es en el marco del derecho donde Toulmin considera que se dan las condiciones para un mayor desarrollo argumentativo en el que la lógica, como "jurisprudencia generalizada"¹⁰³², tenga un desarrollo aplicativo tan consistente como en cualquier disciplina formal¹⁰³³.

Dentro de lo que Toulmin llama modelo simple de los argumentos, con sus cuatro elementos esenciales: pretensión, razones, garantías y respaldo, la *pretensión*

¹⁰²⁷TOULMIN-RIEKE-JANIK.: *An Introduction to Reasoning*, MacMillan, New York, 198, pp 10 y ss

¹⁰²⁸*Ibidem*, p 14

¹⁰²⁹*Ibidem*

¹⁰³⁰TOULMIN,S.E.: "La Naturaleza de la ética" en *El puesto de la razón en la ética (An examination of the Place of Reason in Ethics)*, pp 166 y ss

¹⁰³¹*Ibidem*, p 173

¹⁰³²TOULMIN,S.E.: *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958, p 7

¹⁰³³*Ibidem*, p 95 y ss

V. para este tema, cap. 14.3

podría hacerse valer por medio del lenguaje convencional y/o instrumental. Sólo en los casos en que no es así necesitamos pasar al uso argumentativo, y posiblemente a tener que suministrar las garantías o recurrir al respaldo. En el razonamiento jurídico, además hablamos de hechos, que intentamos cubrir bajo el supuesto de hecho correspondiente, la norma y el principio adecuados; pero hay veces que hay que recurrir a fundamentaciones de segundo nivel cuando las propias normas son refutadas¹⁰³⁴.

21.3 TRANSPOSICIÓN AL MODELO DE ALEXY

Estaría de acuerdo el autor en que existe un nivel convencional en toda argumentación que, por no suscitar ningún tipo de controversia, puede tener una validez implícita y universal. Esto permite aligerar el debate, no entorpeciendo las vías de acceso al mismo, y situarlo en un lugar de compromiso dialéctico suficientemente identificado por las partes.

También aceptaría el nivel instrumental bajo el presupuesto de que se argumenta para "fines"; es decir, hay una necesidad de utilización del discurso para que las situación previa cambie. Y, desde luego, en tanto que argumentativo, el discurso tiene voluntad de que las situaciones cambien de manera suficientemente estable y para ello se precisa del "convencimiento de los interlocutores". Por eso, el autor recurre a otras fuentes que refuerzan la base de este discurso, acudiendo a la pureza del lenguaje tanto en la construcción como en el uso. Considera, aunque sea

¹⁰³⁴V. condiciones de refutación, en la necesidad de una justificación mayor o justificación externa (Cap. 14.3)



en los mínimos, los presupuestos de la escuela de Erlangen sobre la necesidad de que se adopte un vocabulario cribado¹⁰³⁵ que nos permita "argumentar a favor o en contra de las normas"¹⁰³⁶, la exigencia de sinceridad y seriedad de la discusión que supone "la aceptación de los enunciados" entre interpelante e interpelado¹⁰³⁷, y la exigencia, así mismo, de que los enunciados sean aceptables para cualquiera y sean configurados "en general", o lo que es lo mismo, sin utilizar nombres propios. Cumplir con esta triple condición es acatar el *principio de razón* que Alexy adopta en su concepción menos ambiciosa: la posibilidad de poder pasar del discurso práctico, al de análisis del lenguaje en cuanto aparezcan dudas razonables sobre su corrección¹⁰³⁸.

El *Principio de moral o de razón práctica* añade que estas condiciones son, obviamente, de obligado cumplimiento cuando se trata del establecimiento de fines¹⁰³⁹. Este principio sería una especie de resultante del principio de universalidad de Hare, el principio del prescriptivismo y el principio de generalización de Habermas. La idea esencial es que "la generalización de enunciados usados para la adopción de acuerdos en el ámbito de la argumentación práctica consiste en la común aceptación de las normas"¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁵ LORENZEN, P. y SCHWEMMER, O.: *Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie*, Mannheim/Wien/Zürich, 1973, p 37

¹⁰³⁶ LORENZEN, P.: *Normative Logic and Ethics*, Mannheim/Zürich, 1969, p 75

¹⁰³⁷ LORENZEN, P. y SCHWEMMER, O.: *Ibidem*, p 115

¹⁰³⁸ ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 155

¹⁰³⁹ LORENZEN, P. y SCHWEMMER, O.: *Ibidem*, p 116;

¹⁰⁴⁰ *Ibidem*; ALEXY, R.: *Ibidem*, p 149

Alexy considera excesiva la pretensión del principio de moral, pero reconoce que, cuando menos, deja claro que la naturaleza del discurso práctico va más allá de una conciliación de deseos subjetivos y convicciones normativas previas, ya que propicia que estas convicciones puedan ser modificadas. De ahí el carácter activo de un uso argumentativo del lenguaje. En otro momento posterior el autor va más lejos, al reconocer que el discurso (la teoría del discurso en general) "sólo puede alcanzar una importancia práctica cuando se inserta en una teoría del derecho"¹⁰⁴¹.

Sin embargo, la aportación más significativa al discurso la toma Alexy de la noción de consenso, que ya se ha tratado en diferentes niveles. Lo que queremos señalar aquí es que esta noción que Habermas "rebaja" a la categoría de *consenso fundado*¹⁰⁴² y no consenso total o integral como acuerdo que puede ser conseguido mediante argumentos, lo basa este autor "en la fuerza del mejor argumento", concepto recogido a su vez de Toulmin¹⁰⁴³. Para Habermas, "la fuerza que tenga el paso de la B (la norma) a W (la regla particular de aplicación) para producir consenso depende de la adecuación del sistema lingüístico usado para la argumentación". Las condiciones en que se lleve a cabo esta argumentación sería deseable que fueran las mejores, a ser posible en "una situación ideal", como veremos en el siguiente capítulo.

¹⁰⁴¹ALEXY,R.: "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", incluido en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, 1994, p 151

¹⁰⁴²HABERMAS,J.: *Wahrheitstheorien* ..., p 239

¹⁰⁴³V. Cap. 14.3

21.4 CRÍTICA

Es difícil erradicar de la argumentación jurídica un uso instrumental, sobre todo cuando en el decurso de la misma se plantea no sólo la obtención de la aquiescencia al razonamiento propuesto; es decir, una afección intelectual a las propuestas propias, sino la comunión, incluso emotiva, con las posturas del *participante*.

En suma, no puede decirse que estos dos usos del lenguaje sean excluyentes o exclusivos. Lo que más bien cabe suponer es que el plano argumentativo se superpone a una acción instrumental de sostén que está presente sin duda en buena parte del razonamiento. Podría decirse que la acción argumentativa supone un abandono momentáneo de la acción instrumental para volver a recalar en ella. Cuando el uso instrumental (incuestionado, rutinario, impreciso y actual) se vuelve ineficaz para cambiar, o refrendar actitudes o posiciones conceptuales, surge el uso argumentativo (cuestionado y cuestionable, construido, preciso y potencial o proyectivo).

No obstante estas peculiaridades de las construcciones argumentales, una vez sedimentadas en un metalenguaje jurídico más o menos estable y conocido, tienden finalmente a la instrumentalización, en una inexcusable exigencia de economía lingüística que sólo se troca en argumental en lo esencialmente relevante.

CAPÍTULO 22

El consenso supone la aceptación implícita del mejor argumento posible de entre todos los participantes posibles: **situación ideal de habla**.

22.1 UN MARCO TEÓRICO PARA LA ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA

22.2 CARACTERÍSTICAS DE LA *SITUACIÓN IDEAL DE HABLA*

22.3 EL *AUDITORIO UNIVERSAL*

22.4 *CRÍTICA*

La situación ideal de habla constituye un espacio de reflexión incontaminado por la contingencia, por la interpretación y, en último término, por la propia realidad. Desde el ámbito jurídico, precisamente tan contingente, tan interpretativo y tan real parece difícil aceptar este "ideal"¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴⁴ Aceptar un concepto "total" como es la "situación ideal de habla" implica, creemos, asumir dos presupuestos previos que limitan el contorno de idealidad de dicho concepto: primero, aceptar que la elaboración de un argumento incluye la condición de perfectibilidad del mismo en cuanto a su estructura y oportunidad; segundo, aceptar también que ya está compitiendo de hecho con todos los argumentos posibles, entre ellos los supuestamente perfectos en cuanto a estructura y oportunidad...

En otras palabras, el argumento compite consigo mismo y con los otros.

Naturalmente su nivel de plenitud está, antes que en el plano jurídico, en el plano de la razón práctica, pero su aceptación como marco de debate útil, supone que todo modelo de debate jurídico que se sustente en él, como es inequívocamente el caso de la argumentación jurídica de Alexy, queda estigmatizado de idealismo.

La cuestión desde luego está en aceptar el por qué no ha de ser así; es decir, por qué no aceptar la misma pretensión de corrección, de justicia, de etc., etc., para el derecho que para cualquier moral.

22.1 UN MARCO TEÓRICO PARA LA ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA

La propuesta que planteaba Habermas (partiendo de Toulmin) pretende una argumentación que "ha de generar decisiones racionalmente motivadas acerca de pretensiones de validez teóricas y prácticas". Si esto es así, sugiere el autor, "el discurso tiene que tener una forma que permita la revisión del sistema de lenguaje inicialmente elegido"¹⁰⁴⁵.

En el caso del discurso teórico, es el tránsito desde las afirmaciones problematizadas a afirmaciones "cuya controvertida pretensión de validez se ha convertido en objeto del discurso (entrada en el discurso)"¹⁰⁴⁶. Un segundo paso permite la explicación teórica de la afirmación problematizada; es decir, dar

¹⁰⁴⁵HABERMAS, J.: *Wahrheitstheorien in Wirklichkeit, und Reflexion, Festschrift für W. Schulz* [versión cast. *Teorías de la verdad en J. Habermas, Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad., de M. Jiménez], Madrid, 1989, p 150

¹⁰⁴⁶*Ibidem*, p 151

argumentos (discurso teórico). Un tercer paso permite el "tránsito a una modificación del sistema de lenguaje inicialmente elegido a (...) la ponderación de sistemas del lenguaje alternativos (discurso metateórico)"¹⁰⁴⁷. El último paso, en fin, consiste en una reflexión de la fundamentación del lenguaje, reconstrucción del proceso de conocimiento y crítica sustancial del lenguaje. Una crítica cíclica del conocimiento con "sucesiva superación de sistemas de lenguaje" que nos asegura "qué *debe* valer como conocimiento".

En el discurso práctico el proceso es el siguiente: en un primer paso, se pasa desde mandatos/prohibiciones cuestionados, a recomendaciones en que se analiza su posible validez (entrada en el discurso)¹⁰⁴⁸. Un segundo paso, es la justificación teórico-argumental (discurso práctico). En el tercer paso, se pondera la posible modificación del lenguaje de elección por sistemas de lenguaje alternativos (discurso metaético o metapolítico). El último paso responde a la necesidad de criticar lo que sabemos y lo que podemos saber; o más exactamente, "¿qué debemos querer conocer?"¹⁰⁴⁹. De esta forma, según Habermas, "el discurso práctico se hace extensivo a una evolución cognitiva que por su parte vuelve a quedar ligada a la argumentación", en un lenguaje recurrente donde "la fuerza generadora de consenso de un argumento descansará en que podamos ir y venir entre los distintos niveles del discurso, tan a menudo como sea menester, hasta que surja el consenso"¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁷ *Ibidem*

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*, p 152

¹⁰⁵⁰ *Ibidem*, p 153

22.2 CARACTERÍSTICAS DE LA *SITUACIÓN IDEAL DE HABLA*

La cuestión sobre la que circulan las teorías de la argumentación: el consenso alcanzado argumentativamente es, según su autor, "condición suficiente de resolución o desempeño de situaciones de validez discursivas si, y sólo si, en virtud de las propiedades formales del discurso está asegurado el paso libre entre los distintos niveles del discurso"¹⁰⁵¹. (Advierte Alexy, no obstante, de que la equiparación entre actos de habla que son proposiciones normativas, como juicios de valor y del deber y los actos de habla de comportamientos futuribles como promesas, que son agrupados por Habermas como actos de habla regulativos indistintamente, podría inducir a error, sugiriendo para los primeros la denominación de *actos de habla normativos* propiamente dichos)¹⁰⁵².

Para Habermas, la realidad donde se dan "las cualidades formales que cumplen esa condición" es la de la *situación ideal de habla*, que debe tener estas características:¹⁰⁵³

1) En el ejercicio del discurso todos los participantes han de tener la misma oportunidad de emplear actos de habla comunicativos, de abrir el discurso, replicar y contrarreplicar.

¹⁰⁵¹ *Ibidem*

¹⁰⁵² ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 119

¹⁰⁵³ HABERMAS, J.: *Ibidem*

2) Todos los participantes en el discurso gozarán de las mismas oportunidades de hacer interpretaciones, afirmaciones, recomendaciones y justificaciones y de cuestionar las pretensiones de validez suscitadas.

Habermas cataloga como triviales las dos condiciones anteriores. Se referirían específicamente al discurso, en tanto "las siguientes exigencias tratarían del encuadre"¹⁰⁵⁴.

3) Sólo se consideran y permiten agentes que empleen actos de habla representativos; es decir, que recojan sus actitudes, sentimientos y deseos, en un ejercicio de transparencia y veracidad.

4) Sólo se consideran y permiten agentes que en tanto hablantes tengan la misma oportunidad de emplear actos de habla regulativos: mandar exigir, prometer, pedir razones, etc.

En líneas generales Alexy acepta estos presupuestos, pero con una serie de reservas, cuestionando "si tiene o no sentido formular estas condiciones de un modo tan estricto"¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵⁴ALEXY, R.: *Ibidem*, p 127

¹⁰⁵⁵*Ibidem*

22.3 EL AUDITORIO UNIVERSAL

Un concepto que guarda algunas similitudes con el que venimos analizando sería el de *auditorio universal* de Perelman, por cuanto pretende aportar un marco ideal de contraste de una argumentación más o menos idealizada; una especie de criterio regulativo calibrador y examinador de la argumentación. La diferencia esencial no obstante está en la posición que ambos ocupan en el discurso. En tanto la situación ideal de habla es una construcción activa de la comunicación; es decir, un estado a conseguir cuando se siguen las reglas de participación propuestas por Habermas¹⁰⁵⁶, el auditorio es una construcción pasiva o preestablecida¹⁰⁵⁷ que validaría una argumentación capaz de convencerle con formas, criterios y razones adecuadas. La argumentación vendría a ser "un medio para influir en el auditorio"¹⁰⁵⁸. Aunque, según otras afirmaciones de Perelman, lo que se produce en realidad es un "condicionamiento del auditorio por el discurso".

Se trata igualmente de una entidad ideal porque quien se dirige a este auditorio no pretende llegar a todos los seres que lo componen, sino más bien, formular pretensiones para, en caso de que lo conocieran poder convencerles convenientemente. Naturalmente este convencimiento ha de ser con argumentos

¹⁰⁵⁶HABERMAS, J.: *Ibidem*

¹⁰⁵⁷PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (título original *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, trad. cast. de J. Sevilla Muñoz), Gredos, Madrid, 1989, pp 216 y ss

¹⁰⁵⁸ALEXY, R.: *Ibidem*, p 161

racionales, o más propiamente, "la adhesión del auditorio universal es el criterio para la objetividad y la racionalidad de la argumentación"¹⁰⁵⁹.

En su acepción más ambiciosa podría entenderse nada menos que como la totalidad de los hombres en un estado pleno de desarrollo de sus capacidades argumentativas. Según Alexy, "tal estado se corresponde con la habermasiana situación ideal de habla"¹⁰⁶⁰. Así, lo que en Perelman es el acuerdo del auditorio universal, en Habermas es el consenso alcanzado en condiciones ideales"¹⁰⁶¹

La concepción de Perelman no es todo lo clara que fuera deseable ni en cuanto a la procedencia, pues llega incluso a enlazarla con el imperativo categórico kantiano: "debes comportarte como si fueras un juez cuya *ratio decidendi* deba proporcionar un principio válido *para todos los hombres*"¹⁰⁶² que plantea en sus "Cinco lecciones sobre la justicia"; ni en cuanto al alcance, pues llega a considerar que "un auditorio es sólo universal para quien lo reconoce como tal. Para quien no lo reconoce así, es un auditorio particular"¹⁰⁶³.

Por último está la cuestión de la aplicabilidad o utilidad práctica. Según Perelman, es un concepto más en la órbita del filósofo que del jurista. En el ámbito

¹⁰⁵⁹PERELMAN,Ch y OLBRECHT-TYTECA,L.: *Ibidem*, p 40

¹⁰⁶⁰Ya hemos dejado clara nuestra posición disintiendo de esta equivalencia, al reflejar el lado activo del primero y el pasivo de la segunda (N. del A.)

¹⁰⁶¹Volvemos a insistir en la necesidad de diferenciar, contra Alexy, entre consenso como *situación*, y acuerdo como *estado* (N. del A.)

¹⁰⁶²Formulación modificada por Alexy [ALEXY,R.: *Ibidem*, p 162]

¹⁰⁶³PERELMAN,Ch y OLBRECHT-TYTECA,L.: *Ibidem*, p 44

de la filosofía, la racionalidad y la objetividad perseguidas serían legítimas y deseables. En cambio el juez y el legislador deben orientar sus decisiones únicamente de acuerdo con los deseos y convicciones de la comunidad¹⁰⁶⁴. Esto plantea un problema de conservadurismo en Perelman respecto al derecho vigente que se compadece mal con el punto de vista de Habermas en general y el de Alexy en particular, pese a que, como apuntábamos, este autor los equipara en muchos momentos.

22.4 CRÍTICA

La noción de situación ideal de habla supone un concepto lo suficientemente feliz como para ser tenido en cuenta como foro ideal de cualquier manifestación argumentativa, sobre todo si no trasciende el ámbito de lo práctico; si bien consideramos que se aviene mal con, al menos, estas tres variables del mundo jurídico. Con la *estrategia*, por cuanto es uno de sus elementos centrales, que va desde la prudente cautela procesal más acorde con el callar que con el decir, hasta la elaboración de supuestos donde las condiciones del diálogo habermasianas son difícilmente mantenibles. Con los *acuerdos pre-jurídicos* donde priman las vicisitudes del proceso sobre las posibilidades del plano argumental abierto. Con el propio *lenguaje jurídico* en suma, convertido casi en un metalenguaje a medida que se hace más profesional, más subordinado a la técnica jurídica.

¹⁰⁶⁴V. nota 523 [ALEXY, R.: *Ibidem*, p 161]

Al trasladarnos al ámbito jurídico esta situación ideal de habla lleva aparejada una situación real de reconocimientos; desde los derechos fundamentales, a otros más específicos, como el derecho a la información, a la tutela judicial, etc., sin los cuales parece imprudente referirse a una tal situación. Es decir, el plano teórico tiene unas exigencias de cumplimiento, el práctico otras y el jurídico otras.

CAPÍTULO 23

La situación ideal de habla es un "**desideratum**" de partida irrenunciable, si bien no sea fácticamente alcanzable.

23.1 UTOPIA Y ARGUMENTACIÓN

23.2 LA *COMUNIDAD IDEAL DE DIÁLOGO*

23.3 LA INTERPRETACIÓN "APLICATIVA" DE ROBERT ALEXY

23.4 *CRÍTICA*

Si consideramos ineludible para todo concepto de sistema jurídico, cualquiera que sea, que debe incluir pretensiones de llegar al máximo nivel de administración de justicia, al máximo de rigor en la aplicación de la metodología procesal y, desde luego, al máximo en aportar una motivación o justificación lo más elaborada y ajustada posible, hemos de convenir en que todas esas consideraciones de carácter ideal han de estar sustentadas en opciones operativas ideales.

La situación ideal de habla responde a esta exigencia de establecer el marco de optimalidad teórica a lo que más tarde se traducirá en argumentación práctica.

A la cuestión de si es o no alcanzable ya hemos tenido ocasión de contestar a través de Dworkin¹⁰⁶⁵ y su concepto de búsqueda ideal de soluciones jurídicas, y de Ross¹⁰⁶⁶, con su escepticismo ante las soluciones predeterminables argumentativamente.

A la cuestión de si es irrenunciable un concepto límite como éste, que supone una deseable participación equitativa entre los agentes de opinión a la hora de plantear sus pretensiones, parece probado (si admitimos la tesis de Alexy) que sí, que efectivamente debemos asumir que existe un espacio argumentativo previo, de condición ideal, que condicionará toda ulterior pretensión de equidad del sistema mismo.

23.1 UTOPIA Y ARGUMENTACIÓN

Un concepto tal como el aquí planteado tiene más que ver con una situación previa a las contingencias del discurso (reglas básicas) y de la argumentación jurídica (reglas procesales), que con una metodología para abordar estas situaciones.

En sentido amplio, la *situación ideal de habla* responde a un concepto que pretende poner marco a la realidad en cuanto esta tiene de participación, y entendiendo que esta realidad es, en definitiva, el propio resultado de la

¹⁰⁶⁵DWORKIN, R.: *Los derechos en serio* (título original, *Taking Rights Seriously*, G. Duckworth & Co. Ltd. Londres, trad. de M. Gustavino), Ariel Derecho, Barcelona, 1984, capítulo 3; DWORKIN, R.: *A matter of principles*, Harvard University Press, 1985

¹⁰⁶⁶Cfr. ROSS, A.: *Lógica de las normas (Directives and norms*, Routledge and Kegan Paul; Londres), trad. J.S.P. Hierro, Tecnos, Madrid, 1971

participación. A la luz de este significado Habermas quiere recuperar un concepto de realidad interpretada, vivida y fundamentada de una manera interrelacionada y donde cabrían realidades más específicas como son las que tienen que ver con la comprensión de las razones (discurso racional) y de los comportamientos (discurso práctico). Este segundo discurso, a decir de Habermas, puede operar con la misma legitimidad que el propio discurso científico, y esto es lo que da pie a que las teorías de la argumentación que tienen en cuenta este modelo resulten tan acreditadas, tanto científica como socialmente. Son también ambiciosas en grado sumo, aunque bien es verdad que suscitan recelos desde las posturas más tradicionales.

23.2 LA COMUNIDAD IDEAL DE DIÁLOGO

Las libertades (en todos sus modos) de participación en el discurso, la simetría en cuanto a la forma de participación y la corrección como elemento de superación de la injusticia son tres de las señas de identidad más significativas del discurso práctico. La necesidad de contar con un marco de participación libre, recíproco y democrático que respete además las reglas de la semántica y el significado y tenga pretensiones de solucionar conflictos desde la claridad de los enunciados, parece condición metodológicamente coherente para cumplir con tales pretensiones.

La cuestión es su traslado al mundo real; en definitiva, la respuesta de si existe una sociedad equivalente a estas pretensiones, una *comunidad ideal de habla* capaz de llevarla a cabo. En opinión de Habermas el hecho de que nunca podamos tener la certeza absoluta de si acertamos cuando emprendemos un discurso, hace

necesario contar con "un hilo conductor" que nos permitan superar constantemente las distorsiones de la comunicación, allí donde se produzcan¹⁰⁶⁷. Con esto parece querer decir que ha de haber un método que nos reintegre permanentemente en el campo del razonamiento correcto; pero con respecto al ámbito en el que se produce, más bien parece concebirlo como una inevitable suposición de las propias estructuras de la comunicación. "La anticipación formal del diálogo idealizado (...) garantiza el acuerdo contrafáctico 'último' (...) que ha de unir *ex antecedente* a los hablantes/oyentes potenciales y acerca del que no ha de exigirse ya un entendimiento si es que los argumentos han de poseer, en general, una fuerza generadora de consenso. En este aspecto el concepto de una situación ideal de habla no es solamente un principio regulativo en el sentido de Kant"¹⁰⁶⁸, pero tampoco "un concepto existente" en el sentido de Hegel, "pues ninguna sociedad histórica coincide con la forma de vida que podemos caracterizar en principio por referencia a la situación ideal de habla"¹⁰⁶⁹. Ir más allá en la definición de este concepto habermasiano plantaría no pocos problemas¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁷HABERMAS,J.: *Wahrheitstheorien in Wirklichkeit, und Reflexion, Festschrift für W. Schulz* [versión cast. *Teorías de la verdad en J. Habermas, Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (trad. de M. Jiménez), Madrid, 1989, p 157

¹⁰⁶⁸*Ibidem*, p 156

¹⁰⁶⁹*Ibidem*

¹⁰⁷⁰Desde la utópica positiva que estaría representada en "original position" de Rawls [RAWLS,J.: *A Theory of justice*, Oxford, 1972, pp 118 y ss] a la que recurre el autor para la fundamentación de la ética en términos de una innovada teoría del contrato social; hasta la negativa, representada en la "aterradora irrealidad" de Schulz [SCHULZ,W.: *Philosophie in der verandarten, Welt*, Pfullingen, 1972, pp 173 y ss] que supone asumir las suposiciones de la situación ideal de habla, en lo concerniente a tener que hacer también frente a la carga de la prueba, derivadas del carácter cuasitrascendental que llevan implícito las reglas pragmático-universal (a partir de HABERMAS,J.: *Ibidem*, nota 45)

23.3 LA INTERPRETACIÓN "APLICATIVA" DE ROBERT ALEXY

En diversos momentos de esta exposición ha quedado constatada la esencial contribución que la teoría del discurso de Habermas supone a la construcción de la teoría de la argumentación de Alexy, con lo que en justa reciprocidad las críticas a la primera gravan la credibilidad de la segunda.

Una cuestión previa que está omnipresente es la de si un planteamiento teórico-discursivo tiene pleno sentido hoy en cuanto garante del trinomio: verdad, fundamentabilidad y justicia¹⁰⁷¹. Quizá a la justicia habría que buscarle un marco propio¹⁰⁷²; o tal vez sea excesivo pensar que todo el proceso de la praxis jurídica tenga que estar mediatizado por un sentido tal de la justicia¹⁰⁷³, lo que derivaría en un tipo de sociedad que, en principio, no se da en la práctica¹⁰⁷⁴.

Esta es una crítica a incluir en otra más general, que pudiera llamarse "enmienda a la totalidad", proveniente de autores que, como Luhmann, consideran que esa tripleta es más propia de una filosofía del lenguaje que de una filosofía jurídica. Los sistemas de discusión para resolver las cuestiones de las sociedades

¹⁰⁷¹ ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 132

¹⁰⁷² HABERMAS, J.: *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt a. M., 1973 [trad. en cast., *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, 1975], p 130

¹⁰⁷³ DREIER, R.: "Recht und Moral" en Ralf Dreier *Recht-Moral-Ideologie*, Francfort del Meno, pp 185 y ss

¹⁰⁷⁴ ALEXY, R.: *Ibidem*, p 133

actuales, complejas y heterogéneas, han de ser necesariamente limitados¹⁰⁷⁵ y los términos ideales planteados por la teoría del discurso la harían poco menos que inoperante. Estos problemas se resolverían más adecuadamente con "organizaciones alternativas del discurso"¹⁰⁷⁶.

Alexy construye su tesis sobre la necesaria incorporación de los niveles de justicia en los sistemas jurídicos¹⁰⁷⁷, que necesariamente están amparados en criterios de corrección¹⁰⁷⁸. Respecto a la cuestión de la verdad, que estaría contenida de lleno en la aceptación de la *teoría consensual de la verdad*, según el autor, si bien "ha aclarado algunos aspectos del concepto de verdad, con la elaboración de las reglas fundamentales del procedimiento de comprobación de las proposiciones verdaderas o correctas", tanto su plena validez como la del análisis comparativo "con otras aproximaciones, se tendrá que aclarar en una investigación propia"¹⁰⁷⁹. Así, parece querer decir que está en período de maduración el modo y el grado en que acepta tal teoría.

En resumen, y con reservas, aceptaría una teoría tal de la argumentación racional que descansase en la fundamentación pragmático-universal de las normas

¹⁰⁷⁵Cfr. LUHMANN, N.: *Fin y racionalidad en los sistemas (Zweckbegriff und Systemrationalität)*, trad. J.N. Muñiz), Editora Nacional, Madrid, 1983

¹⁰⁷⁶ALEXY, R.: *Ibidem*; LUHMANN, N.: *Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf J. Habermas*, en J. Habermas/N. Luhmann, *Theorie oder Gesellschaft der Sozialtechnologie*, Frankfurt a. M., 1972, pp 330 y ss

¹⁰⁷⁷ALEXY, R.: *El concepto y la validez del Derecho* (trad. de Jorge M. Seña), Barcelona, 1994, p 37

¹⁰⁷⁸*Ibidem*, p 41

¹⁰⁷⁹ALEXY, R.: *Ibidem*, p 142

fundamentales del diálogo racional. En lo concreto, tanto las tres reglas de razón¹⁰⁸⁰ derivables de la regla general de fundamentación y las dos reglas de fundamentación¹⁰⁸¹, pasarían a engrosar su modelo de argumentación jurídica¹⁰⁸² y a fundamentar su base: el discurso práctico racional.

Por otro lado, y en nuestra opinión, el concepto de condición ideal de habla se aviene mal con la coyunturalidad que ineludiblemente preside todo discurso en el plano real. Cualquier ámbito de interlocución supone dos déficits manifiestos. Objetivo el uno, que se resume en las mermas de participación en el debate, imputables a una situación colectiva más o menos compleja y subordinada a causas externas a la intención de los participantes. Subjetiva la otra, imputable al propio individuo, a sus limitaciones coyunturales, a sus propias interferencias; en definitiva, a su presunto déficit de capacidad real de comunicabilidad respecto a su capacidad ideal de comunicación. Es decir, el individuo participante en una dialéctica práctico-jurídica, cuenta con la doble limitación del contexto, por un lado, y de la suya propia respecto a cualquier situación óptima de posible expresión de sus ideas que fuera susceptible de poder ejercer¹⁰⁸³.

¹⁰⁸⁰ *Ibidem*, pp 187 y ss

¹⁰⁸¹ *Ibidem*, pp 197 y ss

¹⁰⁸² V. tabla de reglas y formas elaboradas, en Anexo

¹⁰⁸³ No hemos constatado referencia alguna en el autor a este segundo déficit (subjetivo), ni siquiera cuando alude a la instancia monológica de la comunicación. Alexy se limita a responder a la crítica de Tugendha [TUGENDHAT, E.: "Tres lecciones sobre problemas de la ética", en *Problemas de la ética* (trad. de J. Vigil), Barcelona, 1988] sobre que la fundamentación de los enunciados prácticos no precisa de un proceso comunicativo o dialógico, afirmando que la acción de fundamentar tenga efectivamente una estructura necesariamente de tipo comunicativo, si bien esta pueda ser de ámbito monológico [ALEXY, R.: "Respuesta a algunos críticos" en *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989, pp 298 y ss]. No tiene en cuenta, pues tampoco se le critica, que el participante afronta la instancia dialógica desde la obligación de estar situado en una instancia

23.4 CRÍTICA

Aunque la propuesta de Alexy no podría ser viable sin este campo de intelección que supone la situación ideal de habla, nos parece que sin abandonar esta condición límite del contorno argumental virtual, se pueden establecer en la práctica tres estadios (si lo vemos como proceso) o planos (si lo concebimos como resultante) de representación de la realidad comunicativa: la *situación ideal de habla*, ya suficientemente descrita, la *situación real de habla*, devenida por la coyuntura natural por un lado, y por la coyuntura parajurídica (estrategia, acuerdos, técnica, etc.) por otro y, en fin, una *situación transicional de habla*¹⁰⁸⁴, que tendería a una u otra de las anteriores posiciones, según transitáramos de ámbitos jurídicos naturales a ámbitos jurídicos convencionales.

Por otra parte, en la situación ideal de habla bien podríamos reconocer no sólo el aspecto individual, es decir las condiciones ideales del sujeto que participa en el debate¹⁰⁸⁵, de las que ya hemos tratado en profundidad. Existe un aspecto, llamemos institucional, de la cuestión, donde el individuo tiene delegada su representación en órganos, poderes y valores colectivos, con capacidad para sustituirle en el debate y que supone una complejidad añadida al ya de por sí controvertido concepto¹⁰⁸⁶.

monológica deficitaria respecto a su posición óptima, deficitaria ésta a su vez en su posición real en la comunicación comunal.

¹⁰⁸⁴En alguna medida esta manifestación trifásica de la acción recuerda la noción de una argumentación en tres niveles de Alexy: principios (situación ideal), reglas (situación real) y argumentación (situación transicional), aunque como ya hemos comprobado, el autor no se circunscriba a estas posiciones tan simplificadas.

¹⁰⁸⁵Observador (ciudadano común) y participante (juez y otros) tendrían un tratamiento diferenciado en el marco de la situación ideal de habla. La idea de Habermas es más acorde con la figura del primero [ALEXY, R.: *El concepto y la validez del Derecho* (trad. de Jorge M. Seña), Barcelona, 1994, pp 31 y 41]

¹⁰⁸⁶Sería el caso de la asistencia letrada al detenido (N. del A.)

CAPÍTULO 24

El discurso práctico general es perfectamente fundamentable en reglas, si bien tiende a un decurso lógico hacia el infinito.

- 24.1 JUSTIFICACIÓN INTERNA Y JUSTIFICACIÓN EXTERNA. CASOS FÁCILES Y CASOS DIFÍCILES
- 24.2 LA NATURALEZA DE LAS REGLAS DEL DISCURSO
- 24.3 CARÁCTER DE LAS REGLAS
- 24.4 TIPOS DE REGLAS

Un argumento práctico medianamente complejo, incluye dos tramos de razonamiento perfectamente diferenciados: el de la premisa fáctica y el de la premisa normativa. Mientras de las primeras podemos obtener razonamientos por deducción directa, de las segundas sólo los podemos obtener por deducción indirecta. Primero hemos de identificar la norma a aplicar, para luego proceder a justificar deductivamente la propia norma¹⁰⁸⁷. Esto nos llevaría a quedar prendidos en un

¹⁰⁸⁷Cfr. WRIGHT, G.H. von.: *Lógica deóntica (Deontic Logic)*, 1951, trad. J. Rodríguez Marín), Cuadernos Teorema, Valencia, 1979

círculo lógico de difícil salida: una situación que se conoce como el trilema de Munthaussen¹⁰⁸⁸.

Alexy considera que, desde luego, el discurso práctico es fundamentable, ya que disponemos de reglas que dan la suficiente seguridad al razonamiento como para que podamos hablar de un "normativismo lógico" que combinado con otros discursos: el empírico, el lógico, etc., dan a la argumentación práctica (sustento de la propia argumentación jurídica) solvencia y credibilidad suficientes.

24.1 JUSTIFICACIÓN INTERNA Y JUSTIFICACIÓN EXTERNA. CASOS FÁCILES Y CASOS DIFÍCILES

En algunos casos la argumentación podría plantearse en términos tan sencillos que el juez, o el analista del derecho, podría establecer conclusiones directamente a través de las premisas. Tal situación se produce cuando es posible manejar argumentos deductivamente válidos; es decir cuando podemos operar sin salirnos de la lógica deductiva. Desde el punto de vista de la lógica formal podemos proceder en derecho como en cualquier otra disciplina que nos permita establecer conclusiones por el procedimiento al uso. Pero, lo habitual en el ámbito del derecho, y más si seguimos el modelo jurídico que aquí se viene postulando, es que tenga que recurrirse a la lógica material, y esto plantea algunos problemas de legitimidad de los resultados. Estaríamos de nuevo ante la controvertida cuestión de si la lógica puede aplicarse en rigor a las normas. Contra la postura de Kelsen, quien en su *Teoría*

¹⁰⁸⁸ POPPER, K.: *Logik der Forschung*, 5ª ed., Tübingen, 1973 [trd. cast. de R. Puppó, *La lógica de la investigación científica*, Laia, Barcelona, 1986], pp 60 y ss

*general de las normas*¹⁰⁸⁹ mantiene categóricamente que la inferencia silogística no es aplicable a las normas¹⁰⁹⁰, estaría la del propio Alexy y la de aquellos autores que le conceden similar importancia a una verdad obtenida por metodología práctica que por metodología teórica. La cuestión estaría en la validez de ambos procedimientos.

Entendemos que la cuestión no es ni mucho menos tan meridiana, pero, a efectos de un posicionamiento clarificador, podríamos decir -siempre dentro de la línea de legitimación de la argumentación práctica- que cuando el paso de las premisas a la conclusión tiene un carácter necesario, podríamos hablar de un caso que se resuelve en un ámbito simple¹⁰⁹¹: el de la justificación interna. En esencia no cabría hablar aquí de argumentación jurídica propiamente dicha, o en todo caso, de una ligazón directa entre premisas y hechos, que permite conclusiones inequívocas. Lo más corriente es que la identificación, tanto de la premisa fáctica como de la premisa normativa, exija una nueva fundamentación, o incluso una retrofundamentación con normas de mayor rango si aún no son del todo aceptadas las primeras, estando en este caso en lo que puede llamarse justificación externa¹⁰⁹²; es

¹⁰⁸⁹Cfr. KELSEN, H.: *Die allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979 [trad. de M. Torre (de la ed. italiana de M. G. Losano, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985)

¹⁰⁹⁰ATIENZA, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p 33

¹⁰⁹¹*Ibidem*, p 45

¹⁰⁹²Jerzy Wróblewski es uno de los autores que le ha dedicado mayor atención a estos conceptos [Cfr. WROBLEWSKI, J.: "Legal Decision and its Justification", en *Le raisonnement juridique*, Actas del Congreso mundial de Filosofía jurídica y social, Bruselas, 1971, pp 409-419; Cfr. WROBLEWSKI, J.: "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", en *Rechtstheorie*, núm, 5, 1974, pp 33-46]

decir, en el campo propio de lo que la estrategia de la argumentación jurídica debe abordar.

La cuestión por tanto es que desde la pura silogística no se pueden tratar problemas tan complejos, que además incluyen premisas de un tenor especial como son las normas. El silogismo judicial¹⁰⁹³ podría ser un marco director del razonamiento, pero en ningún caso puede derivarse de él exclusivamente la conclusión. Ya apuntamos que el razonamiento jurídico no es reproducible o desmontable; no se puede recomponer desde sus tramos, o seguir la vía deductiva-inductiva transitando por él sin alterarlo. Su naturaleza entimemática supone que se va construyendo con añadidos o subjustificaciones.

A los efectos de la investigación se asume la conveniencia de contar con la metodología silogística, aprovechable en gran medida en el modelo de Alexy, y quizá de una manera más operativa en Neil Maccormick. Eso sí, su aplicación quedaría restringida a los *casos fáciles*, no así a los *casos difíciles*¹⁰⁹⁴.

24.2 LA NATURALEZA LAS REGLAS DEL DISCURSO

El gran problema de las normas está en la diferente naturaleza entre formulación y aplicación. El establecimiento de una regla general y las condiciones

¹⁰⁹³Según el modelo de silogismo propuesto en Cap. 9.2

¹⁰⁹⁴V. Cap 14.4; MACCORMICK,N.: "Deductive Justification" in *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, pp 25 y ss; MACCORMICK,N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, p 156

de aplicación particular de la misma afectan a los individuos desde un prisma diferente en cuanto emisores o cumplidores. Algunas de estas formulaciones llevarían al conocido "dilema de Jorgensen"¹⁰⁹⁵, a partir de presupuestos tales como que las reglas de la lógica son aplicables también a las proposiciones normativas, y que las proposiciones normativas no fueran susceptibles de verdad, "se podría llegar al convencimiento de que las leyes de la lógica no valen para las proposiciones normativas"¹⁰⁹⁶.

Alexy propone salvar esta situación, siguiendo a Ross,¹⁰⁹⁷ sustituyendo las valoraciones "verdadero" y "falso" de excesiva carga significativa, por las de "válido" o "inválido" o "lícito" o "ilícito". La segunda opción sería la de la utilización de una terminología del tipo: "y", "si...entonces", "todos" y "algunos", quedando los enunciados de las proposiciones normativas con la suficiente ligazón lógica¹⁰⁹⁸. Aunque la mejor opción sería recurrir a construcciones o modelos semánticos que sean susceptibles de ser evaluados como verdaderos o falsos¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁵Cfr. JORGENSEN, J.: "Imperatives and logic", *Erkennis*, 7, 1937-38

¹⁰⁹⁶ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 185; Cfr. ROSS, A.: *Lógica de las normas (Directives and norms*, Routledge and Kegan Paul; Londres), trad. J.S.P. Hierro, Tecnos, Madrid, 1971. (A Ross se debe la denominación de "dilema de Jorgensen")

¹⁰⁹⁷ROSS, A.. *Ibidem*, p 177

¹⁰⁹⁸Cfr. HARE, R.M.: *The Language of Morals*, London/Oxford/New York, 1952

¹⁰⁹⁹ALEXY, R.: *Ibidem*, p 186; V. para tales construcciones semánticas, y según nota nº 35 de Alexy, KANGER, S.: *New Foundations for Ethical Theory*, en *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, ed. de R. Hilpinien, Dordrecht-Holland, 1971, pp 44 y ss

Algunas de estas propuestas, como se ha visto, están en el centro mismo de las críticas a la legitimidad del lenguaje sobre lo normativo. Así, la utilidad operativa en el seno del discurso práctico-jurídico sería muy discutible, toda vez que obliga a un continuo desdoblamiento de dicho lenguaje para evitar los términos propios que lo caracterizan.

24.3 CARÁCTER DE LAS REGLAS

La libertad e igualdad en el discurso y la garantía sobreañadida de tomar a los individuos en serio, en tanto que interlocutores, sobrepasa la cuestión de la legitimidad metodológica para llevarnos a una cuestión más relevante. Ni más ni menos que el posible "carácter universalista de la racionalidad práctica"¹¹⁰⁰.

Las críticas que se efectúan a esta pretensión son básicamente de dos tipos: las que se refieren al contenido y las que se refieren a la validez. En lo concreto, las que sugieren que bajo tal racionalidad no hay otra cosa que una "determinada forma de vida"¹¹⁰¹, por cierto occidental, europea, actual y cercana a nosotros. Y las que se remiten al superado concepto de racionalismo de la Ilustración, reparando en análisis como el de Feyerabend¹¹⁰² que sugiere que otras formas de vida, equiparables a la

¹¹⁰⁰ALEXY,R.: "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", incluido en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, 1994, p 142

¹¹⁰¹*Ibidem*

¹¹⁰²Cfr.FEYERABEND,P.: *Irrwege der Vernunft*, Frankfort del Meno 1989: En Europa, según este autor, lo que se da es en definitiva una "ideología tribal" con características propias. "La teoría del discurso conduce a los derechos fundamentales y humanos que aseguran los espacios para diferentes formas de vida y, con esto, confieren forma jurídica al postulado de la igualdad de derechos de las tradiciones" (en p 46)

desarrollada en Europa occidental, tendrían igual jerarquía. De ello se derivaría que de la pretendida universalidad de las reglas, pasaríamos a que no serían sino reglas *condicionadas* (históricamente) y más o menos *relativas* (socioculturalmente).

Alexy, en relación a Feyerabend, pone de manifiesto que "la ética discursiva intenta fundamentar derechos fundamentales y humanos y no deja librada la decisión sobre los mismos únicamente a `tradiciones e iniciativas ciudadanas, tendencias y sentimiento'; dicho brevemente: a razones subjetivas"¹¹⁰³.

La que hasta aquí podríamos llamar tesis provisional quedaría, siguiendo a Alexy, en que la validez universal de las reglas del discurso puede ser fundamentada en el argumento pragmático trascendental en su versión débil, un argumento del máximo individual útil y un componente empírico¹¹⁰⁴. Tesis que ya fue analizada¹¹⁰⁵.

24.5 TIPOS DE REGLAS

El conjunto de reglas del discurso pretende, según el autor, configurar una especie de código de la razón práctica que, "no sólo complementa las reglas específicas del discurso jurídico, sino que constituye también la base para su justificación y crítica, en el marco de una justificación y crítica del sistema jurídico en su conjunto"¹¹⁰⁶

¹¹⁰³ALEXY, *Ibidem*, nota nº 42

¹¹⁰⁴*Ibidem*, p 143

¹¹⁰⁵V. Cap. 17.1

¹¹⁰⁶ALEXY, R.: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica" (trad. de M. Atienza), en *Doxa 5*, Alicante, 1988 y *Derecho y razón práctica*, México, 1993, p 21

La importancia de este cuerpo de reglas es evidente por cuanto fundamenta la argumentación en general y se encarga de la racionalidad y la corrección, a través de sus expresiones más significativas: la exigencia de "no contradicción, claridad lingüística y verdad empírica (...), aquellas que expresan la idea de universalizabilidad (...), las que aseguran a cada uno el derecho a tomar parte en el discurso y a cada uno la misma consideración en el discurso, hasta aquellas que rigen para la argumentación consecuencialista, la ponderación y el análisis de la formación de convicciones normativas"¹¹⁰⁷. Algunas exigen un cumplimiento estricto, otras en cambio, sólo le cabe un cumplimiento aproximado¹¹⁰⁸. Unas regulan el comportamiento dentro del discurso práctico, otras son reglas transicionales que posibilitan y guían el paso a otras formas de discurso. En fin, hay también reglas de tipo propio, que rigen en determinadas situaciones argumentativas, que Alexy denomina "formas de argumento"¹¹⁰⁹.

La participación de estas reglas en el debate jurídico plantea naturalmente posturas escépticas si no se parte de la idea de corrección, desde la cual tendrían perfecto sentido e, incluso, gran rendimiento en una estrategia argumental compleja. Robert Alexy plantea dos condiciones limitadoras de su validez final. Primero, estas reglas no parten de la nada; exigen una base de reglas implícitas en la argumentación. El autor entiende (sin dar la debida explicación, a nuestro parecer), que "hay que empezar de alguna manera la discusión, (y, por tanto) es también razonable empezarla sobre reglas no justificadas"¹¹¹⁰. La fijación en 28 reglas, sin ser arbitraria, no parece que sea sino una de las posibles, toda vez que algunas más pudieran surgir de la combinación entre ellas y algunas incluso pudieran resultar

¹¹⁰⁷ *Ibidem*

¹¹⁰⁸ ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica...*, p 184

¹¹⁰⁹ *Ibidem*

¹¹¹⁰ *Ibidem*

irrelevantes. Reconoce el autor que una posible finalidad de su elaboración es "hacer resaltar sus defectos más claramente". Defectos que podrían afectar "al contenido, al carácter incompleto de su enumeración, al carácter superfluo de algunas reglas y formas, así como a su insuficiente expresión formal"¹¹¹¹.

En síntesis, estas reglas se ordenan bajo seis grupos: 1.- *Reglas fundamentales*, condicionantes de toda comunicación que persiga la verdad/corrección¹¹¹²; 2.- *Reglas de razón*¹¹¹³, que "razonan" tanto afirmaciones como negaciones deficitarias de fundamentación; 3.- *Reglas sobre la carga de la argumentación*¹¹¹⁴; 4.- *Las formas de argumento*¹¹¹⁵; 5.- *Reglas de fundamentación*¹¹¹⁶ de reglas menores y formas de argumento; 6.- *Reglas de transición*¹¹¹⁷ a otros modelos de discurso.

En algunos momentos el autor enfatiza de tal modo las carencias de su sistema que pudiera entenderse éste como la base de un ensayo de futuros ajustes de un posible "código de la razón práctica"¹¹¹⁸. Código que aquí sólo quedaría apuntado¹¹¹⁹.

¹¹¹¹*Ibidem*, p 185

¹¹¹²*Ibidem*

¹¹¹³*Ibidem*, p 187

¹¹¹⁴*Ibidem*, p 191

¹¹¹⁵*Ibidem*, p 193

¹¹¹⁶*Ibidem*, p 197

¹¹¹⁷*Ibidem*, p 200

¹¹¹⁸*Ibidem*

¹¹¹⁹Para su formulación explícita V. "Tabla de reglas y formas elaboradas", en Anexo

CAPÍTULO 25

El discurso jurídico es "sólo" **un caso especial** del discurso práctico general.

- 25.1 LA CONEXIÓN CLASIFICANTE: UN MODELO DE DERECHO
"MORAL"
- 25.2 UN MODELO DE DERECHO "CORRECTO"
- 25.3 EL DISCURSO PRÁCTICO COMO SOPORTE DEL DISCURSO
JURÍDICO
- 25.4 EL DISCURSO JURÍDICO COMO UN "CASO ESPECIAL" DEL
DISCURSO PRÁCTICO
- 25.5 *CRÍTICA*

La razón práctica en abstracto plantea cuestiones del deber ser en cualquier ámbito social y en cualquier resquicio de actuación humana. Las reglas que la animan prevén soluciones metodológicas para la conveniencia en el hacer o el omitir que, en general, pueden considerarse directrices de la recta razón para situaciones tipo, ajenas a la circunstancia histórica. Ahora bien, la conducta humana, entendida en un plano de contingencia y coyuntura, "parece" necesitada de precisiones o concreciones más ajustadas a su peripecia actual. Estas referencias metodológicas para cumplir, no sólo con la esencia de la norma, sino con la norma aplicada (asumida en cualquier sociedad como derecho) se encuentran en el discurso jurídico.

De aquí parte Alexy¹¹²⁰ para considerarlo como "un caso especial"; es decir, es práctico por su origen y es especial por su manera de representarse dentro del ordenamiento jurídico vigente¹¹²¹.

Lo que Alexy pretende reflejar es el necesario nivel subordinado de lo jurídico respecto a lo moral¹¹²² como paso obligado para encajar los hechos en un marco de valores, mediante el oportuno reconocimiento de estos en las normas.

25.1 LA CONEXIÓN CLASIFICANTE: UN MODELO DE DERECHO "MORAL"

En diferentes momentos de esta investigación ha quedado suficientemente de manifiesto qué tipo de derecho estaba debajo de la estructura argumental propuesta. Precisamente porque detrás de la argumentación se supone implícita una decisión, estamos también hablando de la fase más ejecutiva del derecho: la de la toma de decisiones que afectan al comportamiento pretérito, presente y futuro de las personas, y el que en estas decisiones se incorporen abiertamente valoraciones de un carácter moral y/o moralizante al sistema jurídico que lo promueve. Lo que se sopesa además

¹¹²⁰ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 206

¹¹²¹La acotación que hacemos de que se trate "sólo" de un caso especial, se debe a su condición de subordinación respecto al discurso práctico. Tal y como lo entiende Alexy, no implica menoscabo de la propia entidad del discurso jurídico con respecto a otro tipo de discursos.

¹¹²²Quizá sería más oportuno hablar de un nivel subsiguiente que subordinado, en la línea de que la argumentación jurídica es una parte esencialmente posterior a la argumentación práctica. En el sistema de gradas propuesto por Alexy quedan enmarcados como en compartimentos estancos, pese a que asegure el tránsito de una a otra (N. del A.)

es un comportamiento que, en alguna medida, es preferido a otro. "En la base de tal acción de preferir está, sin embargo, un enjuiciamiento de la alternativa elegida como mejor en algún sentido y, por tanto, una *valoración*"¹¹²³. Muchos son los autores que sustentan la necesidad de secundar las decisiones jurídicas en valoraciones, así como la propia naturaleza moral del derecho¹¹²⁴. E, incluso, algunos lo llegan a fundamentar desde un punto de vista intelectual y religioso¹¹²⁵.

La postura del positivismo tradicional habría que buscarla en la línea explicitada por Hart, para quien el juez o el encargado de emitir la decisión, puede obviar las razones morales y atender a cualquier otro objetivo social, independientemente de la catalogación moral que tenga¹¹²⁶. Un paso más lo daría Hoerster quien en su análisis de la fundamentación objetivista de las normas, y desde

¹¹²³"Fuera del núcleo de la ley susceptible de subsunción, y especialmente en la integración del Derecho... todos los problemas de aplicación del Derecho... pueden ser formulados como decisiones entre alternativas valorativas" [WIEACKER, Fr.: *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft*, en *Xenion. Festschrift für P.J. Zepos*, Atenas, 197, P 407], seg. nota 21 de [ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica...*, p 27]

¹¹²⁴Cfr. ESSER, J.: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1972; ENGISCH, K.: *Einführung in das juristische Denken*, 5ª ed., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1971 [Trad. cast. de E. Garzón Valdés, *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1975]; KRIELE, M.: *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2ª ed., Berlin, 1976 y *Recht und praktische Vernunft*, Gotinga, 1979

¹¹²⁵FIKENTSCHER, W.: *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 1977, tomo IV, cap 34. Para este autor el ético del derecho se convierte de manera absoluta en *metafísico del derecho*, en *teólogo del derecho*. "La decisión de cuestiones jurídicas valorativas (...) necesariamente está enraizada en una 'imagen de la persona' y 'desde la imagen de la persona', el paso a la condicionalidad religiosa (...) es sólo una cuestión de honestidad intelectual". Para *valorar* se necesita "un punto donde apoyar la palanca", una *religio*.

¹¹²⁶HART, H.L.A.: "Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral", en HART, H.L.A. *Recht und Moral*, Gotinga, 1971, p 31

una perspectiva no metafísica y sí empirista, afirma que "las normas tan sólo son fundamentables racionalmente en un sentido limitado, *hasta un cierto grado*"¹¹²⁷. En todo caso, esto lleva al autor a presentar un proyecto y método de "ética jurídica intersubjetivamente aceptable, sobre la base de una concepción subjetivista de fundamentación de las normas"¹¹²⁸; una idea que dice recoger de los epicureos, pasando por Thomas Hobbes y David Hume hasta la "moderna tradición" del positivismo de H.L.A. Hart y John L. Mackie¹¹²⁹.

La postura, que pudieramos llamar estandar del positivismo, es consecuente con la *tesis de la separación*, que pretende un derecho perfectamente definible sin elementos de la moral¹¹³⁰. Una separación que, en última instancia se podría formular entre "el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*"¹¹³¹ que alcanza su cénit de negación en la afirmación kelseniana de que "cualquier contenido puede ser derecho"¹¹³² y que asume el denominador común de la legalidad conforme al ordenamiento, o bajo autoridad y el de la eficacia social. A ella habría que contraponer las de los no positivistas, y en especial la Robert Alexy con su *tesis de la conexión*, o de la definición de un derecho que ha de incluir elementos morales para adquirir plena validez

¹¹²⁷HOERSTER, N.: "Ética jurídica sin metafísica", en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, pp 58 y 60

¹¹²⁸*Ibidem*, p 71

¹¹²⁹Cfr. MACKIE, J.L.: *Ethik*, Stuttgart, 1981

¹¹³⁰ALEXY, R.: "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral" (trad. de P. Larrañaga), en *Ratio Juris*, V.2, N°2, 1989, p 167

¹¹³¹ALEXY, R.: *El concepto y la validez del Derecho* (trad. de Jorge M. Seña), Barcelona, 1994, p 13

¹¹³²KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*, 2ª edición, Viena, 1960, p 201

25.2 UN MODELO DE DERECHO "CORRECTO"

Las concepciones puramente positivistas han dejado paso a "tendencias" positivistas. Del mismo modo se podría decir que apenas puede ya hablarse de posturas iusnaturales o iusracionales radicales.

Desde el punto de vista de la argumentación la diferenciación entre un modelo y otro es capital, toda vez que la tesis de la conexión o de la vinculación podría, en esencia, llevar al juez y al aplicador del derecho a un terreno no reconocido por la ley escrita que se podría traducir en la *creación judicial de nuevo derecho* y, en lo concreto, a tomar verdaderas decisiones *contra legem*. El estado de derecho y el modelo tradicional de la división de poderes, mantenía al juez bajo la estricta disciplina de la ley, algo que, como vimos, ha sido modificado en el caso alemán a través de su Ley Fundamental precisando que sobre las disposiciones positivas del poder estatal, puede existir un plus de derecho reconocible por el juez, que tiene su origen en el corpus constitucional, y que puede actuar como modulador y correctivo frente a la ley escrita¹¹³³.

En el fondo lo que está en juego es la búsqueda de una pretensión de corrección que está presente en todos los modelos jurídicos de contenido o reconocimiento moral y explícitamente en el de Alexy, donde la racionalidad jurídica "hereda" tal pretensión de la propia racionalidad discursiva, hasta el punto de que "un fallo que negara explícitamente esta pretensión incurriría en una contradicción

¹¹³³ALEXY, R.: *El concepto y la validez del Derecho*, pp 18 y 19

performativa"¹¹³⁴; siendo por tanto incorrecto por partida doble: desde el punto de vista lógico y desde el moral.

Alexy la formula propiamente como *la teoría de la pretensión*¹¹³⁵ que sostiene que las decisiones judiciales, las normas jurídicas individuales y, por extensión el propio sistema jurídico, tienen una pretensión de corrección. Los sistemas que no la tienen como objetivo, no deberían ser considerados como tales, y los que no la cumplen son, cuando menos, "sistemas defectuosos"¹¹³⁶. En el primer caso, la pretensión de corrección tendría una relevancia clasificante, y en el segundo, una relevancia cualificante¹¹³⁷. Para el caso de las decisiones jurídicas y las propias normas, la relevancia sólo puede entenderse como cualificante, toda vez que los defectos no contaminarían al sistema en su conjunto¹¹³⁸.

El conjunto de afirmaciones y postulados en este sentido son recogidos por Alexy bajo la fórmula del *argumento de la corrección* que ha sido analizado en diferentes fases de esta investigación y que él entiende que está "en la base de dos argumentos esenciales en su planteamiento: el *argumento de la injusticia*" (con el límite ponderativo máximo de Radbruch¹¹³⁹) "y el argumento de los principios"¹¹⁴⁰.

¹¹³⁴ALEXY,R.: "Respuesta a algunos críticos" en *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989, p 313

¹¹³⁵ALEXY,R.: "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral", pp 178 y ss

¹¹³⁶*Ibidem*

¹¹³⁷ALEXY,R.: *El concepto y la validez del Derecho*, p 41

¹¹³⁸*Ibidem*, p 42

¹¹³⁹RADBRUCH,G.: "Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht", en Radbruch,G., *Rechtsphilosophie*, 7ª Ed, Koehler, Stuttgart, 1946, p 353

Aunque este argumento no está exento de críticas respecto a su justificación¹¹⁴¹ y su aplicabilidad, constituye uno de los núcleos de fundamentación más sólidos de la teoría de la argumentación jurídica.

25.3 EL DISCURSO PRÁCTICO COMO SOPORTE DEL DISCURSO JURÍDICO

Por lo apuntado hasta aquí, resulta obvia la importancia que el discurso práctico ha de tener en una argumentación que tiene en la pretensión de corrección la condición indispensable de validez.

Su necesidad remota proviene del hecho de que "hay supuestos en que la decisión de un caso singular no se sigue lógicamente ni de las normas presupuestas, ni de enunciados sólidamente fundamentados de un sistema cualquiera; ni puede ser fundamentada concluyentemente con ayuda de las reglas de la metodología jurídica"¹¹⁴². El juez ha de decidir eligiendo entre "normas jurídicas, reglas metodológicas y enunciados de sistemas jurídicos"¹¹⁴³. En esta acción de *valorar* o

¹¹⁴⁰ *Ibidem*, p 41; Cfr. DREIER, R.: "Recht und Moral" en Ralf Dreier *Recht-Moral-Ideologie*, Francfort del Meno, pp 180-216

¹¹⁴¹ Weinberger plantea una crítica frontal contra la teoría del discurso en tanto que teoría de la corrección práctica, en el sentido de que "la corrección de una tesis no depende del hecho de que pueda ser el resultado de un discurso sino tan sólo de que puedan aducirse en su favor buenas razones" [WEINBERGER, O.: "Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation", en *Metatheorie juristischer Argumentation* (ed. de R. Alexy), Duncker-Humblot, Berlín, 1983, pp 188 y ss]

¹¹⁴² ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 27

¹¹⁴³ *Ibidem*

preferir¹¹⁴⁴ el juez o el decisor ha de recurrir en *toda* la medida de lo posible a reglas lo más universales y justas que admita el sistema jurídico. Es decir, el sistema no le provee de un código de identificación lo suficientemente completo como para poder catalogar en todos los casos (o hacerlo de un modo conveniente), el hecho o supuesto que está juzgando.

En este recurso a una instancia de más amplio espectro, como es el caso del discurso práctico, la validez de las reglas puede admitirse, si cumplen con tres condiciones¹¹⁴⁵: una del ámbito de la verdad/credibilidad (pragmática)¹¹⁴⁶; otra del campo de la aplicabilidad (utilidad); y la condición empírica (facticidad)¹¹⁴⁷.

El discurso práctico constituye la base del discurso jurídico, además de por el apoyo estructural que le confiere, porque está también en la *base* de la forma de operar del juez; esto es, en permanente actitud de crítica y revisión de lo fundamentado. En este sentido son herramientas imprescindibles las *reglas de razón* "que establecen que cualquiera pueda en cualquier momento atacar cualquier regla y cualquier proposición normativa"¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁴V. La postura Maccormick versus Wilson sobre la postura del juez, entre una discrecionalidad y una necesidad lógica [MACCORMICK,N.: "The Nature of Legal Reasoning: A brief Reply to Dr. Wilson", *Legal Studies*, nº 2, 1982, pp 286-290 MACCORMICK,N.: "Legal Deduction, Legal Predicates and Expert Systems", en *Lógica- Informática-Diritto* (conferencia internacional), Florencia, 1989, pp 10 y ss; WILSON,A.: "The Nature of Legal Reasoning: A Commentary with special reference to professor MacCormick's Theory", en *Legal Studies*, nº 2, 1982, pp 275 y ss]

¹¹⁴⁵V. Caps. 17.1 y 24.3

¹¹⁴⁶ALEXY,R.: *Ibidem*, p 182

¹¹⁴⁷ALEXY,R.: "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", incluido en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, 1994, p 143

¹¹⁴⁸ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, pp 187 y ss, y 201

La implicación de ambos tipos de discurso tiene un orden, o si se quiere, va de atrás a delante: la argumentación jurídica dependería, en condiciones normales, de la argumentación práctica general. Así se puede decir que "la argumentación práctica general constituye el fundamento de la argumentación jurídica"¹¹⁴⁹.

Esto es así y es posible, en cierta medida por la compatibilidad estructural que se da en las reglas de ambos tipos de discurso. Esta equivalencia es esencial para poder construir una argumentación *mixta*.

La argumentación práctica sirve como sustrato, herramienta y contraste en la argumentación como tal.

En lo metodológico, la argumentación práctica puede ser necesaria, según Alexy¹¹⁵⁰ : (1) en la fundamentación de las premisas normativas que se requieren para la saturación de las distintas formas de argumentos; (2) en la fundamentación de la elección entre distintas formas de argumentos que llevan a diferentes resultados; (3) en la fundación y comprobación de enunciados dogmáticos; (4) en la fundamentación de los *distinguishing* y *overruling*, y (5) directamente en la fundamentación de los enunciados a utilizar en la justificación interna”.

En lo concreto, estas compatibilidades se manifiestan más explícitamente en:
a) La aplicación ambivalente de la *argumentación empírica* y especialmente de la regla (6.1) que permite la traslación, cuando es necesaria, a un discurso teórico-

¹¹⁴⁹ *Ibidem*, p 277

¹¹⁵⁰ *Ibidem*, p 271

empírico¹¹⁵¹, b) El principio de universalidad y sus aplicaciones (1.3)` fundamentan ambos discursos dando cobertura a las reglas y formas de justificación interna y al principio de justicia formal (su equivalente) de tratar igual a lo igual¹¹⁵².c) Algunas variantes de formas de argumentos prácticos de tipo general y los llamados *cánones* en particular, producen un cierto carácter vinculante en la argumentación jurídica; d) En el caso de la *dogmática jurídica* señala Alexy que se da una revalorización de los argumentos prácticos de tipo general, ya que con la institucionalización “la discusión experimenta una considerable ampliación en los aspectos temporal, personal y objetual”. Para el autor este fenómeno se produce de una manera consecuente al reconocimiento que en las propias funciones básicas de la dogmática (“progreso, control, heurística y estabilización”¹¹⁵³) tienen los principios de no contradicción, universalidad e inercia¹¹⁵⁴;e) Así mismo, el principio de universalidad y de inercia que dan fundamento al uso del *precedente*, “constituyen un ejemplo de cómo los principios prácticos generales sirven como fundamento para dicho uso”¹¹⁵⁵; y e) Algunas *formas de argumentos jurídicos especiales* utilizan tanto la deducción lógica directa como argumentos prácticos. Es el caso de la *analogía* como caso específico del principio de universalidad (1.3), y el *argumento de reducción al absurdo* como variante de una forma esquemática del argumento consecuencialista¹¹⁵⁶.

¹¹⁵¹ *Ibidem*, pp 224 y 275

¹¹⁵² *Ibidem*, p 214

¹¹⁵³ *Ibidem*, pp 226 y ss

¹¹⁵⁴ *Ibidem*, pp 185 y ss y 276

¹¹⁵⁵ *Ibidem*, pp 262 y 276

¹¹⁵⁶ *Ibidem*, pp 228 y ss y 277

25.4 EL DISCURSO JURÍDICO COMO UN "CASO ESPECIAL" DEL DISCURSO PRÁCTICO

Esta afirmación constituye una de las tesis fuertes del planteamiento de Alexy, por cuanto resume el carácter esencial de una argumentación jurídica que tiene en la dimensión práctica no solamente su vocación *moral*, sino una metodología sólida y rigurosa.

Al igual que ocurre con un modelo de derecho de carácter moral, en el que a decir de los positivistas no redundaría en una mayor claridad conceptual, corresponsablemente una argumentación que se sostiene en una trama moral, pudiera adolecer de similares defectos. Hart apuntaba que "si disponemos de los ricos medios del lenguaje claro no debemos presentar la crítica moral a las normas"¹¹⁵⁷. Desde la postura del *argumento de la claridad*, donde "un concepto de derecho positivista que renuncie a la inclusión de elementos morales es más simple y, al menos en esta medida, más claro que un concepto de derecho que contenga elementos morales"¹¹⁵⁸, podría trasladarse a la argumentación la misma afirmación. Lo cierto, sin embargo, es que la mayor simplicidad del derecho positivo y su argumentación propia, proviene de su coyunturalidad. Entendido en parámetros histórico-universales tendríamos que convenir en la mayor *claridad* y, sobre todo, estabilidad de la argumentación práctico-jurídica.

¹¹⁵⁷HART, H.L.A.: "Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral", en HART, H.L.A. *Recht und Moral*, Gotinga, 1971, p 45

¹¹⁵⁸ALEXY, R.: *El concepto y la validez del Derecho*, p 49

El discurso jurídico surge como necesidad de superar los límites del nivel práctico, donde ni se “garantiza que se pueda obtenerse un acuerdo para cada cuestión, ni el que cualquier acuerdo alcanzado sea definitivo o irrevocable”¹¹⁵⁹; esto es, no se garantiza el carácter vinculante de lo acordado. Rebasando dichos límites están también las reglas jurídicas procedimentales y las propias reglas de la legislación parlamentaria¹¹⁶⁰.

El discurso jurídico sería un caso especial del discurso práctico general en tanto que trata cuestiones prácticas (del deber hacer o evitar), que plantean pretensiones de corrección y, sobre todo, porque se autoimpone limitaciones, temporales y procedimentales fundamentalmente.

La posible crítica parcial o total a esta tesis la resuelve Alexy apuntando las siguientes consideraciones.

En primer lugar, es cierto que hay cuestiones *sólo* jurídicas (de sociología, teoría, descriptiva y prognosis jurídicas, etc.) pero son las menos. Lo habitual es que la argumentación jurídico-práctica está presente “no sólo en la *praxis*, sino también en la ciencia jurídica”¹¹⁶¹, precisamente por su componente de “sustrato, herramienta y contraste” que apuntábamos *supra*. A la segunda afirmación hay que contestar con la aclaración previa de que se trata aquí de una pretensión distinta a la de discurso práctico, que propugna enunciados jurídico-normativos y sentencias *racionales*; aquí

¹¹⁵⁹ ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 201

¹¹⁶⁰ *Ibidem*, p 202

¹¹⁶¹ *Ibidem*, p 207

de lo que se trata es de que unos y otras “en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentados”¹¹⁶². Tanto en la exigencia de algunas leyes fundamentales (como la de Alemania) y en la de la propia sociedad occidental, de pedir a los jueces que fundamenten cada vez más sus decisiones, subyace la necesidad de la corrección como condición. Por otra parte esto no sería sino un *plus* de exigencia tal y como lo plantea Larenz¹¹⁶³, en el sentido de que si los propios juicios morales plantean una necesidad de mínimos en cuanto validez, buen juicio, etc., cómo no pedirle esto a los juicios de valor jurídicos¹¹⁶⁴. La tercera cuestión tiene dos ámbitos de análisis posible: las condiciones limitadoras son de tipo teórico y de tipo práctico. A los efectos podemos entender que pueden tratarse también de dos fases contiguas. Tal como afirma Alexy, en relación con las discusiones de la ciencia jurídica, pueden aducirse buenas razones en favor de la tesis del caso especial”¹¹⁶⁵, no obstante teniendo en cuenta que a la hora de justificarla no se trataría de pretender “que las proposiciones normativas a fundamentar encuentren el acuerdo de todos en una discusión sin límites, pero sí que se pretende que todo el que orienta su comportamiento según el ordenamiento jurídico vigente debe estar de acuerdo con estas proposiciones”¹¹⁶⁶. En suma, la racionalidad del discurso ha de darse en el marco que se le habilite; el que sea dentro del ordenamiento le da un carácter con el que hay que contar (aquí podríamos hablar no sólo de obediencia

¹¹⁶²*Ibidem*, p 208

¹¹⁶³LARENZ, K.: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., Berlin/Heidelberg/New York, 1975 [trad. cast. de M. Rodríguez, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona/Caracas/México, 1980]; Para opinión alternativa Cfr. FRANKENA, W. K.: *Analytische Ethik*, München, 1972

¹¹⁶⁴Según nota nº 8 de Alexy

¹¹⁶⁵ALEXY, R.: *Ibidem*, p 211

¹¹⁶⁶*Ibidem*

moral al derecho sino de obediencia *racional* al derecho). Y, desde luego que, se mantiene el objetivo de corrección, no sólo en el acuerdo final, sino también en los acuerdos parciales, en los modelos de procedimiento, en las cláusulas limitativas y, como apunta Alexy, en acordar una proposición jurídica en los términos de *posible*¹¹⁶⁷.

25.5 CRÍTICA

Esta subordinación al nivel práctico determina un discurso jurídico que, sin renunciar a sus pretensiones de universalidad y validez general, ha de inscribirse en un contexto histórico (correspondiente a un nivel de desarrollo del orden jurídico concreto) y cultural (adecuado al momento de evolución de las ideas en cuestión).

Del discurso práctico general hereda su vocación de búsqueda de verdades objetivas, de la corrección metodológica, de la persecución en suma del ideal de la única respuesta correcta a la solución de un caso. Y, así mismo, de que su voluntad específica o jurídica inquiera verdades objetivables en un contexto determinado, una corrección procesal y la presencia de la respuesta más adecuada al caso.

Supone un tránsito metodológico de lo general a lo particular, que pretende conciliar el estatus de coordinador de la conducta social (propia de la moral) en términos más o menos homogéneos, con el de aplicador de las recetas correspondientes y en términos matizados (propia del derecho).

¹¹⁶⁷ Añadiríamos la conveniencia de incluir los propios *intereses subjetivos*, cuando su defensa es objetiva y no espúrea, pero no es el momento de abrir este debate (N.del A.)

Los enemigos de un concepto del derecho libre de esta servidumbre, criticarán precisamente la imposibilidad de esta convergencia, al tratarse de realidades con objetos diferentes: el *deber ser* social en un contexto objetivo e involuntario y el *deber ser* social en un contexto subjetivo y voluntario; además de la innecesiedad de fundamentar el derecho fuera de su campo propio ¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁸HOERSTER, N.: "Teoría iusfilosófica del concepto de derecho", en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, pp 126 y ss

CAPÍTULO 26

El discurso jurídico ha de cumplir, también, con **reglas específicas**.

26.1 MARCO DE ACTUACIÓN DEL DERECHO

26.2 ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO Y EL LEGALISMO

26.3 TIPOS DE REGLAS

La pretensión del ordenamiento jurídico de mantenerse como marco de operatividad de la conducta social en su expresión civil, persiguiendo el mismo grado de universalidad que el "ordenamiento moral", obliga al discurso jurídico a adaptarse a la ineludible constricción que le imponen la temporalidad, la subordinación legal y la propia necesidad de justificarse¹¹⁶⁹, mediante reglas específicas.

El resultado así obtenido, más complejo y elaborado, que responde a la necesidad de dar cuenta de toda la casuística incluida en lo que se conoce como justificación externa, no pierde su pretensión de corrección ni de racionalidad.

¹¹⁶⁹V. Justificación interna y justificación externa, en Caps. 9.2 y 24.1

Este modelo discursivo es moralizante en cuanto a su naturaleza, arrastrando con su fundamentación discursiva práctica un carácter quizá demasiado teórico para una práctica jurídica. En cuanto a su estructura, es compleja y no demasiado familiar a esa práctica jurídica concreta; es decir, a criterios de utilidad. En cuanto a su metodología, es igualmente complicada si lo valoramos en términos de aplicabilidad a la solución de los casos reales.

Pese a todo, recuerda al profesional o estudioso del derecho que han de recorrerse (o tenerse en cuenta al menos) estos caminos, como guías de referencia solventes en cualquier ámbito donde se analicen problemas jurídicos.

26.1 MARCO DE ACTUACIÓN DEL DERECHO

Cuando analizábamos la diferente óptica usada por el iusracionalismo y el positivismo a la hora de fundamentar el derecho y acentuar la validez sobre la corrección o la eficacia social, ya estábamos acotando implícitamente el marco del derecho.

La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy se desarrolla sobre un supuesto previo: la existencia de un modelo jurídico en que las conexiones conceptuales y normativas entre derecho y moral son evidentes y constatables¹¹⁷⁰.

¹¹⁷⁰Conexiones que pueden ser de dos tipos: *definitorias* y *calificativas* [ALEXY, R.: "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral" (trad. de P. Larrañaga), en *Ratio Juris*, V.2, N°2, 1989, pp 175 y ss]

Pero ese modelo jurídico se puede contemplar, o bien como un sistema de normas, o bien como un sistema de procedimientos¹¹⁷¹. Así mismo, puede verse desde la perspectiva de dos actores principales: el expectador (por decirlo de una manera genérica, el ciudadano corriente) y el participante (el juez, el decisor)¹¹⁷². En cuanto *sistema de normas*, se trata de un sistema de productos resultantes de la propia génesis o procedimientos de creación de normas. En tanto que *sistema de procedimientos*, el sistema jurídico es “un sistema de acciones basadas en reglas y guiadas por reglas, a través de las cuales las normas son promulgadas, fundamentadas, interpretadas e impuestas”¹¹⁷³. El sistema de normas representaría algo así como el costado externo del sistema jurídico, en tanto el de procedimientos constituiría el costado interno. O también podríamos referirnos a las *externalidades* e *internalidades* del sistema jurídico¹¹⁷⁴.

En lo que respecta al sujeto, la *perspectiva del observador* la representa aquel “quien no pregunta cual es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico

¹¹⁷¹ ALEXY, R.: *El concepto y la validez del Derecho*, p 30

¹¹⁷² *Ibidem*, p 31

¹¹⁷³ *Ibidem*; Cfr.: ALEXY, R.: “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica” (trad. de E. Garzón Valdés), en *Derecho y filosofía*, Fontamara, México, 1992, incl. en *Derecho y razón práctica*, México, 1993, pp 60 y ss; ALEXY, R.: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” (trad. de M. Atienza), en *Doxa 5*, Alicante, 1988 y *Derecho y razón práctica*, México, 1993, p 20; FULLER, L.: *The Morality of Law*, New Haven Conn, 1969 [Alexy considera similar la distinción que plantea entre norma y procedimiento, con la postulada por Fuller: “*The purposive effort that goes into the making of law and the law that in fact emerges from that effort*” (“El esfuerzo deliberado que se dirige a la elaboración del Derecho y el resultado que emerge”)]p 193]

¹¹⁷⁴ Bajo uno u otro prisma, lo cierto es que en el campo de aplicación del Derecho existe la inexcusable necesidad de reconocer un contorno y unos límites, [IGARTUA SALAVERRÍA, J.: *Márgenes y límites en la aplicación del derecho*, Librería Carmelo, Facultad de Derecho, Donostia, 1992]

sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico”¹¹⁷⁵. La perspectiva del participante es la propia de “quien en un sistema jurídico participa en una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico está ordenado, prohibido y permitido o autorizado”¹¹⁷⁶.

Con estos elementos analiza Alexy las posibilidades de un modelo argumentativo práctico-moral que resuelva con ventaja las situaciones de la problemática sociojurídica a la que se le somete, en detrimento de un modelo positivista que, en líneas generales, no la superaría.

Puede decirse que Alexy, si bien sostiene a lo largo de su pensamiento una conexión necesaria entre derecho y moral, que se traslada también a su argumentación jurídica, en la práctica se trataría sólo de una vinculación en sentido débil. El que una norma sea sólo norma jurídica si su contenido es moral, sería un supuesto no defendido por él, con lo que al menos quedaría salvada la posible y temida legitimación acrítica del derecho. Esta situación, en buena medida es debida a radicalizaciones de autores como Kelsen o Hoerster quienes, bajo la crítica a la

¹¹⁷⁵ALEXY, R.: *El concepto y validez del derecho*, p 31

¹¹⁷⁶*Ibidem*; HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford, 1963, pp 86 y ss; Alexy considera en cierto modo similar este concepto al *internal/external point of view* de Hart, aunque considera éste más ambiguo.

Lo cierto es que la ambigüedad también se da insistentemente en Alexy, no en la definición de estos conceptos, sino en el desarrollo de la argumentación jurídica, donde en muchos puntos se puede juzgar de forma equívoca si el sujeto es un observador o es un participante; o, incluso, ambos (N. del A.)

La perspectiva del observador puede adoptar además del formato individual, como en el caso del *espectador imparcial* de Maccormick, un ser ideal superinformado con el que contrastar nuestras respuestas [MACCORMICK, N.: "Universalization and Induction in Law" en *Reason in Law. Proceedings of de Conference Held in Bologna 12-15 December 1984*, Giuffrè, Milán, 1987, p 104], el de un ente colectivo, como el *tribunal de la razón* de Toulmin.

fórmula: “una norma es sólo legal si es moral” abocan a la más extrema de “si una norma es legal entonces es moral”; lo que aparentemente podría llevar a una situación de una legitimación más o menos acrítica de cualquier ordenamiento (incluidos los que nos resultan más cercanos), en el sentido de “haber sido creado de acuerdo con la Constitución vigente y aplicado e impuesto por las autoridades jurídicas”¹¹⁷⁷. Alexy se adscribe a una tesis débil de la vinculación entre derecho y moral que admite que “las normas injustas y, por lo tanto inmorales, pueden ser derecho”¹¹⁷⁸. Con esto se está admitiendo (en línea con el positivismo jurídico) una crítica moral del derecho que permite una actitud crítica con el ordenamiento en general. “La diferencia consiste únicamente en que, a partir de un determinado umbral este ordenamiento comienza a perder carácter jurídico”¹¹⁷⁹.

26.2 ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO Y EL LEGALISMO

Una característica “moderna” de los ordenamientos jurídicos actuales es su alto grado de desarrollo y complejidad. Paralelamente, estos sistemas, necesitan reconocerse en construcciones sociojurídicas aparentemente más simples, más al alcance de los ciudadanos. El primer fenómeno podría apuntar a un *legalismo* como mejor modo de recoger y ordenar la problemática social evolucionada. El segundo lo haría a un *constitucionalismo*, entendiendo que las construcciones jurídicas más sencillas, dotadas de un sentido histórico, no coyunturalista, pueden dar mayor juego

¹¹⁷⁷HOERSTER, N.: “Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff”, en *Juristische Schulung*, 1987, p 185

¹¹⁷⁸ALEXY, R.: *Ibidem*, p 53

¹¹⁷⁹*Ibidem*

en la solución de esa problemática, dejando abierta la puerta a una mayor interpretación en su aplicación.

La argumentación jurídica, tal y como la concibe Alexy, ha de desarrollarse en ambos sentidos, pero en cuanto a su vocación de mantener la corrección práctica como soporte de la justicia en la administración del derecho, no cabe duda que encuentra en la Constitución y su defensa de los derechos fundamentales por la vía de la aplicación de los principios, el mejor soporte a su legitimidad. “Los juristas pueden ciertamente contribuir a la realización de la razón y la justicia, pero esto, en el sector que ellos ocupan no pueden realizarlo aisladamente. Ello presupone un orden social racional y justo”¹¹⁸⁰. Este tipo de orden es invocado por los constitucionalistas y conviene a un modelo de argumentación que, en principio, concede grandes prerrogativas al juez en la aplicación del derecho y un permanente recurso de ida y vuelta a la Constitución como elemento de fundamentación de decisiones y de creación de derecho nuevo¹¹⁸¹.

Este, no obstante, es un asunto controvertido donde los positivistas ven un peligro implícito: que el juez, en aras de la justicia, se enfrente a las decisiones del legislador democráticamente legitimado¹¹⁸². A este supuesto *argumento de la*

¹¹⁸⁰ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 280

¹¹⁸¹ Además de la fuente de referencia, en la interpretación de las normas habría que tener en cuenta el propio proceso de la producción jurídica y sus diversas categorías [EZQUIAGA GANUZAS, F.J.: *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p 17, "... parece oportuno distinguir el resultado lingüístico de la actividad de los órganos con competencia normativa, el soporte utilizado para incorporar ese resultado al sistema jurídico y la norma jurídica y como el resultado de la interpretación de ese material lingüístico"]

¹¹⁸² MAUS,I.: “Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts” en *Rechtstheorie*, 1989, pp 191-210

*democracia*¹¹⁸³, que en esencia denuncia una suplantación en ciertos casos de democracia por moralidad, invocando la defensa de la justicia, contesta Alexy con su referido punto de vista sobre la pérdida de legalidad de las normas sólo cuando han llegado a un grado de manifiesta injusticia. Así, quien pretenda aducir el argumento de la democracia o de división de poderes en contra de la tesis débil de la vinculación estaría negando de hecho la subordinación del legislador a los derechos fundamentales¹¹⁸⁴. En buena medida el juez ha de estar atento a que no se allane esa subordinación, que es judicialmente controlable y argumentalmente explicitable.

Lo cierto es que éste es un terreno sumamente resbaladizo en el derecho y como tal despierta recelos tanto conceptuales como de cumplimiento. El juez en un extremo y el Tribunal Constitucional en otro, pueden desdibujar el libre discurrir de la vida jurídica por un cauce que en teoría debería quedar lo más nítidamente delimitado: tanto la consecuencia de que “el derecho aplicable (no tuviera) su sede en la Constitución, sino en el juicio de ponderación del juez”¹¹⁸⁵, como la versión caricaturesca de Forsthoff de una “Constitución protoorigen de la que todo surgiría, desde el Código Penal hasta la ley de fabricación de termómetros”¹¹⁸⁶.

¹¹⁸³ ALEXY, R.: *El concepto y validez del derecho*, p 61

¹¹⁸⁴ *Ibidem*; EZQUIAGA GANUZAS, F.J.: *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, pp 303 y ss (V. para una interpretación de los derechos, de manera que siempre tengan la máxima efectividad)

¹¹⁸⁵ ALEXY, R.: “Sistema jurídico y razón práctica”, incluido en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, 1994, p 161 [Nota nº 12 sobre pronunciamiento del TCF]

¹¹⁸⁶ FORSTHOFF, E.: *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2ª ed. Munich, 1971, p 144

La idea más o menos común a este respecto en el positivismo la recoge Alexy de una manera un tanto radical en cuatro esquemáticas formas: “Norma en vez de valor; subsunción en vez de ponderación; independencia del derecho ordinario en vez de la omnipresencia de la Constitución y autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución en lugar de omnipotencia judicial apoyada en la Constitución”¹¹⁸⁷.

Pronunciamientos como el del TFC en Alemania, al considerar los derechos fundamentales como “un orden objetivo de valores” que en tanto “decisión iusconstitucional fundamental” alcanza a todos los ámbitos del derecho y del cual reciben “directrices e impulsos” la legislación, la administración y la justicia¹¹⁸⁸, son suficientemente explícitos en cuanto al fondo, quizá no en cuanto a la aplicación y al papel de los actores.

En este sentido Alexy, superando las posiciones estrictamente legalistas e incorporando “una axiología libre de suposiciones insostenibles (que) pueda ser reconstruida como teoría de los principios”¹¹⁸⁹, propone su modelo de argumentación jurídica en tres niveles, sustentado en un concepto de razón práctica y un constitucionalismo moderado¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁷ ALEXY, R.: *Ibidem*, p 160

¹¹⁸⁸ *Ibidem*, p 159 [Nota nº 1 sobre pronunciamiento del TCF]

¹¹⁸⁹ *Ibidem*, p 161

¹¹⁹⁰ *Ibidem*; [Alexy pone el origen de estos análisis diferenciadores entre constitucionalismo/legalismo en alguna de las conversaciones mantenidas con Ralf Dreier, si bien no con ésta terminología. Cfr. DREIER, R.: “Recht und Moral” en Ralf Dreier *Recht-Moral-Ideologie*, Francfort del Meno, pp 180-216]

26.3 TIPOS DE REGLAS

El sentido más o menos universal e intemporal de la argumentación en general, adquiere en el discurso jurídico una dimensión histórica, actual y local. Esta situación debe ser superada en el modelo de Alexy, quien pretende que estas características no desvirtúen el inequívoco papel ejemplarizante y superador de ámbitos, situaciones y/o sociedades concretas.

Esto lo consigue “montando” las reglas propiamente jurídicas sobre una estructura de otras 28 reglas que pretenden recoger algo así como “un código de la razón práctica que no sólo complementa las reglas del discurso jurídico, sino que constituyen la base para su justificación y crítica, en el marco de una justificación y crítica del sistema jurídico en su conjunto”¹¹⁹¹.

Se trata de un sistema mixto o superpuesto de reglas y principios, dentro del marco del mencionado constitucionalismo moderado¹¹⁹². Conceptualmente ocupan un espacio de mayor definición del comportamiento: el de los hechos concretos. Metodológicamente son “los límites del discurso práctico general (los que fundamentan la necesidad de reglas jurídicas”¹¹⁹³, y socialmente son necesarias para alcanzar el carácter de vinculante a las soluciones; cosa que el discurso práctico no

¹¹⁹¹ALEXY,R.: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica" (trad. de M. Atienza), en *Doxa 5*, Alicante, 1988 y *Derecho y razón práctica*, México, 1993, p 21

¹¹⁹²ALEXY,R.: "Sistema jurídico y razón práctica", p 162

¹¹⁹³ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 202

puede garantizar¹¹⁹⁴. Las reglas jurídicas, en fin, tienen también la misión de ligar los “puntos muertos” de la argumentación mediante sus variantes procedimentales, “asegurando los presupuestos que hacen posible fácticamente la realización de discursos”¹¹⁹⁵.

Técnicamente la argumentación jurídica no es sino la justificación de proposiciones normativas en un contexto especial que tiene forma de decisiones jurídicas¹¹⁹⁶.

Esta justificación¹¹⁹⁷ puede tener dos variantes: La *justificación interna*, que coincide en general con casos simples o de trámite. Técnicamente se puede inferir

¹¹⁹⁴*Ibidem*; No obstante, la vinculación puede ser obtenida también a través de las reglas del discurso práctico si, en manos del juez, consiguen abarcar el supuesto de hecho a tratar, cuando este procede por deducción directa y, en particular, en muchos casos en que sólo es necesario recurrir a una *justificación interna* (N. del A.). Ahora bien, Alexy parece preferir la vinculatoriedad como una característica exclusiva del discurso jurídico: “la cuestión de cómo se distingue la argumentación jurídica de la argumentación práctica es una de las cuestiones centrales del discurso jurídico. Aquí se puede ya establecer un punto: la argumentación jurídica se caracteriza por la vinculatoriedad, como quiera que deba determinarse, al Derecho vigente” [ALEXY, R.: *Ibidem*, p 206]

¹¹⁹⁵*Ibidem*, nota n° 90

¹¹⁹⁶*Ibidem*, p 213

¹¹⁹⁷*Ibidem*. El autor considera que los términos justificación y fundamentación son conceptos “ampliamente intercambiables”, pese al análisis que lleva a cabo en p 52 [nota n°3]: “Entre estos conceptos existen algunas diferencias, pero también importantes coincidencias. El concepto de justificación es, por una parte, más amplio que el de fundamentación..., más estrecho. De una justificación se hablará sobre todo cuando se ofrezcan razones frente a una objeción o una duda. Sin embargo en muchos contextos se pueden usar ambas expresiones. Por ello, en adelante se usarán en gran medida como sinónimos”. Entendemos que las diferencias entre ambos conceptos son mayores que las que el autor percibe, pero, por ceñirnos al ámbito de la argumentación, podría resultar quizá más conveniente el término justificación para la utilización en el ámbito de la *corte judicial*, y el de fundamentación en el seno de la *dogmática* [N. del A.]

Igartua Salaverría introduce una variable interesante al equiparar *justificación* y *motivación* para “salvar” la arbitrariedad [IGARTUA SALAVERRÍA, J.: *Discrecionalidad*

una conclusión normativa a partir de una premisa normativa y una premisa fáctica¹¹⁹⁸. El juez obtiene una decisión directamente de las premisas con las que cuenta. En principio se utiliza la operativa del llamado silogismo jurídico¹¹⁹⁹. Y la *justificación externa*, cuyo objeto es la corrección de estas premisas; es decir, aquella en la que el papel del juez es la de determinar la premisa fáctica y la premisa normativa a través de nuevas y sucesivas argumentaciones. Se trataría en este último supuesto de solucionar lo que se llaman *casos difíciles*.

La justificación interna se puede resolver sin salirse del campo de la lógica. La justificación externa es en gran medida el campo propio de la argumentación jurídica¹²⁰⁰

Mediante la justificación externa se fundamentan las premisas utilizadas en la justificación interna, que podrían ser de diferentes tipos, como: reglas de Derecho positivo, enunciados empíricos y premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo¹²⁰¹. En la fundamentación de premisas empíricas se

técnica, motivación y control jurisdiccional, Instituto Vasco de Administración Pública, ed., Civitas, S.A., Madrid, 1998, p 77, "... Si contra el riesgo de la arbitrariedad no se conoce otro antídoto que la *motivación*, a ésta habrá que considerarla como sinónima de *justificación* (aducir buenas razones en favor de una decisión) y no -por mucho que sea habitual- como si fuera una *descripción* de las razones /motivos que han inducido a un sujeto a decidir algo"].

¹¹⁹⁸ ATIENZA, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p 45

¹¹⁹⁹ V. Cap. 9.2

¹²⁰⁰ ATIENZA, M.: *Ibidem*, p 46

Cfr. WROBLEBSKI, J.: "Legal Decision and its Justification", en *Le raisonnement juridique*, Actas del Congreso mundial de Filosofía jurídica y social, Bruselas, 1971, pp 409-419; y "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", en *Rechtstheorie*, núm, 5, 1974, pp 33-46 (a quien pertenece esta terminología)

¹²⁰¹ ALEXY, R.: *Ibidem*, p 222

recurre a métodos empírico racionales clásicos combinados con la carga de la prueba cuando corresponda¹²⁰². La fundamentación de una regla de Derecho positivo consiste en verificar su adecuación al ordenamiento jurídico¹²⁰³. La fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo corre a cargo de la “argumentación jurídica”¹²⁰⁴ propiamente dicho.

La argumentación jurídica, según Alexy, estaría conformada (además de por las reglas silogísticas de la justificación interna) por “los seis grupos de reglas y formas de justificación externa”¹²⁰⁵ reunidas bajo los siguientes epígrafes: (1) Reglas y formas de interpretación (de la ley), (2) de la argumentación dogmática (de la dogmática jurídica), (3) del uso de los precedentes, (4) de la argumentación práctica general (de la razón), (5) de la argumentación empírica, y (6) las formas especiales de argumentos jurídicos¹²⁰⁶.

¹²⁰² *Ibidem*

¹²⁰³ Esta fundamentación puede resultar algo más compleja de lo que se presume aquí, por lo que no debe descartarse hablar también de alguna suerte de argumentación jurídica cuando se trata de aplicar los criterios del derecho positivo (N. del A.)

¹²⁰⁴ ALEXY, R.: *Ibidem*

¹²⁰⁵ *Ibidem*, p 223

¹²⁰⁶ *Ibidem*

La clasificación de las reglas y formas de la justificación externa que realiza Müller, sería bastante similar. Especialmente interesante es la inclusión de un grupo (6) de elementos de política constitucional y jurídica [Cfr. MÜLLER, Fr.: *Juristische Methodik*, 2ª ed., Berlin, 1976]

CAPÍTULO 27

El discurso jurídico ha de ser solidario, además, con **la dogmática, el precedente, y la ley.**

27.1 LOS LÍMITES DEL DERECHO

27.2 LAS TRES VÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Esta limitación del discurso jurídico a la dogmática, el precedente y, desde luego, a la ley vigente, es lo que le acaba de convertir en un "caso especial" de la argumentación práctica, pues le impone condiciones muy precisas.

Cuando, además, el discurso científico-jurídico está en ejercicio, es decir, ocupándose en administrar justicia en la resolución de los casos reales, entonces le es de aplicación la cuarta limitación, la que le imponen las propias reglas del ordenamiento procesal¹²⁰⁷.

¹²⁰⁷ IGARTUA SALAVERRÍA, J.: *Márgenes y límites en la aplicación del derecho*, cit.

27.1 LOS LÍMITES DEL DERECHO

Repetidamente hemos aludido a que la interpretación y aplicación de la metodología jurídica que aquí se propone es el resultado de un determinado modelo de derecho, a partir del cual se incorporan los supuestos de su aplicación. Tenemos por tanto dos posibles contornos limitantes del derecho: conceptual uno, que linda con el positivismo tradicional sin aceptar sus tesis, y metodológico el otro, propio del campo de la argumentación, donde se aceptan como referentes que la nutren y la guían la dogmática, el precedente y la propia ley en vigor.

Si el modelo positivista cifra los objetivos del derecho en la eficacia social y la legalidad conforme al ordenamiento, se podría decir que le corresponden por tanto un concepto sociológico de validez y un concepto jurídico de validez¹²⁰⁸.

Respecto al ámbito sociológico se puede inferir que “una norma vale socialmente si es obedecida” o, en cualquier caso, es cumplida la sanción por su incumplimiento¹²⁰⁹. En resumen, los parámetros que configuran la validez social serían: a) que es un asunto de grado; b) que depende del binomio obediencia-sanción, y c) que prevé la legitimación de la coacción física del sistema jurídico¹²¹⁰.

¹²⁰⁸ ALEXY, R.: *El concepto y la validez del Derecho*, p 87

¹²⁰⁹ *Ibidem*, p 88

¹²¹⁰ HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford, 1963; HART, H.L.A.: “Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral”, en HART, H.L.A. *Recht und Moral*, Gotinga, 1971, pp 14-57; ROTTLEUTHNER, H.: *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Friburgo-München, 1981, pp 91 y ss; ROTTLEUTHNER, H.: *Rechtstheorie in die Rechtssoziologie*, Darmstadt, 1987, pp 54 y ss

La validez jurídica, que presupone necesariamente la validez social¹²¹¹, es más restringida, al menos si se considera en su sentido más estricto: una norma vale jurídicamente cuando es dictada por la autoridad competente, acorde con el procedimiento y no vulnera normas o efectos de normas de rango superior.

El concepto jurídico de validez ha de dar cuenta de dos graves inconvenientes: de credibilidad conceptual uno, que se concreta en la *circularidad*, y que supone que la definición de validez jurídica está ya presuponiendo la validez jurídica. El segundo, institucional, que se traduciría en la necesidad de ser *impuesto*¹²¹² (a diferencia del sociológico o el ético). Lo que Hoerster resume en que, un sistema de normas sólo alcanza el rango de sistema jurídico si, “en caso de conflicto abierto, se impone frente a otros sistemas coactivos normativos de la sociedad”¹²¹³.

Pero, para los modelos de derecho natural o racional, la eficacia social o la legalidad conforme al ordenamiento no son soportes para la validez de una norma; esta validez que ha de buscarse en la *corrección*. “Una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada”.

No cabe duda que estos conceptos y sus expresiones metodológicas aparecen entremezclados en los sistemas jurídicos actuales. La ineludible necesidad de

¹²¹¹ ALEXY, R.: *Ibidem*, p 89

¹²¹² *Ibidem*

¹²¹³ HOERSTER, N.: “Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff”, en *Juristische Schulung*, 1987, p 184; V. también, HOERSTER, N.: “El deber moral de obediencia al Derecho”, incl. en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, pp 147 a 158

fundamentación de sus respectivas circularidades, se traduce en la búsqueda de la norma raíz o *norma fundamental* que, según desde la perspectiva de validez que se aborde, podrá ser de tipo analítica (Kelsen)¹²¹⁴, normativa (Kant)¹²¹⁵ o empírica (Hart)¹²¹⁶. Desde luego el modelo jurídico en el que asienta la argumentación de Alexy se orienta a la raíz kantiana en la pregunta por la validez. En definitiva, es volver al reconocimiento del importante papel del discurso práctico en su modelo, que, en todo caso, advierte, ha de entenderse “en el contexto de una teoría completa del Estado y del Derecho”¹²¹⁷.

Ese, pues, sería su límite o marco conceptual.

27.2 LAS TRES VÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Pero, la argumentación jurídica ha de someterse a otro marco más estrecho, como son la ley, la dogmática y el precedente; “los vínculos institucionales”¹²¹⁸ que la caracterizan.

¹²¹⁴KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*, 2ª edición, Viena, 1960; V. también, KELSEN, H.: *Die allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979 [trad. de M. Torre (de la ed. italiana de M. G. Losano, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985)]

¹²¹⁵KANT, I.: *Metafísica de las Costumbres (Metaphysik der Sitten)*, 1797, trad. de A. Cortina y J. Conill), Altaya, Barcelona, 1973

¹²¹⁶HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford, 1963

¹²¹⁷ALEXY, R.: “Respuesta a algunos críticos” en *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989, p 314; ALEXY, R.: “Idée et structure d’un système du droit rationnel” en *Archives de Philosophie du Droit*, nº 33, 1988, p 30

¹²¹⁸ALEXY, R.: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, p 20

Que el discurso jurídico deba supeditarse al precedente, a la legalidad vigente y a la dogmática, atiende respectivamente a sus dimensiones histórica, actual y crítica; algo a lo que cualquier sistema de pensamiento en general está obligado. La cuestión, en este caso, es que ninguna de estas tres dimensiones en que se incardina un caso o situación real, distorsione el modelo argumentativo propuesto por Alexy, que tiene precisamente expectativas de validez extracontextuales.

La *argumentación interpretativa de la ley* es, por defecto, la esencia misma de la argumentación. En gran medida corresponde a los llamados cánones llevar a cabo la interpretación de las normas¹²¹⁹. En síntesis, un canon interpreta la norma *N* valiéndose de la regla *R* y ofrece la norma *N'* ya interpretada. La tarea completa del canon es dar cuenta cabal de esa interpretación fundamentándola.

La discusión sobre los cánones es antigua (desde Savigny). Respecto a su estructura lógica¹²²⁰, Hart los considera “reglas generales para el uso del lenguaje”¹²²¹; Larenz: “puntos de vista rectores a los que se asigna un peso variable”¹²²², y Rottleuthner sostiene que no son tales reglas sino que sólo “indican líneas de investigación”¹²²³. Deben emplearse bajo la exigencia de saturación, lo que

¹²¹⁹ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 225; LARENZ,K.: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ªed., Berlin/Heidelberg/New York, 1975 [trad. cast. de M. Rodríguez, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona/Caracas/México, 1980]

¹²²⁰ALEXY,R.: *Ibidem*, p 235

¹²²¹HART,H.L.A.: *The Concept o Law*, Oxford, 1963, p 123

¹²²²LARENZ,K.: *Ibidem*, p 332

¹²²³ROTTLEUTHNER,H.: *Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik*, Frankfurt a. M., 1973, p 30

garantiza su racionalidad. Son polivalentes y jerarquizados¹²²⁴ (si bien no hay acuerdo sobre su definitiva jerarquía).

Alexy, por su parte, considera que los cánones, aún siendo un elemento esencial a la argumentación, “no ofrecen una garantía de que se encuentre un resultado correcto”¹²²⁵, al menos con una seguridad relevante; aunque, desde luego, son “algo más que instrumentos de legitimación secundaria de una decisión”¹²²⁶. Instrumentos de los que “tiene que servirse la argumentación jurídica si quiere cumplir con la pretensión de corrección”¹²²⁷; una corrección que, en este caso, ha de ser formal y legal.

La *argumentación dogmática*, o basada en la dogmática, es una de las más ricas en posibilidades especulativas del discurso. La dogmática jurídica, como ciencia propia del Derecho, es “pluridimensional”¹²²⁸, compleja y confusa, pero prolífica. Un resultado de la suma de tres actividades: a) la descripción del Derecho vigente; b)

¹²²⁴Cfr. ENGISCH, K.: *Einführung in das juristische Denken*, 5ª ed., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1971 [Trad. cast. de E. Garzón Valdés, *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1975]; ESSER, J.: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1972; MEYER-CORDING, U.: *Kann der Jurist heute noch Dogmatik sein?*, Tübingen, 1973; MÜLLER, Fr.: *Juristische Methodik*, 2ª ed., Berlin, 1976

¹²²⁵ALEXY, R.: *Ibidem*, p 240

¹²²⁶*Ibidem*

¹²²⁷*Ibidem*

¹²²⁸DREIER, R.: *Was ist und wozu a Allgemeine Rechtstheorie?*, Tübingen, 1975, p 15; V, también, DREIER, R.: "Recht und Moral" en Ralf Dreier *Recht-Moral-Ideologie*, Francfort del Meno, 1981, pp 180-216; KRIELE, M.: *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2ª ed., Berlin, 1976, p 85; RADBRUCH, G.: *Rechtsphilosophie*, 7ª edición., Koehler, Stttgar, 1970, p 209

el análisis sistemático y conceptual del mismo, y c) la estrategia de solución de casos de problemática jurídica¹²²⁹.

En el plano más cercano a la argumentación estas actividades se traducirían en: “1.- Un análisis lógico de los conceptos jurídicos; 2.- la reconducción de este análisis a un sistema, y 3.- la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones jurídicas”¹²³⁰.

Son numerosas las críticas, antiguas y actuales que pueden hacerse a la argumentativa dogmática como método de esclarecimiento y análisis del razonamiento jurídico, pero vamos a resaltar dos: Primera, que la dogmática, sólo con los medios del análisis lógico y de la deducción lógica, no puede alcanzar nuevos contenidos normativos¹²³¹, por lo que acabaría entrando en una especie de metalenguaje de naturaleza cuasimatemática. Segunda, y en alguna medida dependiente de la anterior, que en la fundamentación de enunciados dogmáticos, si bien se puede recurrir a nuevos enunciados dogmáticos, éstos deben ser fundamentados de nuevo hasta un punto en que se precisará de otros argumentos¹²³². Para Alexy, “como los enunciados dogmáticos tienen contenido normativo, estos otros argumentos sólo pueden ser argumentos de tipo práctico general”.

¹²²⁹ALEXY,R.: *Ibidem*, p 241

¹²³⁰*Ibidem*, p 243

¹²³¹*Ibidem*

¹²³²ESSER,J.: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1972, p 93; Cfr.MEYER-CORDING,U.: *Kann der Jurist heute noch Dogmatik sein?*, Tübingen, 1973

Naturalmente esto suscitaría una crítica de orientación positivista en el sentido de suponer un déficit de fundamentación¹²³³; no así desde el planteamiento de Alexy en que se verá reforzada la necesidad de la argumentación práctica. En suma, “el uso de argumentos dogmáticos puede ser visto no sólo como no contradictorio con los principios de la teoría del discurso, sino como un tipo de argumentación exigido por ésta en el contexto especial del discurso jurídico”¹²³⁴. Por ello, concluye Alexy, con la regla (J.12): “Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados”¹²³⁵.

En cuanto al uso de los precedentes en la argumentación, se basa en la aplicación de una norma que subyace o está implícita a la decisión del precedente¹²³⁶. La argumentación, dentro de la exigencia de corrección, ha de ser justificable. El uso del precedente debe ser lo más riguroso posible¹²³⁷ teniendo en cuenta que precisamente su fundamento lo constituye “el principio de universalidad de Hare, o su concreción en la regla (1.3’). Pero la exigencia de equivalencia de la justicia de “tratar de igual manera lo igual” tropieza con la dificultad de que “no hay dos casos completamente iguales” y si fueran iguales en teoría, las variaciones histórico-sociales los harían diferentes. Por ello necesariamente ha de estar muy bien fundamentado.

¹²³³Cfr. LUHMANN, N.: *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. de I. de Otto), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983

¹²³⁴ALEXY, R.: *Ibidem*, p 261

¹²³⁵*Ibidem*

¹²³⁶*Ibidem*, p 266;

¹²³⁷KRIELE, M.: *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2ª ed., Berlin, 1976, pp 240 y ss;

Toda separación de la línea del precedente lleva aparejado el endosar la *carga de la argumentación*¹²³⁸, o regla (J.14) a quien así proceda.

Podría haber razones para pensar que la utilización de las reglas o la doctrina del precedente contraviene las reglas del discurso (que en sentido estricto así lo es); ahora bien, teniendo en cuenta la estrechez del espacio de lo discursivamente posible, nos lleva a considerar, según Alexy, que “debe verse como racional”¹²³⁹. En este sentido hay dos caminos: la técnica del *distinguishing* que permite interpretar de una manera ajustada la norma a aplicar desde la perspectiva del precedente, y la técnica del *overruling* por la que se rechaza el precedente. Ambos casos han de ser debidamente fundamentados, por lo que “los argumentos prácticos de tipo general juegan un papel fundamental”¹²⁴⁰. Considera Alexy, por tanto, que el uso de los precedentes viene exigido por razones o reglas práctico-generales (Universabilidad y carga de la argumentación) y es en buena parte fundamentado en argumentos práctico-generales; o, lo que es lo mismo, es racional en todos los sentidos.

¹²³⁸ ALEXY,R.: *Ibidem*, p 263; ESSER,J.: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1972, pp 185 y ss; KRIELE,M.: *Ibidem*, pp 243 y ss

¹²³⁹ ALEXY,R.: *Ibidem*, p 265

¹²⁴⁰ *Ibidem*, p 266

CAPÍTULO 28

El discurso jurídico tiene **finalidad ejecutiva**; es decir, lleva incorporada la necesidad de cerrar el círculo racional discursivo con alguna de sus producciones: dogmática, normativa y producción de sentencias.

28.1 LA RETROFUNDAMENTACIÓN DE LAS REGLAS Y EL DÉFICIT DE RACIONALIDAD DEL DISCURSO JURÍDICO

28.2 EL CUARTO TRAMO DE LA ARGUMENTACIÓN: DE LA DECISIÓN A LA SENTENCIA

El discurso jurídico tiene dos cometidos esenciales dentro del proceso argumentativo: por un lado concretar el discurso normativo, evitando la necesidad de una justificación retroactiva ilimitada de la normas en juego y, por otro, abocar la deliberación a la emisión de una sentencia (o de una ley, o de una crítica científico-jurídica).

Esta "decisión" vendrá habitualmente determinada por la escrupulosa aplicación de principios y reglas, mediante las propias reglas del procedimiento, que constituye la parte activa de la argumentación jurídica. Habitualmente, pero no siempre: "la decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un

enunciado normativo singular, no se sigue en muchos casos de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, conjuntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados”¹²⁴¹. El rigor del método jurídico no se debe confundir con un mecanicismo, como veremos.

28.1 LA RETROFUNDAMENTACIÓN DE LAS REGLAS Y EL DÉFICIT DE RACIONALIDAD DEL DISCURSO JURÍDICO

Una carga con la que han de correr las proposiciones normativas es la necesidad de la pretensión de verdad asociada, que incluyen como sello de identidad. Se precisan criterios externos, reglas o medidas de contraste que aclaren lo que en ellas hay de "buenas o malas razones" de manera objetiva, que alejen la sombra de subjetivismos, influencias psicológicas y otras distorsiones de un lenguaje que es institucional y ejemplar.

A propósito de las tesis de Toulmin y Hare¹²⁴² aquí analizadas, Alexy apuntaba que, quien aduce en favor de una proposición normativa N (por ejemplo, 'A ha obrado mal') una razón G (por ejemplo, 'A ha mentido' presupone una regla R (por ejemplo 'mentir es malo'), de la que conjuntamente con G, se sigue N lógicamente¹²⁴³. N se puede fundamentar desde G, o desde R. Si se pone en duda R ('es malo mentir'), es decir hay que fundamentarla de nuevo, hay que aducir una

¹²⁴¹ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 23

¹²⁴²TOULMIN,S.E.: *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958, p 97; HARE,R.M.: *Freedom and Reason*, Oxford, 1963, pp 21 y ss

¹²⁴³ALEXY,R.: *Ibidem*, p 176

nueva razón (G') del tipo 'mentir ocasiona sufrimientos evitables', que supone la presencia de una regla (R') del tipo 'lo que causa sufrimientos evitables es malo'. Pedir, a su vez, la fundamentación de R' supone recurrir a una regla R'', etc., etc.

Esto nos podría llevar a un regreso hasta el infinito en el intento de retrofundamentar aquello que sigue siendo objeto de crítica; lo que evidentemente no es deseable ni útil. Pero, por contra, romper este círculo vicioso con una conclusión, (en términos jurídicos, con una decisión), supondría aceptar un déficit de coherencia argumentativa en favor de una solución más o menos forzada. En definitiva, el discurso jurídico ha de correr con la "carga" de un posible déficit de racionalidad.

La vía *lógica* es llegar a un círculo lógico. Pero, naturalmente esto no es aceptable ni aprovechable. La posible salida de esta situación conocida como "trilema de Münchhausen"¹²⁴⁴ sería la de sustituir la exigencia de retrofundamentación "por una serie de exigencias en la actividad de fundamentación. Estas exigencias pueden formularse como reglas de la discusión racional"¹²⁴⁵ y en la medida que trascienden el campo de la lógica para adentrarse en el de los comportamientos pueden denominarse *reglas pragmáticas*.

¹²⁴⁴Cfr. ALBERT, H.: *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen, 1968, p 13; V, también para este tema, POPPER, K.: *Logik der Forschung*, 5ª ed., Tübingen, 1973 [trd. cast. de R. Puppo, *La lógica de la investigación científica*, Laia, Barcelona, 1986], p 60

¹²⁴⁵ALEXY, R.: *Ibidem*, p 177

Como ya se ha indicado en otras ocasiones, Alexy enfatiza en la cuestión de que el cumplimiento de estas reglas no garantiza ciertamente la certeza del resultado, lo que sin embargo sí garantiza es la racionalidad del resultado¹²⁴⁶.

La catalogación de reglas pragmáticas es esencial en la defensa de un planteamiento como éste. Efectivamente lo que el discurso racional propone no es sólo una guía para llegar a conclusiones verdaderas (o, correctas), sino que hay que hacerlo desde comportamientos adecuados, mediante reglas que garantizan la participación y las condiciones de publicidad/enseñabilidad de los enunciados. A nuestro entender, las supuestas deficiencias en los niveles de verdad de los que ha de dar cuenta pueden ser compensados con las garantías que ofrecen las reglas de la participación. En realidad Alexy hubiera podido formular el discurso práctico general como un procedimiento complejo y seguro que operase con condiciones limitadoras respecto a la garantía de verdad/verdad y sin condiciones limitadoras respecto a la garantía verdad/corrección.

La cuestión de límites del discurso práctico general es precisamente lo que conduce a la necesidad de la utilización de reglas jurídicas¹²⁴⁷, con la consiguiente pérdida de grado en las exigencias de racionalidad.

¹²⁴⁶ *Ibidem*

¹²⁴⁷ *Ibidem*, p 202

28.2 EL CUARTO TRAMO DE LA ARGUMENTACIÓN: DE LA DECISIÓN A LA SENTENCIA

El ingrediente fundamental de la decisión jurídica está, no en la aplicación sistemática del ordenamiento, ya que existen elementos tangenciales que dan al administrador del derecho un margen de discrecionalidad relativamente importante. Estos contingentes son: la propia vaguedad del lenguaje jurídico¹²⁴⁸, la posibilidad de conflictos entre normas¹²⁴⁹, el hecho de que existan casos con vacío jurídico, es decir, que no se puedan adscribir a la correspondiente norma vigente¹²⁵⁰, y la posibilidad de poder decidir contra la expresión literal de una norma en casos especiales¹²⁵¹.

La jurisprudencia se mueve necesariamente entre dos límites: aquellos casos que no admiten duda, a los que se puede llegar por deducción directa, y casos que son objeto de especulación y, por lo tanto, de valoración. Los casos simples, a los que se llega por deducción directa, o que se resuelven bajo argumentos, presentan una dificultad implícita. La claridad de un caso no es una tarea fácil, pues acarrea como imputable al decisor “una valoración negativa de todos los potenciales

¹²⁴⁸HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford, 1963, pp 121 y ss

¹²⁴⁹Cfr. KELSEN, H.: *Derecho y lógica*, trad. de U. Schmill y J. Castro, en Cuadernos de Crítica, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978

¹²⁵⁰Cfr. LARENZ, K.: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., Berlin/Heidelberg/New York, 1975 [trad. cast. de M. Rodríguez, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona/Caracas/México, 1980]

¹²⁵¹ALEXY, R.: *Ibidem*, p 23

Alexy considera, sin embargo, que estas razones podrían ser insuficientes, incompletas y también excesivas, por lo que la cautela procesal debe tenerlas en cuenta, aunque no sobrevalorarlas.

contraargumentos”¹²⁵². En cierto modo supone un cierre a la argumentación y, en tal sentido, el juez deberá correr con la carga de la simplicidad.

Lo más habitual es tener que entrar en valoraciones y, por tanto en justificaciones¹²⁵³ y, en este sentido, deberían estar sustentadas en alguno de estos tres modelos¹²⁵⁴. En primer lugar, atenerse a los “valores de la colectividad” como marco de legitimidad social. Si bien, esto supone un gran margen de subjetividad, sugiere la presencia de un derecho “vivo” que responde a problemas actuales. En todo caso no se trataría de especular en “un campo libre para las convicciones morales subjetivas del (o de los) aplicadores del Derecho”¹²⁵⁵. Por lo tanto debe basarse en “convicciones fácticamente existentes, así como en normas no jurídicas fácticamente vigentes o seguidas”¹²⁵⁶.

En segundo lugar, tener preferentemente en cuenta aquellos “en cuyo nombre se habla”¹²⁵⁷, en detrimento de las propias ideas del decisor. Un marco de seguridad para determinar si se está en el camino adecuado es recurrir al “sistema interno de

¹²⁵²*Ibidem*, p 29; CANARIS, C.W.: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin, 1983, pp 46 y ss; ESSER, J.: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1972, p 175; LARENZ, K.: *Methodenlehre (...)*, p 155

¹²⁵³V. Diferencia establecida entre justificaciones y fundamentaciones en Cap. 26.3

¹²⁵⁴ALEXY, R.: *Ibidem*, p 30

¹²⁵⁵*Ibidem*, p 31

¹²⁵⁶*Ibidem*, p 33; ESSER, J.: *Ibidem*, pp 9 y ss; Cfr. FRANKENA, W.K.: “Decisionism and Separatism in Social Philosophy”, en *Rational Decision*, “Nomos”, vol. 7 [1964]

¹²⁵⁷ALEXY, R.: *Ibidem*, p 31

valoraciones del ordenamiento jurídico”¹²⁵⁸, o de forma más genérica, al propio “sentido del ordenamiento jurídico”¹²⁵⁹. La manera de no desviarse en la correcta (y actual) interpretación de estas demandas metodológicas, debería ir en la línea de recurrir al modelo de ordenamiento que asienta en la Constitución y las grandes leyes de desarrollo.

En tercer lugar, recurrir al “orden valorativo objetivo”, normalmente reconocido en principios suprapositivos y recogido por los *corpus* máximos (Constitución) y órganos de máxima competencia (del rango o equivalencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo)¹²⁶⁰.

Inferencia lógica y valoración son los posibles límites metodológicos en que, dependiendo donde se sitúe el juez, tendrá un protagonismo u otro. El *ultrarracionalismo* de Ronald Dworkin¹²⁶¹ le otorga el papel de llegar a respuestas

¹²⁵⁸CANARIS, C.W.: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin, 1983, pp 40 y ss; HOHFELD, W.N.: “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, en *Ibidem, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and other Legal Essays*, [trad. Cast. De G.R. Carrió, Conceptos jurídicos fundamentales, Buenos Aires, Centro Editorial de América Latina, 1968] New Haven, 1923 pp 30 y ss; WIEACKER, Fr.: *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft*, en *Xenion. Festschrift für P.J. Zepos*, Atenas, 1974

¹²⁵⁹ALEXY, R.: *Ibidem*, p 32

V. Como alternativa a este punto de vista, ROSS, A.: *Lógica de las normas (Directives and norms)*, Routledge and Kegan Paul; Londres), trad. J.S.P. Hierro, Tecnos, Madrid, 1971

¹²⁶⁰ALEXY, R.: *Ibidem*

V. También, CANARIS, C.W.: *Ibidem*, pp 65 y ss; HOHFELD, W.N.: *Ibidem*, pp 60 y ss; LARENZ, K.: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., Berlin/Heidelberg/New York, 1975 [trad. cast. de M. Rodríguez, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona/Caracas/México, 1980], p 439

¹²⁶¹Cfr. DWORKIN, R.: *El imperio de la Justicia (Law's Empire)*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986, trad. de C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988

únicas a través del uso racional de los principios. El *intuicionismo* de Jerome Frank¹²⁶² representa una vía donde el juez racionalizará *a posteriori* lo intuído: una suerte de decisión diferida. En fin, en el *decisionismo* de Alf Ross¹²⁶³ se pretende que las decisiones no son producto sino de la voluntad del juez.

De estos modelos, se esté de acuerdo con ellos o no, se extrae concluyentemente que, a más interpretación menos decisión; o en otras palabras, el juez tiene en la argumentación jurídica una herramienta para no hacerse notar y que, por tanto, la decisión sea un producto de la correcta metodología argumental y no de la impronta personal¹²⁶⁴.

En esta línea se reconocen algunos de los modernos planteamientos que llegan a un tratamiento de la decisión bastante similar recorriendo caminos diferentes. Es el caso de Maccormick, para quien la decisión es el resultado de “una justificación deductiva de carácter lógico” y, desde luego del propio Alexy, quien la considera el producto final de una “argumentación deductiva sujeta a limitaciones”. En cierto modo comparte la tesis de que dicha decisión está a medio camino entre la necesidad y la discrecionalidad¹²⁶⁵; es decir, entre la lógica y la interpretación: “lo que la lógica

¹²⁶²Cfr. FRANK, J.: *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester, Massachusetts, 1970

¹²⁶³ROSS, A.: *Lógica de las normas (Directives and norms*, Routledge and Kegan Paul; Londres), trad. J.S.P. Hierro, Tecnos, Madrid, 1971; NEUMANN, U.: *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986, pp 3 y ss

¹²⁶⁴IGARTUA SALAVERRÍA, J.: *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., contraportada, “merced a la motivación racional de las decisiones cabe efectuar la demarcación entre lo ‘arbitrario’ y lo legítimamente ‘discrecional’”.

¹²⁶⁵ALEXY, R.: *Ibidem*, p 123; MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, pp 270 y ss:

determina es la obligación del juez de fallar en el sentido indicado, pero no el fallo del juez en cuanto tal”¹²⁶⁶.

En resumen, dentro del planteamiento del autor, la decisión es el resultado de aplicar los tres niveles. Los niveles de la regla y de los principios, que han de ser complementados con un tercer nivel, a saber, “una teoría de la argumentación jurídica que dice cómo sobre la base de estos niveles es posible una decisión racionalmente fundamentada”¹²⁶⁷.

Técnicamente la decisión constituye el fin de una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular que no se deriva con necesidad lógica, al menos en muchos casos, de normas vigentes y enunciados supuestamente probados”¹²⁶⁸; admite el margen de discrecionalidad otorgable a la interpretación. Esta discrecionalidad tiene su expresión *teórica* en la falta de unanimidad en las decisiones de los tribunales y su expresión *práctica* en la necesidad de formulación de votos particulares¹²⁶⁹.

Cuando afirmamos que “el discurso jurídico tiene finalidad ejecutiva y ha de cerrar en algún momento el círculo racional discursivo”, creemos interpretar el

¹²⁶⁶ALEXY,R.: *Ibidem*, pp 24 y 239; MACCORMICK,N.: *Ibidem*, pp 275 y ss; MACCORMICK,N.: "The Nature of Legal Reasoning: A brief Reply to Dr. Wilson", *Legal Studies*, nº 2, 1982, pp 289 y ss; MACCORMICK,N.: "Deductive Justification" in *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, pp 32 y ss

¹²⁶⁷ALEXY,R.: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", p 19

¹²⁶⁸ALEXY,R.: *Ibidem*, p 23; V. *ut supra*, Cap. 11.5 y 11.6

¹²⁶⁹Cfr.EZQUIAGA GANUZAS, F.J.: *El voto particular* [estudio introductorio de J. Igartua Salaverría] Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990

sentido que está implícito en el planteamiento de Robert Alexy y con ello estamos sugiriendo una cierta debilidad en la racionalidad del sistema. El camino de esa racionalidad discurre aproximadamente así: Primero intentar atrapar el caso dentro del silogismo jurídico¹²⁷⁰. Segundo, si no es posible, fundamentar las normas de aplicación que se incorporan. Tercero, retrofundamentar las normas hasta dar cuenta cabal del por qué de su adecuación al caso. Cuarto, utilizar las reglas de la argumentación pragmática para evitar caer en el *círculo lógico*¹²⁷¹ a que llevaría la situación anterior. Quinto, concluir con las reglas procedimentales de la argumentación jurídica. Sexto, formular la decisión¹²⁷². (La sentencia¹²⁷³, las proposiciones legislativas, la propia analítica dogmática y cualquier otro resultado producto de la decisión, hay que considerarlo como un elemento estructuralmente independiente de la secuencia propuesta).

Como el autor sugiere a lo largo de su planteamiento, su modelo es racional discursivo. En este sentido la decisión supone en cierto modo romper o, al menos debilitar, esa racionalidad.

¹²⁷⁰Según el modelo de silogismo jurídico planteado. V. *ut supra*, Cap. 9.2

¹²⁷¹Equivalente al llamado "trilema de Münchhausen". V. *ut supra*, en este capítulo

¹²⁷²Deberá acompañarse de motivación (elaboración legislativa y desarrollos de la misma), fundamentación (dogmática) y justificación (ámbito judicial). (N. del A.)

V. también, IGARTUA SALAVERRÍA, J.: *Ibidem*, p 85. A propósito de la motivación, el autor destaca, además de su lado *endoprocesal*, su vertiente *extraprocesal*: "además de esta meta *garantista*, la obligatoriedad de motivar apunta también a un principio *jurídico-político* (dentro de la estructura del Estado de derecho que la Constitución prefigura) y que en la profundidad de su sentido expresa la exigencia de controlabilidad a cargo del pueblo mismo, depositario de la soberanía y en cuyo nombre se ejercen los poderes públicos".

¹²⁷³La sentencia no la reconocemos como un momento de la argumentación jurídica sino como uno de sus resultados. Su análisis quedaría fuera del objeto de la presente investigación. (N. del A.)

CAPÍTULO 29

El discurso jurídico tiene tres momentos: **ideal, racional y real**, en los que se constituye y se fundamenta.

Como adelantábamos en la introducción, esta conclusión final no constituye una tesis del autor, sino que es compatible con su planteamiento. Lo recogemos por tres motivos fundamentales. Primero porque es evidente la descomposición trinomial a que se pueden someter buena parte de los conceptos fundamentales de la teoría de la argumentación jurídica. Segundo, porque estos conceptos son adscribibles a una u otra de estas categorías resultantes sin que pierdan su pleno sentido. Y, tercero, por que como ya apuntábamos al principio, responde mejor al esquema de una posible fundamentación de la naturaleza última de la argumentación jurídica, pretendiendo en tanto ser sólo una tesis provisional: un nexo entre la teoría de Robert Alexy y una futura propuesta en esta línea que, por otro lado, el autor no deja de reconocer que está abierta¹²⁷⁴.

¹²⁷⁴Esta reformulación de la teoría de la argumentación jurídica pasaría por la propia revisión de algunos modelos de derecho, especialmente los que se organizan en torno a lo que se ha venido llamando Teoría Tridimensional del Derecho. [“En toda manifestación de la vida jurídica se dan tres aspectos básicos discriminables pero interrelacionados: un aspecto normativo (el Derecho como ordenamiento jurídico), un aspecto fáctico (el Derecho como hecho, o en su efectividad histórico-social), y un aspecto axiológico (o el Derecho como valor de Justicia)”, REALE, M.: *Teoría Tridimensional do Direito*, 4ª ed., revisada y actualizada, Saraiva, Sao Paulo, 1995, p 65; MATEOS, A.: *A Teoría dos valores de Miguel Reale: fundamento de seu tridimensionalismo jurídico* (trad., de Talia Bugel del título original *La Teoría de los valores en Miguel Reale*), Saraiva, S. Paulo, 1999]. Así, la tesis del caso

Algunos de estos conceptos, y su correspondiente adscripción al modelo que proponemos, quedan someramente señalados en la tabla siguiente:

IDEAL	RACIONAL	REAL
Principios	Reglas	Argumentación jurídica
Principios	Reglas	Procedimiento
Moral universal	Contenido material	Marco de derecho válido
Constitucionalismo	Legalismo	Constitucionalismo moderado
Justificar	Razonar	Convencer
Consenso teórico Acuerdo querido Coyuntural	Consenso fáctico Acuerdo debido Racional	Consenso de derecho Acuerdo habido Jurídico
Justificación	Argumentación	Decisión
Discurso práctico	Discurso racional	Discurso jurídico

especial (o de que la argumentación jurídica no es sino un caso especial de la argumentación práctica) adquieren más sentido a la luz del tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale: [“la experiencia jurídica “es un momento más de la vida ética. El derecho como experiencia humana, se sitúa en el plano de la Ética, refiriéndose a toda la problemática de la conducta humana subordinada a normas de carácter obligatorio”, REALE, M.: *Filosofia do Direito*, 16ª ed., Saraiva, Sao Paulo, 1994, p 37]

RESUMEN Y CONCLUSIONES

La argumentación jurídica de Robert Alexy se sitúa en torno a la idea de un Derecho justo, razonable y motivado hasta tanto sea posible, pretendiendo combinar la complejidad de las interacciones humanas y los derechos con el máximo rigor procedimental.

Aspira, cómo no, a contribuir a la vieja aspiración de fundamentar el método jurídico, aplicando en este caso un *plus* de racionalidad al frío concurso de las normas en el debate de los problemas jurisdiccionales de los sujetos de derecho, al tiempo que otorga la necesaria versatilidad a sus administradores a la hora de aplicar los recursos que le son propios. Aspira igualmente, a la aplicación de un Derecho donde las cuestiones prácticas puedan ser debatidas racionalmente, evitando la vieja pretensión de ontologistas y naturalistas de reducir la ortodoxia normativa al ámbito de verdad. Mantiene (con Habermas) el criterio de que las innegables diferencias entre la lógica de la argumentación teórica y la argumentación práctica no son tales como para desterrar a esta última del ámbito de la racionalidad, y que las cuestiones práctico-morales pueden ser decididas mediante razón; más concretamente: pueden ser decididas mediante la fuerza del mejor argumento.

La teoría pretende resolver, desde lo discursivamente posible, los problemas actuales que habrían desbordado al positivismo jurídico; si bien, más que ofrecer una solución metodológica a los problemas de hermenéutica jurídica, lo que trata es de abrir un campo para la investigación.

PRIMERA PARTE
EL DISCURSO JURÍDICO ACTUAL. FUNDAMENTOS DE LA
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

(C.1) **Derecho y sociedad** están obligados a evolucionar paralelamente. Los cambios sobrevenidos en la sociedad de mediados de siglo, con situaciones evidentes de injusticia social e injusticia legal, han hecho que muchos ojos se vuelvan hacia el Derecho en demanda de nuevas soluciones. “La ley y el derecho coinciden, de hecho, en general, pero no siempre y necesariamente”, dice el Tribunal Constitucional Federal alemán, por lo que el derecho y la justicia no se encuentran a disposición del legislador. Esta es una nueva toma de postura sobre lo que representa el derecho y sus modos de administración. El derecho debe, pues, dotarse de recursos propios que aporten coherencia a la toma de decisiones (argumentación jurídica), y ofrezcan consistencia a los resultados (fundamentación). En ese sentido, el mismo Tribunal afirma que “las decisiones de los jueces deben basarse en argumentaciones racionales”. No es casualidad que sea en Alemania de donde con mayor fuerza parten las *teorías procedimentales de la justicia*, por lo que Aarnio se pregunta si este *derecho correcto* tendrá un material objetivo, si podrá ser considerado como un producto acabado o podrá ser también entendido como proceso”.

Las soluciones que la sociedad de hoy demanda no habrían quedado suficientemente resueltas con otros modelos jurídicos recientes, por lo que es necesario volver a la Tópica para encontrar en sus lugares comunes los también cada vez más comunes problemas y a partir de ella reconstruir un modelo de

argumentación jurídica más plural, más universal, acorde con esta sociedad “fin de siglo”. Una sociedad “juridificada” con una manifiesta revalorización del papel de los derechos, y más concretamente de los derechos fundamentales, en el seno de sistemas inequívocamente democráticos. Mi tesis, afirma Alexy, es que “hay una relación entre la teoría de los derechos y la teoría del razonamiento jurídico. No puede haber una teoría de los derechos sin tener una teoría del razonamiento jurídico, y una teoría del razonamiento jurídico adecuada presupone una teoría de los derechos”.

En el autor podemos reconocer hasta tres formas de entender el papel actual del derecho. Un concepto ético del derecho que prevalecería sobre el concepto sociológico y aún del propio concepto jurídico. Según esto, a las teorías del derecho natural y racional subyace un concepto ético de validez. La validez de una norma no se basa ni en su eficacia social ni en su legalidad conforme al ordenamiento, sino exclusivamente en su corrección que, por cierto, ha de ser demostrada a través de su justificación moral. Un derecho también racional y moderno que tiene su asiento en los *derechos*, más concretamente en su expresión máxima como derechos fundamentales a la dignidad, a la libertad y a la igualdad. Si a ellos se suman los conceptos de los fines del Estado y los conceptos estructurales de la democracia, del estado de derecho y del estado social, se obtiene un sistema de conceptos que abarca las fórmulas centrales de este derecho racional moderno. En fin, un derecho que catalogábamos de específico racional-procesual argumentativo que daría cuenta de un plus de racionalidad a través del consenso y que la metodología de la argumentación jurídica convierte en altamente seguro a la vez que justo.

(C.2) Este **derecho** tiene un fuerte sustrato **moral** (de moral como contenido más que de moral como estructura). Esta moral como contenido es desarrollada de dos formas; abstracta la una, mediante el análisis de la argumentación práctica, que supone dar cuenta de las continuas valoraciones y controversias que se suscitan en la catalogación de los fenómenos sociales; concreta la otra, a través del análisis de la argumentación jurídica como una de las expresiones más actuales del derecho. Tiene también una pretensión de corrección que se plasma en una idea de “justicia de acuerdo con el derecho”. Es difícil sustraerse a la idea de un derecho no presidido por la justicia, dice un positivista como Hoerster; al menos hasta la frontera de lo que llamamos injusticia legal, reafirmará incluso Hart.

Fuller habla de una moral interna del derecho, basada en dos pilares esenciales: la vocación de generalidad que está presente en el propio derecho, o la prohibición de su aplicación retroactiva, en tanto Hoffe va más lejos al afirmar que el sistema jurídico que no satisface ciertos criterios de justicia pierde su carácter jurídico. Para Alexy la exigencia de justicia es consustancial al propio sistema jurídico, tal como se manifiesta en una de sus características esenciales: la idea de *corrección* que está en el sustrato del concepto mismo de derecho.

El autor defiende abiertamente la *tesis de la vinculación* entre derecho y moral, toda vez que en el fondo de la teoría de la argumentación se da una pretensión de corrección que está por encima de servir a la eficacia social o a la propia legalidad conforme al ordenamiento. De este modo se asume que a las teorías del derecho natural y racional subyace un concepto ético de validez que vincula moral y derecho. Se trataría de un vínculo no sólo de naturaleza clasificante, sino también calificante: las normas o sistemas jurídicos que no satisfacen un determinado criterio moral, sin

dejar de ser tales, han de considerarse jurídicamente deficientes. Mi tesis, afirma Alexy, es que “hay una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral, que supone que el positivismo jurídico falla como teoría general”.

(C.3) Dentro de los **sistemas jurídicos**, considerábamos que la teoría estaba representada en lo que llamábamos “sistemas de participación o consensuales”, que mantienen perspectivas de corrección máximas dentro de una relativa libertad del juez para administrar justicia. Y todo ello partiendo de la base de que las decisiones jurídicas pueden ser, y deben ser, fundamentadas.

El autor se sitúa en un espacio o sistema jurídico que entiende que los argumentos han de ser justificados tanto descriptiva como prescriptivamente, y que esto es posible recurriendo a las normas adecuadas y a los procedimientos procesales correctos. Y, en consecuencia, que aunque no sean posibles teorías *materiales* que para cuestión práctica permitan extraer con seguridad concluyente una respuesta, sí son posibles teorías *morales procedimentales* que formulen reglas o condiciones de la argumentación o decisión práctica racional.

Este sistema estaría en condiciones de dar una mejor respuesta a las demandas jurídicas que aquellos sistemas o corrientes con los que se ha comparado: iusnaturalismo, positivismo, ultrarracionalismo o decisionismo. Estaría *naturalmente* posicionado contra el positivismo y su alegación clásica resumida en el *argumento de la claridad*: esto es, que la exclusión de elementos morales en el discurso corresponde a un concepto de derecho en principio “más claro y más simple que un concepto de derecho que contenga elementos morales”; a lo que Alexy aducirá que esa supuesta “limpieza” conceptual supone despojar a la argumentación de sus más

altos valores: la complejidad y la capacidad (supuesta) de los jueces para manejarla. Y estaría *metodológicamente* alejado de la *codificación*, si la entendemos con Hassemer como “ideología de la subsunción”; una pretensión ciertamente “ingenua” que pretende que una argumentación ajustada a derecho es aquella en la que el juez que deriva su decisión de la ley que *subsume el caso* en la norma del código, está atribuyendo a la codificación la fuente exclusiva de toda decisión jurídica.

(C.4) **Normas, reglas y principios** son los elementos en que la argumentación intentará racionalizar los hechos.

Aunque afirmábamos que Alexy no hacía una buena diferenciación entre reglas, principios y normas, parece que finalmente su postura estaría en que, tanto las reglas como los principios podrían concebirse como normas y, en ese caso, de lo que se trataría es simplemente de una distinción dentro de la clase de normas. En el caso de la generalidad como criterio de distinción, los principios la sustentan en alto grado, en cambio las normas presentarían un bajo grado de generalidad. Si este criterio de distinción entre reglas y principios es suficiente sólo hay una distinción de grado.

Para Alexy constituye la *tesis débil de la separación*. Pero él defiende la *tesis fuerte*, de matiz cualitativo, donde las reglas exigen un cumplimiento de pleno derecho, en tanto los principios son considerados como normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible. Son *mandatos de optimización*: su fórmula es jurídica, su fondo es moral. A diferencia de Dworkin, aceptará sólo un *orden débil* de los principios, lo que significa que su concurso se produce sobre tres supuestos: 1) que entran en juego en un sistema de condiciones de prioridad; 2) que

constituyen un sistema de estructuras de ponderación; y 3) que suponen un sistema de prioridades *prima facie*.

(C.5) Al tratarse de un modelo analítico-normativo y racional, hay que presuponer la existencia de una estructura base. Ésta lo constituye el **discurso racional**, raíz de toda argumentación; no sólo porque se fundamenta en ella, sino porque admite la traslación a otros discursos. Se trata de “un procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos”. La racionalidad del discurso se determina por un conjunto de reglas del discurso que el autor obtiene de una amplia valoración de las teorías de Wittgenstein, Austin, Stevenson, Hare, Baier, Habermas, Lorenzen, Schwemer y Perelman, entre otros. Reglas que tratan de las condiciones de posibilidad de intervención en el discurso y de las condiciones de posibilidad del lenguaje mismo en cuanto a sus pretensiones de verdad y universalidad.

La racionalidad del discurso se manifiesta de tres maneras: empírica, analítica y normativa; dimensiones que toman pleno sentido si alcanzan a cumplirse en un mismo razonamiento.

Así mismo, su fundamentación puede hacerse a través de cuatro vías: técnica, empírica, definatoria y pragmático transcendental. Especialmente de esta última, que apunta a que la validez de determinadas reglas y es condición de posibilidad de la comunicación lingüística en la línea abierta por Apel, arranca el planteamiento de Alexy, al afirmar que: primero, la validez de determinadas reglas está determinada por la posibilidad de determinados actos de habla; y segundo, que cuando

renunciamos a estos actos de habla abandonamos la posibilidad de las propias formas de comportamiento que definen lo humano.

La teoría del discurso de Alexy ha sido criticada, especialmente por Weinberger y Tugendhat, a tres niveles: 1) en cuanto a su estructura lógica; 2) en cuanto a su carácter procedimental, y 3) en cuanto a su carácter comunicativo.

(C.7) El discurso racional tendría legitimación máxima precisamente en el reconocimiento de **los derechos** como su verdadero objeto. Mi tesis, afirma Alexy, es que el resultado de un discurso racional sería un sistema de derechos fundamentales que incluyera una preferencia *prima facie* de los derechos individuales sobre los bienes colectivos. (Aunque esta afirmación y el consiguiente análisis de los derechos desde este peculiar punto de vista son posteriores a la aparición de su teoría de la argumentación, cabe deducir que la valoración normativa, empírica y analítica de los mismos estaba presente a la hora de diseñarla).

Los derechos estarían en la base de la argumentación, serían algo así como el objeto y el resultado a la vez del razonamiento jurídico por antonomasia. Una especie de relación de necesidad y, por tanto, si se precisa una razón para hacer necesaria dicha relación, “esta razón puede encontrarse en la teoría del discurso racional que está en la base del sistema en su totalidad”. Tanto los principios como las subsiguientes reglas de acompañamiento tendrían su razón de ser en la definición y protección de los derechos, constituyéndose estos, por su parte, en fundamento de unos y otras.

En el análisis de la naturaleza de los derechos, diferencia el autor entre un concepto *fuerte*, en que “todos los rasgos que se consideran importantes en conexión con los derechos son elementos del concepto de derecho” y cuyo referente podríamos encontrarlo en los “intereses jurídicamente protegibles” de Jhering; o, bien, en el concepto diferencial de Windscheid entendido como “un poder de la voluntad o superior a la voluntad que confiere el orden jurídico. Y un concepto *débil*, asentado en la consideración de los mismos como “relaciones jurídicas”. Desde esta última posición desarrollará Alexy una teoría de los principios sobre la base de los derechos individuales, en lo que llama modelo de tres niveles: 1) la fundamentación de los derechos individuales; 2) la consideración de los derechos individuales como posiciones y relaciones jurídicas; y 3) la imponibilidad de los propios derechos individuales.

Así, pues, “cuando hablamos de derechos lo hacemos de un tipo especial de normas”. Y si hablamos de derechos *definitivos* y derechos *prima facie* estamos estableciendo la propia diferenciación entre reglas y principios.

(C.8) Precisamente la consideración de que el razonamiento tome como base los derechos y de que los propios derechos se evidencien en el razonamiento, nos indica que la naturaleza de éste, antes que jurídica, es moral. En este sentido sería el **razonamiento práctico** el adecuado para la ponderación y evaluación de los principios que concurren al debate jurídico y que no son sino el soporte de esos derechos que pretenden justificar.

La teoría de la argumentación jurídica de Alexy está cimentada sobre un inequívoco sustrato moral. Es por este motivo, que a la fundamentación de la

argumentación práctica dedique el autor más espacio y esfuerzo que a la fundamentación de la argumentación jurídica. Alexy somete a revisión las propuestas más autorizadas tanto del análisis del lenguaje en general, como del lenguaje práctico en especial, con el fin de avalar la idea de que en el ámbito de la verdad podemos trascender el plano de la opinión e instalarnos en la racionalidad de la interpretación. De esta revisión cree rescatar, pese a las dificultades, un hilo conductor que habla de un discurso práctico con entidad propia como para acreditar un nivel de verdad suficiente en el campo del razonamiento.

Del emotivismo de Stevenson sale la idea de *motivación* o capacidad de influir en los demás, acorde con los presupuestos de toda argumentación. Austin y el *acto de habla* entendido como acto ilocucionario, aportan el arraigo convencional, o sujeto a reglas, del habla. De Wittgenstein recupera los *juegos articulados del lenguaje* de tipo propio en que pueden reconocerse los razonamientos práctico-morales. La universalidad de las expresiones descriptivas y valorativas en Hare, lleva al concepto de equivalencia entre regla y razón, de modo que “cuando hacemos un juicio moral sobre algo, lo hacemos porque posee ciertas propiedades no morales. La noción de razón lleva siempre consigo la noción de regla. Del *punto de vista moral* de Baier se infiere que hay razones de más peso que otras que compiten según reglas de prioridad y que, en lo que atañe a los juicios morales, estos deben atenerse a unas condiciones que son las características de ese punto de vista moral.

De estos planteamientos dispares y en una conclusión algo forzada, se extrae una pseudofundamentación de la teoría de la argumentación práctica. El problema que ha de abordar Alexy es sustituir el ámbito estricto de la *verdad* (donde el razonamiento deductivo-inferencial es manifiestamente inseguro) por el más equívoco

de la *corrección*. La cuestión es si, dado que con la lógica formal deductiva podemos evitar las falacias formales, podremos con la argumentación evitar las materiales. O, en otras palabras y efectuando el refundido de ambas consideraciones, que podremos obtener una inferencia lógica o una argumentación válida (deductivamente), cuando la conclusión necesariamente es verdadera (correcta, justa, válida, etc.) si las premisas son verdaderas (correctas, justas, válidas, etc).

En la crítica constructiva a la filosofía analítica funda Alexy las posibilidades del lenguaje. Y en lo que se refiere a su concepto de argumentación práctica saldría reforzado con las siguientes conclusiones:

- El lenguaje de la moral no se resume en una descripción de objetos, o propiedades de objetos.
- El discurso moral es una *actividad guiada por reglas*, quedando por determinar su formulación, análisis, justificación y fundamentación.
- Esta actividad, aunque no es equiparable al ámbito científico, puede considerarse *racional* de pleno derecho.
- Podemos diferenciar claramente una parte *analítica* del discurso y de sus reglas y una parte *normativa*.
- Sobre una deseable idea de *generalización* de las proposiciones normativas, estas son, desde luego, *universalizables*.

Por otra parte, y para lo que podemos llamar fundamentación operativa de la argumentación práctica, recurre el autor a la revisión de planteamientos como el de Viehweg, Perelman y otros. Y así, desde los *lugares comunes* de la Tópica hasta el concepto de *coherencia* de Maccormick, la argumentación práctica de Alexy sigue un

hilo conductor identificable y reconocible en las ideas de *universalidad, justicia, pretensión de corrección, participación, consenso y procedimiento*. La idea nuclear es que existe la mejor de las respuestas posibles a un caso, que el conseguirla es cuestión de grados de aproximación y que el modelo a seguir es el propuesto en la argumentación práctica.

(C.9) La **argumentación jurídica** supondría un nivel de mayor definición ante los problemas, así como de actualidad. Precisamente la definíamos como el lenguaje del Derecho resultante de una aplicación actual de reglas y principios a la solución de conflictos teóricos y prácticos en el ámbito del propio Derecho. Aunque su campo de acción propio se sitúe entre la intención de los legisladores y la decisión de los jueces, tanto en la hermenéutica como en la dogmática jurídicas y en la propia calificación social de las apreciaciones de unos y de otros, se manifiesta la acción argumentativa moderna. La argumentación jurídica actual no puede entenderse exclusivamente como una metodología para resolver conflictos sociales. Su campo llega a la crítica y a la investigación social de todos los fenómenos susceptibles de ser tratados jurídicamente.

Podríamos diferenciar, al menos, dos conceptos de argumentación jurídica para una mejor comprensión del fenómeno: como una metodología aplicativa de reglas y principios y añadiéndole la mecánica procedimental, siguiendo a Alexy; o bien, uno más complejo, que incluye la elección del propio modelo (modelo de principios, modelo de reglas, de orientación moralista, de orientación positivista, etc.) para luego aplicar el procedimiento, o no aplicarlo. En el primer caso se utiliza el tejido jurídico como referencia para una posterior acción argumental; o lo que es lo mismo, una fase pasiva seguida de una fase activa. Por contra, el segundo estaría constituido por una sola fase activa, que consistiría en identificar el problema dentro

del ordenamiento. Es decir, un modelo *aporético*, frente a uno *sistemático*. Naturalmente Alexy se sitúa cerca del primero.

En cuanto a la complejidad de la argumentación, habría que diferenciar entre *casos fáciles* y casos difíciles. En los primeros, casos rutinarios en la terminología de Aulis Aarnio, las resoluciones toman forma de inferencias más o menos complejas, pero el eje central del argumento tiene carácter más deductivo que interpretativo. Estarían en el ámbito de lo que Wroblewski llama *justificación interna*. Pueden llegar a ser una cuestión de lógica, asumible desde el silogismo jurídico en su forma más simple:

$$Ax Px \rightarrow Oqx$$
$$Pa$$

$$OQa$$

En la práctica, sin embargo, lo habitual es que nos encontremos con *casos complejos* o difíciles, los propios de la argumentación jurídica ordinaria, que han de entrar en el espacio de la *justificación externa*, o lo que es lo mismo, de la necesidad de la propia fundamentación de las premisas utilizadas. Es aquí donde la argumentación de Alexy se manifiesta más relevante.

El análisis de los planteamientos de Klug, von Wright, Kalinoswski, o el mismo Bobbio, nos llevó a Viehweh como primera fuente próxima del autor.

Así, y como avance, podemos apuntar que el ingrediente de fundamentación pre-jurídico lo aportan la idea de justicia de la tópica y de la racionalidad *versus* realidad del auditorio de la retórica.

SEGUNDA PARTE

CONTEXTUALIZACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN DE ROBERT ALEXY, EN EL ÁMBITO FILOSÓFICO Y JURÍDICO

(C.10) Si nos planteamos la razón de ser o **justificación** de una teoría de la argumentación como la de Alexy, encontramos que cumple al menos cinco condiciones, que le dan un sitio en el panorama de la interpretación y metodología jurídica actuales.

- Contribuye a la fundamentación del método jurídico, superando el concepto de verdad de ontologistas y naturalistas. Y ello desde el presupuesto de que, en el ámbito de las normas, las cuestiones práctico-morales pueden ser decididas racionalmente, mediante la fuerza del mejor argumento.

- Pretende responder a las demandas actuales de la sociedad. Desde su planteamiento analítico-normativo, se observa en su estructura una triple función: analítica o de tratamiento de la estructura de los argumentos; normativa o de análisis de las normas, y descriptiva o de estudio de los complementos de tipo empírico que la acompañan. Aunque la teoría se enmarca en el plano de lo discursivamente posible, e idealmente persigue soluciones únicas, lo cierto es que desde esa posición el tribunal o el juez tienen un margen de aplicación del resultado obtenido, pero no la inexcusable aplicación del resultado.

Se trata de una teoría que pretende conferir racionalidad a la aplicación del derecho, discutida en su utilidad por diferentes autores, toda vez que dicha aplicación está orientada no sólo a argumentar sino también a decidir. No obstante, como reconoce el propio Alexy, el procedimiento discursivo es más una cuestión hipotética que de realización práctica, lo que deja la postura del autor a medio camino entre el decisionismo y el cognoscitivismo.

- Ofrece ideas para enmarcar la argumentación jurídica en un marco de justificación más amplio, proporcionando razones aún en las fronteras del derecho. La polarización de los sistemas jurídicos occidentales se extiende entre un *constitucionalismo* y un *legalismo*. Desde el primero podría llegarse a lo que Carl Schmitt llama tiranía de los valores. Este orden objetivo de valores de las constituciones europeas, que otorga directrices a la administración, a la legislación y a la justicia, podría llevar a una suplantación real del clásico modelo de subsunción bajo reglas jurídicas. Según Forsthoff el cuerpo constitucional, mediante este *efecto irradiación*, podría vaciar de contenido al propio ordenamiento, pasando de subsunción a axiología. El juicio de ponderación del juez, sobre la base de la Constitución, sería desproporcionado.

El legalismo plantea lo contrario: elección de norma en vez de valor, subsunción en vez de ponderación; en suma, independencia del derecho ordinario, y autonomía del legislador democrático, en detrimento del juez apoyado en la Constitución.

Alexy enmarca la teoría en un constitucionalismo moderado (al hilo de las últimas resoluciones del Tribunal Constitucional Federal, que resalta la “clara

estructura normativa de la Constitución”), sobre la base de que: a) una posición estrictamente legalista sería inadecuada; b) una axiología libre de suposiciones, al modo del constitucionalismo radical, puede replantearse como teoría de los principios, y c) la adopción del modelo del autor, de *tres niveles* autoimplicados de reglas, principios y procedimiento (que autorregula la propia argumentación).

- Aspira a abrir un campo para la investigación en materia de nuevas razones y, desde luego, más complejas justificaciones a los problemas del observador (el ciudadano común) y el participante (el juez).

- Pretende cubrir la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica acorde al debate metodológico actual, sobre la base de dos exigencias actuales: primera, adaptarse a los nuevos criterios de racionalidad de autores como Habermas, que implica una precomprensión de la realidad como sujeto de explicaciones que tradicionalmente se han buscado fuera de ella. Y segunda, situar el papel del derecho, y de la argumentación como su expresión funcional, en una sociedad *juridificada*, donde parece que las exigencias de uno y otra son, no sólo reguladoras, sino decididamente instrumentales, y encajar este sistema en un “constitucionalismo moderado”.

El autor defiende su modelo remitiéndose a diversas valoraciones del Tribunal Constitucional, que recuerda al juez que, el derecho alcanza más lejos que las leyes escritas y que, mediante una “argumentación racional relevante jurídicamente”, la razón práctica puede compensar posibles lagunas del sistema jurídico. Esta posición del autor está avalada en otras, de autores como Viehweg y su “teoría retórica de la argumentación; Esser y su idea del *consenso fáctico*, Hassemer,

Ródig y otros. Y naturalmente encuentra críticas radicales como la de Luhmann, para quien lo relevante no son las decisiones motivadas, sino un marco de aceptación libre de motivación, independiente de las peculiaridades de los individuos.

(C.11) Como **ideas fundamentales** de esta investigación destacaríamos las siguientes:

- Una peculiar concepción del discurso, entendido como condición previa de la argumentación, una suerte de pre-comprensión de la discusión jurídica organizada. Una actividad lingüística en la que “de lo que se trata es de la corrección de los enunciados normativos”. Será conveniente, dice Alexy, designar tal actividad como discurso, y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como discurso práctico”. La racionalidad de la teoría del discurso está inserta en una racionalidad procedimental universalista; supone por tanto que está sujeto a reglas.

- La teoría analítico-normativa de este discurso en su versión jurídica, que se basa en la doble propiedad del discurso jurídico, con una vertiente analítica que le permite ser estudiado desde una perspectiva lógico-formal, y una vertiente normativa que le facilita ser analizado desde la perspectiva de la lógica de las normas. La tarea más importante de un discurso práctico racional es la elaboración de reglas del lenguaje fácticamente existentes, así como la justificación de tales reglas. Lo primero corresponde a la parte empírica, lo segundo a la parte normativa.

El problema es que se puede caer en la circularidad de utilizar normas para fundamentar normas, por lo que Alexy propone recurrir a las propias reglas del discurso que, en cualquier caso, estarían sujetas a una cuádruple interpretación: a)

como fundamentación *técnica*, que se explica en su necesidad para conseguir fines; b) como fundamentación *empírica*, o afirmación de que una norma rige ya de hecho; c) como fundamentación *definitoria*, que implica la aceptación de los sistemas de reglas que definen un juego del lenguaje, y d) como fundamentación *pragmático-universal*, que parte de la base de que la condición de posibilidad de la comunicación lingüística viene posibilitada por la validez de determinadas reglas. O, en la terminología de Searle, que “la validez de determinadas reglas es constitutiva de la posibilidad de determinados actos de habla”.

- El papel de los derechos en el discurso jurídico pasa por el previo análisis y fundamentación de estos derechos. En tanto que objetos jurídicamente protegidos los derechos se enfrentan a los bienes colectivos, traduciéndose no sólo en dos posiciones jurídicas, sino en dos posiciones vitales. Desde un punto de vista jurídico “algo” es un bien colectivo” cuando hay una norma que así lo establece”; según esto, la fundamentación de los bienes colectivos viene a ser el problema de la fundamentación de las propias normas”. La precedencia *prima facie* de los derechos individuales sobre los bienes colectivos puede ser demostrada en el razonamiento mediante el sistema de *ponderación*.

En cuanto a los derechos humanos, como su expresión máxima, Alexy es categórico: “No es posible una inferencia directa desde las reglas del discurso a los derechos humanos”. Traslación imposible desde el reconocimiento de los derechos en el ámbito del *hablar al actuar* que impide que los derechos humanos sean objetivo del discurso. Únicamente sobre la base de que todos los participantes tienen un interés en la corrección de los derechos humanos podrían ser fundamentados (y sólo hipotéticamente) bajo ese supuesto común. Lo cual no es obstáculo para la

formulación clásica de Alexy, ya aludida: “Mi tesis es que el resultado de un discurso racional sería un sistema de derechos fundamentales que incluya una preferencia *prima facie* de los derechos individuales sobre los bienes colectivos”.

En suma, en los sistemas jurídicos “el papel de los derechos fundamentales se debe a la práctica jurídica, y dentro de ella, se manifiesta en el razonamiento práctico”.

- Otra idea a destacar en el pensamiento de Alexy es la de que el discurso jurídico no es sino un *caso especial* del discurso práctico general. Lo que podría adoptar al menos tres formas: 1) que la argumentación jurídica sólo sirve para legitimar secundariamente lo acordado en el debate o discurso práctico general, algo que se conoce como *tesis de la secundariedad*; 2) que la limitación del discurso jurídico impone echar mano de argumentos de tipo práctico para solucionar los casos, lo que supondría la *tesis de la adicción*; y 3) que lo adecuado es la utilización conjunta de ambos tipos de argumentos indistintamente, o *tesis de la integración*.

Dado que el autor acepta esta integración entre derecho y moral, cabría pensar que parte de la misma en el ámbito de la argumentación; no obstante consideramos que las tres opciones son compatibles con la tesis del caso especial. Tesis que, en síntesis, quiere decir que: a) en la argumentación jurídica se discuten cuestiones prácticas; b) se persigue una pretensión de corrección y, c) todo ello, bajo condiciones limitadoras (la ley, la dogmática y el precedente), por lo que se trata de un discurso cuya racionalidad es tal en tanto que entendida dentro del ordenamiento jurídico vigente.

A este particular, razonado y original concepto de Alexy, habría que encontrarle su marco filosófico en Habermas, su correspondencia jurídico-teórica en Kriele y su equivalencia jurídico-práctica en Maccormick. Esencialmente combina la coyunturalidad de las soluciones de la argumentación jurídica, con la universalidad del discurso práctico-racional.

- En cuanto a la alternativa a la tesis de Dworkin, que pretende encontrar una única respuesta correcta mediante la confrontación selectiva de los principios aplicables a un caso, la *tesis débil* de Alexy propone el criterio de *ponderación*, partiendo de que los principios poseen una obligación de grado, en tanto las reglas son mandatos definitivos, y que ni unos ni otras regulan por sí mismos su aplicación. Principios y reglas representan el lado pasivo del sistema jurídico y deben complementarse con un tercero (activo), que no es otro que la argumentación jurídica.

Alexy trataría de superar así las objeciones clásicas a los modelos puros. La *objeción sustancial*, que afirma que una teoría de los principios estructuralmente coincidente con la teoría de los valores significaría la destrucción de la libertad individual en sentido liberal. La *objeción competencial*, que afirma que una teoría de los principios podría dar a los jueces las atribuciones cuasilegislativas propias del parlamento. Y la *objeción metodológica*, que apunta a que una constante confrontación entre principios no aporta nada a las decisiones judiciales y que tan sólo sería un marco de decisión en apariencia.

La argumentación jurídica de Alexy, en fin, se inscribe entre dos componentes complementarios: la justificación y la decisión. Efectivamente las

decisiones jurídicas *pueden* ser justificadas (admiten un procedimiento racional) y *deben* ser justificadas (exigen una motivación). Su pensamiento ocupa un cierto punto intermedio entre posiciones subjetivistas, relativistas, decisionistas e irracionalistas, que entienden las decisiones como actos de voluntad del juez o legislador; y las posiciones subjetivistas, absolutistas, cognoscitivistas y racionalistas, que las entienden como resultado incuestionable de la lógica, la razón y la ley. O, lo que es lo mismo, está entre un determinismo y un decisionismo metodológicos.

(C.12) Las **fuentes filosóficas** de la teoría son evidentes e importantes, toda vez que su propia naturaleza es más filosófica que jurídica.

Esta naturaleza filosófica de las raíces de la argumentación se manifiesta en su estructura analítica (filosofía analítica), en su carácter formalista (filosofía de base kantiana), en su voluntad discursiva (ética discursiva), así como en su pretensión de pureza y originalidad en el lenguaje (escuela de Erlangen).

El autor trata de fundamentarla desde tres pilares filosóficos: a) las condiciones de posibilidad del lenguaje de la moral de ser identificado en estructuras analíticas estables; b) la vigencia de contenidos de la razón práctica de carácter universalista; y c) la pretensión de comunicabilidad de los contenidos morales.

De la ética analítica extrae el autor el soporte a la teoría y algunas reglas concretas. Stevenson, Austin y Wittgenstein, aportan nociones aprovechables a la teoría del discurso moral. Y, especialmente Hare, quien considera este discurso tan racional como cualquier formulación empírica. Aunque el prescriptivismo niega que pueda haber una deducción lógica a partir de afirmaciones sobre hechos, cree Hare,

no obstante, que cuando hacemos un juicio moral sobre algo lo hacemos en la medida que posee ciertas propiedades no-morales, susceptibles de razonarse y sujetarse a reglas que las organicen. Lo relevante del argumento de Hare es que, a partir de él, y sólo en base a la lógica del lenguaje normativo expresada por el PP (principio de prescriptividad) y el PU (principio de universalidad) se puede llegar desde el conocimiento de hechos, deseos y representaciones de los participantes, al enjuiciamiento de la corrección o incorrección de un juicio moral y, en definitiva, a la aceptación de sus consecuencias lógicas.

El *moral point of view* de Baier y el principio de generalización de Singer completan la idea del autor de que el lenguaje de la moral es perfectamente sometible a reglas y que en sus pretensiones de corrección subyace un ámbito de verdad similar al de los lenguajes empírico-analíticos. En suma, que el discurso práctico puede constituir la base de una argumentación jurídica.

El derecho kantiano (otra fuente esencial) es una consecuencia de la *Crítica de la razón práctica* explicitada en la *Metafísica de las costumbres*, donde se pone de manifiesto, desde los *Principios metafísicos del derecho* y *Principios metafísicos de la moral*, una diferenciación de ambos conceptos: *moralidad* como respeto a la voluntad de la ley autónoma, y *legalidad* como respeto a la legislación externa.

Se trata de un concepto de lo jurídico que, bajo la fórmula de Principio universal del derecho, postula que “una acción es conforme a derecho cuando permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal”. Este derecho estricto sin móvil moral (que confirma la escisión entre derecho y moral iniciada por Tohomasius y Wolff) no será incompatible con la

tesis de la integración de Alexy. La teoría del discurso en tanto “teoría de la corrección y la racionalidad práctica”, como la propia idea de racionalidad práctica que, en términos del discurso sería una racionalidad procedimental universalista, son conceptos que Alexy recupera a través de Habermas.

Esta idea de argumentación (versus la negociación del contractualismo de Gautier, Buchanan, o el propio MacIntyre) está sujeta a ciertas reglas que Alexy recoge así: De tipo estructural son las reglas o exigencias de no contradicción (1.1); universalidad en el uso y coherencia de predicados (1.3 y 1.3`); claridad lingüístico-conceptual (6.2); verdad en la utilización de premisas empíricas y la consideración de las consecuencias (4.2 y 4.3); criterios de ponderación (4.5 y 4.6); intercambio de roles (5.1.1) y criterios de la génesis de las convicciones morales (5.2.1 y 5.2.2). Las de tipo procedimental advierten: del derecho de todo hablante a poder participar en el discurso (2.1); del derecho a cuestionar, modificar o introducir cualquier aserción (2.2), y la libertad sin restricciones respecto a los derechos reconocidos en las reglas (1), (2 y 2.3).

Así, a las reglas argumentalmente aceptadas por todos, debería reconocérsele la corrección y la validez moral ideal correspondiente al principio del poder legislativo de Kant.

Habermas constituye la influencia más directa en el autor. Su idea principal para una teoría del discurso es la que remite la comunicación humana a una casa común del significado: una *pragmática universal* en la que Habermas pretende una reconstrucción racional, de ámbito trascendental de las condiciones del habla y de la acción, base de toda argumentación de carácter más o menos ideal, donde se

construye la teoría de la argumentación de Alexy. La teoría consensual de Habermas, viene a decir que las expresiones normativas, como mandatos y valoraciones, pueden ser fundamentadas de manera esencialmente idéntica a las proposiciones empíricas. Llamaremos corrección en aquéllas a lo que llamamos verdad en éstas. Inteligibilidad, veracidad y sinceridad son condiciones a exigir a los participantes que pretendan participar en este discurso.

Así un modelo ético discursivo de derecho, aún teniendo un carácter ideal, se reviste de una realidad ética no abstracta sino humana y actual al servicio del estado “de derecho”.

De la escuela de Erlangen recupera el autor la necesidad de revisar el lenguaje para evitar falsedades y saltos lógicos. Este modelo *constructivista* de la lógica del lenguaje, que tiene como objetivo “el establecimiento de principios para la eliminación de conflictos a través del diálogo”, es aplicado al campo de la ética por Lorenzen, y sistematizado por Schwemer. Añade, respecto a Habermas, que las reglas de la argumentación racional que se fundamentan en la ética sólo son obligatorias para quien acepta el fin de la ética”; es decir, no son vinculantes para quien no las acepta. Este modelo ha de cumplir con dos máximas: el *principio de razón* y el *principio de moral* que, a la vez, conectan con varias exigencias de la propia teoría de la argumentación.

Propone, además, llevar a cabo una *génesis crítica* y una *génesis fáctica* de los sistemas normativos, que nos llevaría a una comprensión histórico-cultural de los propios sistemas normativos actuales. En definitiva, esta escuela plantea la necesidad

de unos cumplimientos metodológicos adecuados a los fines de la ética, teniendo ésta que dar cuenta de los criterios racionales y morales en los que se instala.

(C.13) Las **fuentes jurídicas** contribuyen a confirmar ese perfil necesariamente teórico que presenta la argumentación de Alexy. En principio ajeno a la práctica jurídica habitual, es paradójicamente tan aplicativo que ninguna virtualidad jurídica queda fuera de su posible cobertura. "Una teórica disponible en el marco del derecho actual", habíamos dicho de esta suerte de argumentación.

La versatilidad y universalidad de la teoría la achacábamos a media docena de ámbitos de referencia, tales como los lugares comunes de la *Tópica*, los auditorios también comunes de la *Retórica*, la metodología argumentativa idealista que busca respuestas únicas, la pretensión de corrección *versus* injusticia legal, el marco de la moral de acuerdo con el derecho, e incluso, ciertos planteamientos positivistas que admiten implícitas al desarrollo del derecho ciertas normas o reglas más o menos estables y reconocibles, por lo tanto universales.

La Tópica propone una argumentación que supere la lógica deductiva, en la medida que ésta no tendría en cuenta la madurez de la sociedad. El derecho es insistematizable, algo activo; un conjunto de reglas adaptables que cambian de un caso a otro. Viewehg en su *Tópica y Jurisprudencia* lo entiende como un sistema abierto y circular donde las reglas generales surgen de la necesidad de dar a casos similares tratamientos similares. El razonamiento jurídico tiene su propia lógica, dependiente de la madurez jurídica y del sentido que la comunidad le da. El planteamiento de Alexy conecta en buena medida con éste y otros autores que la han desarrollado posteriormente como Ballweg, Rodingen o Haft.

La Retórica plantea una dialéctica persuasiva. Discurso, orador y auditorio son los ejes de toda argumentación. La *persuasión* es el nivel que requieren los

auditorios particulares y el *convencimiento* el que requiere el *auditorio universal*. O, en términos de Perelman: el primer nivel pretende la validez y el segundo la eficacia.

Influye en la teoría de Alexy por cuanto plantea la conveniencia de la razón práctica para debatir cuestiones jurídico-sociales y por sus señas de identidad más características: la primacía del sentido práctico del lenguaje; la importancia del aspecto sociocultural, y la pretensión de situarse bajo la regla de justicia.

Stephen Toulmin considera que el ámbito jurídico es de los que más posibilidades discursivas y de desarrollo de una lógica aplicada tiene. Esta lógica aplicada es compatible en general con la estructura de lo ético y conecta con la idea esencial de Alexy de sustentar su teoría fundamentalmente en el componente ético-racional que subyace a todo planteamiento jurídico. Quien participa sólo *de hecho* se limita al nivel instrumental de la comunicación; quien lo hace *de derecho* asume el compromiso de actuar desde el campo de la racionalidad, ha de mostrarse “abierto” al argumento; en suma, construir “tramos de razonamiento” desde un tanteo argumental que concluirá en un razonamiento como tal.

Hemos de distinguir una argumentación moral o prejurídica que se presenta bajo dos formas: *deontológica* y *teleológica*; la primera se remite a una regla vigente y en general a las normas morales existentes; la segunda a criterios finalistas o consecuencialistas y en general a una función crítica. Algo que Alexy admite no sólo como forma de utilitarismo negativo, sino también positivo, aunque haya de soportar la factura de idealismo que supone para su futura argumentación jurídica.

El argumento de la injusticia de Dreier, según el cual las normas o sistemas de normas pierden su carácter jurídico cuando sobrepasan ciertos límites de injusticia, es adaptado por Radbruch para el ámbito de las normas individuales, afirmando que “el conflicto entre justicia y certeza jurídica puede resolverse de

forma que se dé prioridad al derecho positivo, asegurado por la promulgación y el poder, incluso si éste no es razonable y es injusto en sus contenidos, excepto en el caso en el que la contradicción entre el derecho positivo y la justicia se vuelva tan intolerable que la condición de *derecho incorrecto* tenga que hacer lugar a la justicia”.

Alexy asume hasta un cierto límite la posición de este argumento, significando en dos tesis el peligro de la injusticia extrema: la *tesis de la irradiación*, o de que la falta de carácter jurídico de las normas básicas de un sistema trae consigo la falta de carácter de todas las normas típicas del sistema; y la *tesis del derrumbe*, o del efecto tal que se produce en el ordenamiento cuando el número de normas sin carácter jurídico es suficientemente significativo.

En esta línea abundarían el constitucionalismo democrático de Kriele y la moralidad interna del derecho de Fuller. Si con ello Alexy no justifica la vinculación entre moral y derecho, al menos sí alerta de las consecuencias de la desvinculación.

Respecto a Dworkin y su *tesis fuerte de los principios*, considera Alexy que llevaría a la argumentación a la búsqueda forzada de respuestas únicas. Por ello propone la *tesis de la corrección*, algo así como “el resultado de una aplicación del argumento de la corrección dentro del argumento de los principios”, una especie de ideal metodológico y finalista, base de su modelo de argumentación jurídica.

En *Legal Reasoning and Legal Theory* y otros estudios, expone Maccormick una teoría de la argumentación jurídica bien articulada, sencilla y práctica, realista y útil. Entre el ultrarracionalismo de Dworkin y el irracionalismo de Ross, el pensamiento de este autor utiliza la lógica de la justificación: sólo se puede persuadir si los argumentos están justificados, lo que en ámbito jurídico supone que han de ser,

no sólo conformes con los hechos sino con las normas legales. Y todo ello en un marco de “justicia de acuerdo con el derecho”.

Para Maccormick el razonamiento jurídico es un caso especial, altamente institucionalizado y formalizado del razonamiento moral”, lo que supone el punto de mayor convergencia con Alexy, que se plantea el discurso jurídico no sólo como un caso especial de la discusión general sobre cuestiones prácticas, sino como una necesidad de llegar a la verdad a través de la corrección.

Variaciones de este planteamiento pueden encontrarse en Aulis Aarnio y Alexander Peczenick, aunque traspasan la condición de influyentes en Alexy para llegar a la de colaboradores.

En el positivismo de Norbert Hoerster hay que buscar no una fuente sino una prueba. En tanto asumiéramos sus tesis sobre la competencia del modelo positivista como derecho de garantías basado en una argumentación libre de valoraciones morales, el sistema de Alexy quedaría prácticamente desprovisto de sentido. Las normas, afirma, no tienen un carácter trascendental en absoluto; no hay ninguna que sea obligatoria por lógica, ni tampoco por intuición. Pretender un derecho justo anterior al derecho positivo es una quimera (pese a la opinión de autores como Larenz o Fikenscher), lo cual no impide que se pueda hablar de una *ética jurídica* (pero) *sin metafísica*. Autores como él obligan a justificar que, en la argumentación, la justicia y la eficacia hayan de estar inevitablemente unidas. De igual manera desde la postura de Alexy le resultaría muy difícil a Hoerster dar cuenta de las situaciones de injusticia legal inherentes al positivismo.

TERCERA PARTE

FORMULACIÓN CONCEPTUAL DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

(C.15) El mundo de las acciones prácticas (de la acción moral en suma) puede ser explicado **racionalmente**.

Cambiar las actitudes no afines en actitudes afines es una tarea argumental. El emotivismo de Stevenson habla ya de métodos persuasivos (o de razones) y métodos racionales (que aportan hechos como razones). Para construir juicios morales con pretensiones de verdad hay que recurrir a organizaciones con sentido que se componen de palabras y se articulan en proposiciones (Wittgenstein). La realidad, dirá este autor, es comparada con la proposición y “sólo en la medida en que es una figura de la realidad puede la proposición ser verdadera o falsa”. Estos juegos del lenguaje están sujetos a reglas; es decir, son seguidos por diferentes personas en diferentes momentos, constituyendo formas de vida o de representación del mundo. Alexy supera el *relativismo* que supone dar razones sólo validas dentro de estos ámbitos de representación, proponiendo que la argumentación desde los diversos ámbitos, es lo que da sentido a que existan precisamente *reglas universales*.

Reglas que ya están presentes en Kant, para quien la razón posee una tendencia natural a sobrepasar el campo de la experiencia. La razón se manifiesta en una doble dimensión: *apodíctica*, cuando deriva de lo particular a lo universal, e *hipotética*, cuando lo universal es asumido como problemático. Nuestra razón nos

impone unas leyes morales, “por ello es posible un canon de la razón en su uso práctico o moral”, basado en la idea de libertad del sujeto y compatible con la existencia del imperativo. Este concepto kantiano de racionalidad práctica, diferenciado de los modelos “aristotélico” y “hobbesiano”, y que llevado a la teoría del discurso se traduciría en una “racionalidad procedimental universalista” cuya herramienta es la argumentación, constituye el punto de partida de la propia argumentación de Alexy. En contra, estarían naturalmente las concepciones contractualistas de Buchanan (deudoras de Hobbes) y Foucault (de Nietzsche), partidarias de una “maximización individual de utilidades”.

(C.16) La libertad, en términos del discurso, se cifra en que el argumentar supone un intento de articular una verdadera **acción comunicativa**.

Concepto que tiene gran importancia en esta investigación por cuanto da cuenta de la participación del lenguaje en la realidad. La idea de *racionalidad comunicativa* de Habermas se inserta orgánicamente en la llamada *nueva Dialéctica de la Ilustración*, históricamente en el debate positivista Popper/Adorno, metodológicamente en la revisión de *Verdad y método* de Gadamer y conceptualmente en la revisión del marxismo de la *nueva Teoría Crítica*, donde Habermas diferencia la racionalidad comunicativa de lo racional deliberado, proponiendo una síntesis en que *la primera* vea reconocido su papel en la nueva realidad social. Racionalización supone el ordenamiento de la vida de acuerdo con unos principios de validez universal o universalizables, donde el lenguaje supera los otros agentes de integración social parsonianos (el poder, el dinero y otros), estando presente en toda la actividad social, y que se configura en lo que se refiere a su

diemensión práctica, en condensaciones racionales (consenso) y zonas de tensión (disenso).

Aunque el itinerario evolutivo de Habermas es complejo, a los propósitos de esta investigación, y con los consiguientes saltos lógicos, lo hemos situado entre Kant y Alexy. Distingue Habermas entre *racionalidad instrumental* de carácter técnico-empírico; *racionalidad estratégica* de naturaleza especulativa y *racionalidad normativa* o “de solución racional de tareas prácticas en el marco de una moral regida por principios”. En esta última, compatible con un modelo argumentativo equidistante tanto de normas como de razones, habría que situar el punto de conexión con Alexy.

Este lo incorporará a su planteamiento derivando algunas reglas de su argumentación práctica de este concepto.

(C.17) La acción comunicativa se apoya, por tanto, en un **uso racional del lenguaje**, lo que quiere decir que el discurso racional así obtenido, construido con argumentos, ha de cumplir con condiciones o reglas tanto estructurales como de procedimiento. Entre las primeras están las que regulan la no contradicción, la claridad lingüístico-conceptual; la verdad de las premisas; la capacidad deductiva de los argumentos, etc. Las segundas, que atienden a la imparcialidad y universalidad de la argumentación, se explicitan en fórmulaciones como: “Todo hablante puede participar en el discurso”; “Todos pueden cuestionar cualquier aserción”, etc.

Esta racionalidad procedimental y comunicativa, criticada por autores como Weinberger o Tugendhat, tiene su máxima expresión en la afirmación de Habermas

de que “los requisitos de validez normativos de verdad, son susceptibles de admitir un consenso que esté racionalmente motivado”. Y llevará a Alexy a constreñir su propuesta en la tesis de que la validez universal de las reglas del discurso se fundamenta en tres pilares: a) la argumentación pragmático-trascendental, en su versión débil (que incluye la racionalidad trascendente de Kant y la implícita de Apel; b) complementariamente con un argumento que contemple la maximización individual de utilidades, (pues sólo con el convencimiento pueden mantenerse los presuntos intereses), y c) una premisa empírica como presupuesto o condición, (sobre la base de que el interés por la corrección es deseado por la mayoría).

En este diálogo convincente, que tiene buena parte de su arraigo en Perelman (desde su vertiente social en el *argumento pragmático*, a la jurídica en la *analogía*), se basa la argumentación de Alexy.

(C.18) El uso racional del lenguaje presupone una **intencionalidad**, una **inteligibilidad** y una **veracidad**. Conceptos de diferentes autores recuperados por Alexy como esenciales a su pensamiento, a través de la filosofía de Habermas. Este autor plantea que sólo bajo el reconocimiento de un código o pragmática universal del lenguaje podemos pretender de nuestras emisiones la mutua validez que, por otra parte, tiene diferentes categorías. La comunicación necesitará el cumplimiento de dichas categorías, tales como la *inteligibilidad*, la *intencionalidad* o pretensión del hablante de comunicar un contenido verdadero y la *veracidad* o capacidad de infundir crédito a las emisiones.

Para Habermas la pretensión de inteligibilidad es condición no objeto de la comunicación. En cuanto a la justificación de la pretensión de corrección (verdad) o

adecuación planteada en los actos de habla regulativos, sólo puede ser resuelta discursivamente. Esto quiere decir que en el fondo, los juicios de valor y de deber se equiparan a los juicios empíricos en cuanto a su capacidad de verdad. Por tanto, si estos se inscriben en una *teoría de la verdad como correspondencia* (adecuación entre proposiciones y hechos), aquellos, inscritos en una *teoría consensual de la verdad* ("por la que atribuyo a un objeto un predicado si también cualquier otro que entablara un diálogo conmigo, atribuyera el mismo objeto al mismo predicado") son igualmente susceptibles de verdad. Así, las expresiones normativas pueden ser contrastadas como verdaderas aplicándoles la teoría consensual de la verdad, lo que supone un punto de apoyo considerable a toda la teoría de la argumentación de Alexy.

(C.19) La racionalidad supone el **consenso** de los participantes, en tanto que aportan razones, en lo que Habermas llama "un transfondo normativo intersubjetivamente reconocido". El objetivo es la consecución de un *acuerdo* que concluya en la comunidad intersubjetiva de la comprensión mutua, del saber compartido, de la confianza recíproca y de la concordancia de unos con otros.

El acuerdo tiene como marco general unos presupuestos universales del entendimiento (lo que Apel llama "condiciones normativas de la posibilidad del entendimiento"); es decir una base presupuesta de condiciones de validez (además de las clásicas habermasianas: inteligibilidad, verdad, veracidad y rectitud) que reconocen los participantes de forma común.

En sentido amplio el consenso supone el acuerdo de medios y de fines. Chaïm Perelman distingue tres elementos: discurso, orador y auditorio y, dado que

en la argumentación además de hechos se analizan valores, hay que remitirse a la doctrina del precedente y a la dogmática para aportar un nivel de seguridad aceptable. No obstante, reconoce Habermas, que cuando alguna de las pretensiones de validez queda en suspenso, no queda más alternativa que pasar a una acción estratégica con técnica y fines propios; sobre todo en el ámbito jurídico, donde el *stau quo* y el *derecho vigente*, ya imponen un consenso más o menos forzado.

Alexy trasladará ese consenso relativo a las normas, instituciones y valores, propio según Albrecht Wellmer de un “mundo vital idealizado”, al de un *consenso razonado* basado en la fuerza del mejor argumento, al que recurre también Habermas para superar los dos déficits más significativos de este ideal: que no pueda ser cumplido; o que su cumplimiento se deba a cuestiones interesadas.

(C.20) Este consenso implica, a su vez, el acuerdo sobre **verdad** (validez) y **corrección** de los argumentos.

Aunque las argumentaciones morales tienen dificultades en expresar sus resultados en términos de verdad, Alexy considera que, si bien traten de valores, el enjuiciamiento de éstos a través de un procedimiento y bajo las condiciones previstas en el consenso, reproduce condiciones de verdad tan sólidas como las aportadas por la metodología lógico-deductiva. Si, siguiendo a Kant, “las condiciones de posibilidad de la experiencia en general son a la vez condiciones de posibilidad de los objetos de experiencia”, la cuasi equiparación entre verdad y pretensiones de verdad nos lleva a que un enunciado es verdadero si se puede o está justificado enunciar como verdadero, por lo que la lógica de la verdad de Habermas es una lógica del

discurso teórico; esto es, “de un exámen de las condiciones (pragmáticas) de posibilidad de alcanzar un consenso racional mediante argumentación.

El carácter funcional de la corrección vendría del hecho de ser un factor a “buscar” en la argumentación y no como factor “dado”, más afín al concepto verdad. En el discurso teórico la falta de consistencia de los argumentos se resuelve con la retirada, sustitución o refuerzo de los mismos; en el caso del discurso práctico la falta de racionalidad o legitimidad de las normas lleva a la retrofundamentación de las mismas, al bloqueo o al retroceso a una situación consensual desde donde retomar la argumentación. Ahora bien, como afirma Maccarthy, lo cierto es que el modelo discursivo de la corrección normativa es algo más fácil de evaluar que el modelo discursivo de la verdad, y ello por tratarse, no de un modelo de validez externa u objetiva, sino de un modelo de reconocimiento intersubjetivo, donde la conexión entre consenso y rectitud es en principio más plausible que la conexión entre consenso y verdad.

La argumentación de Alexy no renuncia ni a la verdad ni a la corrección, advirtiéndose esta convergencia en la necesidad de buscar una única respuesta correcta, no de forma categórica al modo de Dworkin, sino como una *idea regulativa*. Llevado al ámbito judicial, afirma que “la falta de la pretensión de corrección de una decisión jurídica no la priva de ser una decisión válida, si bien, la hace ser defectuosa en un sentido relevante y no sólo moralmente”. Un autor como Maccormick, sobre la base de la necesidad de la racionalidad, rechaza una pretensión tal al presuponer en el debate jurídico razones valorativas y finalistas penetradas de subjetividad y temporalidad; y todo ello con la obligación del juez de aplicar el derecho vigente, siguiendo el hilo de la regla de reconocimiento.

(C.21) Por tanto: la argumentación no se puede fundamentar en un **uso convencional del lenguaje**, sino en un **uso argumentativo**. El primero se da en el nivel que podemos llamar *estandar* de la argumentación. Es el lenguaje de rutina, de sostén, cuya construcción es aceptada de manera tácita. Habermas distingue entre reglas de acción instrumental y reglas de acción social. Las primeras “se basan en generalizaciones empíricas y se refieren a su contexto de forma (también) generalizante”. Las segundas, al tratarse de convenciones, son comunicativas por defecto, esto es, en la medida que se reconocen implícitamente como reglas comunes de validez del lenguaje y normas comunes de comportamiento. Así, en tanto el lenguaje convencional se basa en normas vigentes o intersubjetivamente reconocidas, las reglas de la acción instrumental o estratégica no gozan *per se* de validez normativa.

La argumentación como tal presupone un nivel organizado del lenguaje: un verdadero uso argumentativo. Supone aceptar unas reglas que posibiliten el entendimiento para llegar a un acuerdo teórico (discurso racional), valorativo (discurso práctico) y vinculante (discurso jurídico).

Como niveles superiores en complejidad a lo convencional propone Perelman dos tipos de argumentos: los que están basados en la estructura de lo real (el argumento pragmático y el de la autoridad entre otros), y los que propiamente “fundan” la estructura de lo real (el ejemplo, la ilustración y el modelo, esenciales en el tratamiento de la analogía en la práctica jurídica).

Toulmin va un paso más y habla de un uso argumentativo allí donde se precisan razones, argumentos o, en su caso, pruebas. Desde lo que llama modelo

simple de los argumentos, con sus cuatro elementos esenciales: pretensión, razones, garantías y respaldo. La pretensión podría plantearse desde el lenguaje convencional y sólo cuando no se acepta necesitaremos recurrir al uso argumentativo y, muy posiblemente teniendo que aportar las garantías o recurrir al respaldo.

Para Alexy es muy aprovechable para la argumentación el nivel convencional, por su validez implícita y universal y por su capacidad de aligerar el debate. De igual modo acepta el nivel instrumental desde el presupuesto de que se argumenta para “fines”. Pero, es con la argumentación como tal, que conseguimos que los cambios para conseguir los fines sean estables y llegar a un consenso, aunque sea en la acepción menos pretenciosa de Habermas de *consenso fundado*, como acuerdo que puede ser conseguido con argumentos (mediante “la fuerza del mejor argumento” de Toulmin). Con Habermas también, afirmará que la fuerza que tenga el paso de la norma a la regla particular de aplicación para producir consenso, depende de la adecuación del sistema lingüístico usado para la argumentación. Es decir, que se produzca en la mejor de las situaciones.

(C.22) En definitiva, una **situación ideal de habla**, concepto habermasiano donde se dan las condiciones para un consenso, que suponga esa aceptación implícita del mejor argumento posible entre todos los participantes posibles.

Para que se dé una situación ideal de habla han de producirse estas condiciones: 1) todos los participantes han de tener la misma oportunidad de emplear actos de habla comunicativos, de argumentar, replicar y contrarreplicar; 2) todos los participantes en el discurso tendrán las mismas oportunidades de interpretar y justificar, así como de cuestionar cualquier pretensión de validez suscitada; 3) sólo

se considerarán y permitirán agentes que empleen actos de habla representativos; 4) sólo se considerarán y permitirán agentes que gocen de la misma oportunidad de emplear actos de habla regulativos.

Si la situación ideal de habla puede considerarse una construcción *activa* de la comunicación, existe otro concepto donde se apoya la argumentación de Alexy, al menos en lo que se puede entender como su máximo ideal. Es el *auditorio universal* de Perelman, construcción *pasiva* o preestablecida, resultando que “la adhesión del auditorio universal es el criterio para la objetividad y la racionalidad de la argumentación”. Bien es verdad que, en el ámbito jurídico, se rebaja esta pretensión al incluir los propios deseos y convicciones de la comunidad.

(C.23) La situación ideal de habla puede considerarse un “**desideratum**”, un nivel de desarrollo pleno de la dialéctica argumental, que tiene lugar en una estructura social equivalente, que Habermas llama *comunidad ideal de diálogo*. Algo así como una inevitable suposición de las propias estructuras de la comunicación, donde “la anticipación formal del diálogo idealizado, garantiza el acuerdo contrafáctico último que ha de unir a los hablantes y oyentes potenciales en una fuerza generadora de consenso”. La situación ideal de habla no es sólo un principio regulativo en el sentido de Kant, ni un concepto existente en el sentido de Hegel, pues en la práctica ninguna sociedad coincide con la forma de vida que podemos caracterizar en principio por referencia a dicha “situación”.

En lo que la teoría del discurso de Habermas contribuye al soporte de la teoría de la argumentación (en general) de Alexy, toda crítica a la primera también afecta a la credibilidad de la segunda. La explicación del trinomio verdad-

fundamentabilidad-justicia desde un planteamiento teórico-discursivo es rechazada por autores como Luhmann, al considerar que dicha explicación es más propia de una filosofía del lenguaje que de una filosofía jurídica. Quizá, y sobre todo a la justicia, habría que buscarle un marco propio, toda vez que el sentido “ideal” de justicia propuesto corresponde a una sociedad que, en principio, no se da en la práctica. Alexy organiza su tesis sobre la necesaria incorporación de ambiciosos niveles de justicia en los sistemas jurídicos, a partir de criterios de corrección que se explicitan en la teoría consensual de la verdad, sobre la que, sin embargo, reconoce que “su plena validez, como la del análisis comparativo con otras aproximaciones, se tendrá que aclarar en una investigación propia”, pudiéndose interpretar quizá que tal teoría y sus fuentes estarían en período de “maduración”.

(C.24) Alexy considera que el discurso práctico es fundamentable en **reglas**, aunque éstas deban ser a su vez fundamentadas: Lo que Wroblewski llama *justificación externa*. Esto nos llevaría a un círculo lógico inoperante para el derecho. Por eso el autor recurre a otro tipo de reglas de uso que permiten concluir la argumentación. Por ello, las reglas del discurso práctico otorgan la suficiente seguridad al razonamiento como para que podamos hablar de un “normativismo lógico” ya que, combinado con otros discursos: el empírico, el lógico, etc., dan a la argumentación práctica (soporte de la propia argumentación jurídica) solvencia más que suficiente.

Cuando hablamos de *casos simples*, en derecho, entendemos que pueden en teoría ser resueltos deductivamente en el ámbito de la *justificación interna*, al menos si el caso es directamente subsumible en la regla. Pero, lo más corriente es que la identificación tanto de la premisa fáctica como de la premisa normativa exija una

nueva fundamentación con normas de mayor rango. Esto que Maccormick llama *casos difíciles*, constituye buena parte de la práctica jurídica habitual.

En lo abstracto, el discurso práctico pretende dotar de una validez universal a sus reglas, sustentándose en tres pilares: a) una versión *dedil* del *argumento pragmático-trascendental*; b) un argumento que apunta a la maximización individual de utilidades, y c) el presupuesto de una premisa empírica.

En lo concreto, el autor enumera 28 posibles reglas; un número teórico si se tiene en cuenta que algunas pudieran surgir de combinaciones de otras, e incluso ser superfluas. Se articularían en seis grupos: 1) Reglas *fundamentales* o condicionantes de la comunicación y la verdad/corrección; 2) Reglas de *razón*; 3) Reglas sobre la *carga de la argumentación*; 4) *Las formas de argumento*; 5) Reglas de *fundamentación* de reglas menores y formas de argumento, y 6) Reglas de *transición* a otros discursos.

(C.25) En este sentido, el discurso jurídico podría considerarse un **caso especial** del discurso práctico general: práctico por su origen y especial por su manera de representarse dentro del ordenamiento jurídico vigente.

Esto es consecuencia de la propia adhesión de Alexy a la *tesis de la conexión* entre derecho y moral, contraria a las positivistas *tesis de la separación* que proclaman una concepción subjetivista de la fundamentación de las normas, cuya raíz hay que buscar en Hume y Hobbes y su expresión actual en autores como Hart, Mackie, o Hoerster, pasando naturalmente por Kelsen.

El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general porque trata cuestiones prácticas (lo que se debe hacer o evitar), plantea cuestiones de corrección, pero así mismo se impone las limitaciones procesales y temporales que sugiere el ordenamiento. Se trataría por tanto, como hemos sugerido en algún momento, no sólo de una *obediencia moral al derecho*, sino de una *obediencia racional al derecho*. Por tanto, con la tesis del caso especial no está sugiriendo el autor “que las proposiciones normativas a fundamentar encuentren el acuerdo de todos en una discusión sin límites, sino que todo aquel que orienta su comportamiento según el ordenamiento jurídico vigente debe estar de acuerdo con estas proposiciones”.

(C.26) Así, el discurso jurídico ha de cumplir también con **reglas específicas**, que en el caso del autor, superando las posiciones estrictamente *legalistas* e incorporando “una axiología libre de suposiciones insostenibles que pueda ser reconstruida como teoría de los principios”, participan en una argumentación jurídica en *tres niveles*, son solidarias con el concepto de razón práctica y compatibles con un *constitucionalismo moderado*.

El sentido universal e intemporal de la argumentación en abstracto, adquiere en el discurso jurídico una dimensión histórica y actual. Alexy construye las reglas propiamente jurídicas sobre la estructura de las 28 reglas aludidas, que recogen algo así como un código de la razón práctica que, no sólo complementa el discurso jurídico, sino que constituye la base para su justificación y crítica. Se trata de un sistema mixto de reglas y principios dentro del mencionado constitucionalismo moderado. La necesidad de estas reglas jurídicas viene de la propia limitación del discurso práctico y de su falta de carácter vinculante. Técnicamente la argumentación

jurídica no es sino la justificación de proposiciones normativas en un contexto especial que adquiere forma de decisiones jurídicas.

La argumentación jurídica de Alexy estaría constituida, además de por las reglas silogísticas de la argumentación interna, por los seis grupos de reglas y formas de la justificación externa, que en síntesis son: 1) reglas y formas de la interpretación (de la ley); 2) de la dogmática jurídica; 3) del uso de los precedentes; 4) de la argumentación práctica general (de la razón); 5) de la argumentación empírica, y 6) de las formas especiales de argumentos jurídicos.

(C.27) Por su carácter histórico y actual, el discurso jurídico se autoimpone la limitación de estar subordinado a la **dogmática**, al **precedente** y a la **ley**.

En concreto la *argumentación interpretativa* de la ley puede considerarse la esencia misma de la argumentación. En buena medida corresponde a los denominados cánones llevar a cabo la interpretación de las normas. Un canon interpreta la norma N valiéndose de la regla R y ofrece la norma N' ya interpretada.

La dogmática jurídica, como ciencia propia del derecho, es multidimensional, compleja y confusa, aunque de gran riqueza a la hora de abrir posibilidades de solución. La *argumentación dogmática* persigue un análisis lógico de los conceptos jurídicos; 2) la reconducción de este análisis a un sistema, y 3) la utilización de los resultados en la fundamentación de las decisiones jurídicas.

El recurso argumentativo al *precedente* se basa en la aplicación de una norma implícita a la decisión de dicho precedente. El uso del precedente, cuyo fundamento

originario habría que buscar en el principio de universalidad de Hare y que, en esencia propone “tratar de igual manera lo igual”, ha de ser riguroso y bien justificado. Precisamente porque en sentido estricto no hay dos casos completamente iguales, y más si tenemos en cuenta las propias variaciones histórico-sociales. Tanto una aceptación ajustada del precedente (técnica del *distinguishing*), como su rechazo (*overruling*) han de estar bien fundamentadas. Cualquier separación de la línea del precedente lleva implícito el correr con la regla (j.14) o de la carga de la argumentación.

(C.28) El discurso jurídico tiene una **finalidad ejecutiva**, concluyendo un círculo racional discursivo en una solución vinculante, ya sea en el campo normativo, en el dogmático o en el de la propia sentencia.

Las proposiciones normativas han de ser fundamentadas con normas de mayor rango o con reglas más universales. Esto podría llevar al debate práctico-jurídico hasta el infinito en el intento de retrofundamentar todo lo que siga siendo susceptible de crítica. Romper este círculo lógico con una conclusión (o una decisión, en términos jurídicos) supone en cierto sentido asumir un déficit de racionalidad, o de coherencia argumentativa, del discurso jurídico en favor de una solución más o menos forzada. Se trata de pasar de una situación lógica (círculo lógico ó “trilema de Münchhausen”) a una situación práctica o de la vida (en la que el juez, en principio, corre con la carga de la simplicidad), sin que la argumentación pierda la pretensión de ser racional. El juez abandona el campo de la mecánica estricta en cuanto ha de *valorar*, ya se sitúe según los valores de la comunidad, según aquellos en cuyo nombre habla (el “sentido” del ordenamiento), o recurra a un “orden objetivo de valoraciones” (ciertamente suprapositivo).

Así, inferencia lógica y valoración son los límites entre los que se moverá el juez con un protagonismo u otro (desde un ultrarracionalismo a un decisionismo, pasando quizá por un intuicionismo; es decir los modelos de Ronald Dworkin, Alf Ross y Jerome Frank). En tanto Maccormick propone una justificación deductiva de carácter lógico, Alexy entiende que la decisión está a medio camino entre la necesidad (lógica) y la discrecionalidad (interpretación): “lo que la lógica determina es la obligación del juez de fallar en el sentido indicado, pero no el fallo como tal”. La decisión en Alexy es el resultado de aplicar los tres niveles: el de las reglas, el de los principios y, el tercero: una argumentación jurídica que sobre los dos anteriores posibilita una decisión racionalmente fundamentada”.

El camino a recorrer por el juez o decisor, sería aproximadamente éste: Primero, intentar abordar el caso dentro del silogismo jurídico. Segundo, y si no es posible lo anterior, fundamentar las normas de aplicación que hay que ir incorporando. Tercero, retrofundamentar las normas hasta dar cuenta de su adecuación al caso. Cuarto, usar las reglas de la argumentación pragmática para evitar caer en el círculo lógico derivado de la situación anterior. Quinto, continuar con las reglas procedimentales de la argumentación jurídica. Sexto, formular la decisión.

(C.29) Siguiendo el pensamiento de Alexy podría apuntarse que el discurso jurídico tiene tres momentos: **ideal**, **racional** y **real**, en los que se constituye y se fundamenta. Conclusión que, si bien no constituye una tesis del autor, es compatible con su planteamiento y, en gran medida, una proyección del mismo. Algo que defendimos desde tres evidencias: Primera, los conceptos fundamentales de la teoría tienen un carácter trinomial. Segunda, pueden ser adscritos a una de estas tres

categorías sin que pierdan su pleno sentido. Y, tercera, que un planteamiento tal responde mejor al esquema de una fundamentación de la naturaleza última de la argumentación jurídica. En tanto, no pretende ser sino una *tesis provisional*: un nexo entre la teoría de Robert Alexy y una futura propuesta en esta línea de investigación que, como el propio autor reconoce, permanece abierta.

NUEVE CRÍTICAS GENERALES A LA TEORÍA

Estas críticas a puntos más o menos oscuros de la teoría de la argumentación jurídica, o a supuestos déficits de fundamentación de la misma, ya han sido analizadas, junto con otras y de una u otra manera, en el lugar que le corresponde. Pretendemos que constituyan un recordatorio para el futuro debate de esta teoría, toda vez que en este estudio sólo se han abordado en tanto que cuestiones abiertas a la discusión.

Primera.- Es manifiesta la arbitrariedad en las conclusiones parciales obtenidas de los autores de la filosofía analítica. Al rechazar algunas de dichas conclusiones por no ser compatibles con su teoría, el autor debilita considerablemente la fundamentación que pretende de aquella.

Segunda.- No diferencia convenientemente entre discurso jurídico y argumentación jurídica. Desde nuestro punto de vista estos términos son sólo equivalentes en algunos contextos. En el planteamiento del autor se transita de uno a otro de manera que llegan a confundirse¹²⁷⁵.

¹²⁷⁵Nos inclinábamos por una noción de discurso jurídico entendido como construcción teórica disponible para su utilización en el ámbito del debate jurídico; en tanto la argumentación jurídica representaría la parte activa del propio debate; es decir, la acción de

Tercera. - Sobre los derechos y el discurso jurídico¹²⁷⁶.

En la teoría de la argumentación jurídica no se habla de los derechos¹²⁷⁷. Parece que Alexy los considera posteriormente¹²⁷⁸. Finalmente aparecen como esenciales al discurso jurídico, y como base de todo discurso racional¹²⁷⁹. Es decir, se incluye un elemento en la teoría de la argumentación jurídica aparentemente fundamental, sin dar cuenta cabal de esta modificación.

Cuarta. - En relación al punto de partida de la argumentación, Alexy plantea, que la falta de reglas fundamentales o la provisionalidad de las demás, no es irrazonable como base de la argumentación. En concreto afirma que, “dado que es razonable empezar de alguna manera la discusión, es también razonable empezarla sobre reglas no justificadas”¹²⁸⁰.

intervenir, modificar (argumentar) desde una situación de partida que incluiría la elección de unas normas y la aplicación de un procedimiento (en definitiva, el uso del discurso).

¹²⁷⁶V. Cap. 11.3

¹²⁷⁷ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de M. Atienza e I. Espejo, del título original *Theorie der juristischen argumentation*, Surkamp, Frankfurt del Meno 1978 (reimpresión Frankfurt del Meno 1983), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989

¹²⁷⁸ALEXY, R.: "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional", texto leído en el Simposio sobre Problemas de Argumentación en el marco del Primer Seminario Eduardo García Máynez, ITAM-Escuela Libre de Derecho (trad. de Pablo Larrañaga), México, 1991, incl. en *Derecho y razón práctica*, México 1993, p 35: "Mi tesis es que el resultado de un discurso racional sería un sistema de derechos fundamentales que incluya una preferencia *prima facie* de los derechos individuales sobre los bienes colectivos"

¹²⁷⁹*Ibidem*, p 31: "En los sistemas jurídicos, el papel de los derechos fundamentales se debe a la práctica jurídica, y dentro de la práctica jurídica, éste se manifiesta este en el razonamiento práctico"

¹²⁸⁰V. Cap. 11.2

Consideramos que éste es uno de los graves déficits de la teoría de la argumentación de Alexy, que grava en definitiva la credibilidad del procedimiento en general, y del jurídico en particular.

Quinta.- Sobre la utilidad de la teoría cabrían serias objeciones. La racionalidad discursiva sobre la que asienta se compecece mal con una racionalidad estratégica (interesada) y con una racionalidad instrumental (de medios para fines), muy presentes en la práctica habitual del derecho. En esencia, esta racionalidad discursiva se convierte en hipotética, siendo la *comunidad ideal de dialogo* un referente más teórico que práctico¹²⁸¹.

Sexta.- Crítica a la presunta originalidad del tercer nivel de la argumentación¹²⁸².

La incorporación de una teoría de la argumentación jurídica parece presuponer, según nuestro autor, que la simple aplicación de reglas o principios, (o ambos, si hablamos de un sistema en dos niveles), no incluye, de suyo, un sistema de

¹²⁸¹Esta crítica, que conecta con la efectuada por Atienza [ATIENZA, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp 228-230], es sólo parcialmente compartida por nosotros, como ya hemos dejado apuntado en su momento. En realidad la *situación ideal de habla*, de naturaleza dialógica, representa frente a otras construcciones metajurídicas (p.e. el *espectador imparcial* de Maccormick, el *tribunal de la razón* de Toulmin, o el *auditorio universal* de Perelman), las bases “ideales” de la argumentación participativa por excelencia, que podría incluir el de la máxima representación de los intereses y fines de los participantes. Sólo se necesitaría invocar este modelo teórico como el mejor medio de canalizar tanto las razones estratégicas como las instrumentales. Esto, sin tener que apelar al necesario “ideal” que el foro jurídico representa, como garante de que toda demanda cabal progrese ilimitadamente hacia el buen fin que se le supone.

¹²⁸² Ahora bien, asumiendo esto, si estaríamos en condiciones de aceptar lo que ya afirmábamos en el capítulo 11.5; es decir, que “la argumentación jurídica no sólo constituye el tercer nivel, sino que es el nivel de interpretación de los otros dos, aquel en el que adquieren sentido”.

aplicación. Es decir, parece como si estuviera obviando que, en cualquier caso, existe un procedimiento, llámese argumentación jurídica o no, que supone una necesidad de identificar los principios, enfrentarlos, ponderarlos, etc. Y que, igualmente, es inexcusable un determinado criterio de selección en la identificación y aplicación de la regla correspondiente. En resumen, no es posible una aplicación automática de unos y otras al caso en cuestión, sino que requiere un procedimiento, más o menos complejo, por lo que este tercer nivel que propone Alexy no sería más original sino, en todo caso, más elaborado.

Séptima.- Sobre la *tesis débil* de los principios, que bien podría no ser tal.

Frente a la *tesis fuerte* de los principios de Ronald Dworkin, esto es, que tienen una participación en el debate en forma de “todo o nada”, Alexy proponía una *tesis débil*¹²⁸³ o de participación proporcional al peso de cada principio en la argumentación. Aunque Dworkin no sea una fuente reconocida en nuestro autor, la evidente preponderancia de reglas de carácter general y origen moral en la teoría de la argumentación de Alexy, relacionadas con la pretensión de corrección que infunde todo su sistema, lleva a pensar que está lo suficientemente cerca de él y de su idea de “una única respuesta correcta”. Esto vendría avalado por la siguiente apreciación: La preeminencia de los derechos individuales sobre los bienes colectivos en la base de la argumentación de Alexy supone el recurso permanente a los derechos fundamentales como garantes de los mismos. Toda vez que éstos, a su vez, se sustentan en principios igualmente fundamentales, cabría pensar que su *tesis débil* no es tan débil y que su separación de las tesis de Dworkin es más metodológica que conceptual.

¹²⁸³ ALEXY, R.: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica" (trad. de M. Atienza), en *Doxa 5*, Alicante, 1988 y *Derecho y razón práctica*, México, 1993, p 11

Octava.- Alexy inscribe su teoría de la argumentación jurídica en una teoría normativa de la sociedad¹²⁸⁴ y en una teoría general del Estado y del Derecho¹²⁸⁵. ¿Supone que ha pasado de una noción a otra?. Y, ¿qué quiere decir con esto?. Son nociones, cuando menos, confusas. Y, así, cuando afirma que "Para llegar a una teoría del discurso jurídico que contenga también la condición de racionalidad habría que ampliar la teoría del discurso racional práctico general hasta una teoría de la legislación, y ésta hasta una teoría normativa de la sociedad, de la que la teoría del discurso jurídico constituiría una parte"[*Teoría de la argumentación jurídica*, pp 274 y 275], creemos que está remitiéndose a la fundamentación del propio derecho desde su teoría. Tarea que, obviamente, sólo queda señalada.

Novena.- A pesar de la 4ª crítica, y en relación con la 5ª, Alexy plantea su escepticismo respecto a las posibilidades de la teoría. Consideramos que esto es consecuencia de lo señalado en la 8ª y necesariamente coherente con la misma. Es decir, la teoría no queda debidamente fundamentada en un modelo de derecho donde encajar.

¹²⁸⁴ ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, p 275

¹²⁸⁵ ALEXY, R.: "Idée et structure d'un système du droit rationnel" en *Archives de Philosophie du Droit*, n° 33, 1988, p 30; ALEXY, R.: "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica" (trad. de E. Garzón Valdés), en *Derecho y filosofía*, Fontamara, México, 1992, incl. en *Derecho y razón práctica*, México, 1993, p 69

ANEXO

TABLA DE LAS REGLAS Y FORMAS ELABORADAS

Según advierte el propio autor, esta tabla no es un resumen de las ideas desarrolladas en la investigación, sino un resumen de uno de sus resultados¹²⁸⁶.

I. LAS REGLAS Y FORMAS DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL.

1. Las reglas fundamentales

[1.1] Ningún hablante puede contradecirse.

[1.2] Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.

[1.3] Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a en todos los aspectos relevantes.

[1.3'] Todo hablante sólo puede utilizar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.

[1.4] Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

¹²⁸⁶ALEXY, R.: Teoría de la argumentación jurídica ..., p 283

2. Las reglas de la razón

[2]. Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.

[2.1] Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

[2.2] a. Todos pueden problematizar cualquier aserción.

b. Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.

c. Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

3. Las reglas de carga de la argumentación

[3.1] Quien pretende tratar a una persona A de una manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo.

[3.2] Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.

[3.3] Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.

[3.4] Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

4. Las formas de los argumentos

4	$\frac{G}{R}$	
	N	
4.1	$\frac{T}{R}$	4.2
	N	$\frac{F}{R}$
4.3	$\frac{F_R}{R}$	4.4
	R	$\frac{T'}{R'}$
		R

4.5 $R_i P R_k$ o bien $R'_i P R'_k$

4.6 $(R_i P R_k)$ o bien $(R'_i P R'_k) C$

5. Las reglas de fundamentación

[5.1.1] Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.

[5.1.2] Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.

[5.1.3] Toda regla debe poder enseñarse de forma abierta y general.

[5.2.1] Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórica-crítica. Una regla moral no pasa prueba semejante:

a) Si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o

b) Si originariamente no se puede justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

[5.2.2] Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

[5.3] Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados.

6. Las reglas de transición

[6.1] Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).

[6.2] Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.

[6.3] Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

II. REGLAS Y FORMAS DEL DISCURSO JURÍDICO

1. Las reglas y formas de la justificación interna

1.1 *Formas*

1.1.1 *Forma más simple*

[J.1.1] (1)(x)(Tx → ORx)

(2)Ta

(3)ORa (1),(2)

1.1.2 *Forma más general*

[J.1.2] (1)(x)(Tx → ORx)

(2)(x)(M¹x → Tx)

(3)(x)(M²x → M¹x)

.

.

.

(4)(x)(Sx → Mⁿx)

(5)Sa

(6)ORa (1)-(5).

1.2 Reglas

[J.2.1] Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

[J.2.2] La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

[J.2.3] Siempre que exista duda sobre si a es un T o un M^i , hay que aducir una regla que decida la cuestión.

[J.2.4] Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

[J.2.5] Hay que articular el mayor número de pasos de desarrollo.

2. Reglas y formas de la justificación externa

2.1 *Reglas y formas de la argumentación empírica.* Rige [6.1]. No se elaboraron reglas y formas especiales

2.2 *Reglas y formas de interpretación*

2.2.1 *Formas de la interpretación semántica*

[J.3.1] R' *debe* aceptarse como interpretación de R sobre la base de W_i .

[J.3.2] R' *no puede* aceptarse como una interpretación de R sobre la base de W_k

[J.3.3] Es *posible* aceptar R' como interpretación de R, y es posible no aceptar R' como interpretación de R, pues no rigen ni W_i ni W_k

2.2.2 *Forma fundamental de la interpretación genética*

[J.4.1] (1) $R' (= I'_w)$ es querido por el legislador.
(2) R'

[J.4.2] (1) Con R el legislador pretende alcanzar Z
(2) $\neg R' (= I'_w) \rightarrow \neg Z$
(3) R'

2.2.3 *Forma fundamental de la interpretación teleológica*

[J.5] (1) OZ
(2) $\neg R' (= I'_w) \rightarrow \neg Z$
(3) R'

2.2.4 *No se elaboraron formas de la interpretación histórica, comparada y sistemática.*

2.2.5 *Reglas*

[J.6] Debe resultar saturada toda forma de argumento que haya de contar entre los cánones de la interpretación

[J.7] Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.

[J.8] La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.

[J.9] Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.

2.3 *Reglas de la argumentación dogmática*

[J.10] Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos de un argumento práctico de tipo general.

[J.11] Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.

[J.12] Si son posibles los argumentos dogmáticos, deben ser usados.

2.4 *Las reglas más generales del uso de los precedentes*

[J.13] Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse.

[J.14] Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

2.5 Formas especiales de argumentos jurídicos

2.5.1 Formas

[J.15] (1)(x)(OGx → Fx)
(2)(x)(¬Fx → ¬OGx)

[J.16] (1)(x)(Fx ∨ F sim x → OGx)
(2)(x)(HxF → sim x)
(3)(x)(Hx → OGx) (1),(2)

[J.17] (1)O → Z
(2)R' → Z
(3)¬R'

2.5.2 Reglas

[J.18] Las formas de argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.

OBRAS DEL AUTOR

ALEXY,R.: Recensión de N. MacCormick", "Legal reasoning and Legal Theory" en *Rechtstheorie*, nº 11, 1980, Cuaderno 1, pp 120-128

ALEXY,R., AARNIO,A., y PECZENICK,A.: "The Foundati6n of Legal reasoning", en *Rechtstheorie*, nº. 12, 1981, pp 133-158, 257-279 y 423-448

ALEXY,R.: *Metatheorie juristischer Argumentation/in Verbindung mit Aulis Aarnio... et al.] herausgeben von Verner Krawietz und Robert Alexy; mit einem Vorwort von Werner Krawietz; Berlin: Dunker und Humblot, cop. 1983*

ALEXY,R.: "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien" en *ARSP Beiheft 25* (1985)

ALEXY,R.: "Idée et structure d'un système du droit rationnel" en *Archives de Philosophie du Droit*, nº 33, 1988, pp 22-38

ALEXY,R.: *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. de M. Atienza e I. Espejo, del titulo original *Theorie der juristischen argumentation: die theorie des rationalen diskurses als theorie des juristischen Begründung*, Surkamp, Frankfurt del Meno 1978 (reimpresión Frankfurt del Meno 1983), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 [1ª ed., 1ª reimpresión, 1997]

ALEXY,R.: "Respuesta a algunos críticos" en *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989, pp 289-318

ALEXY,R.: "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral" (trad. de P. Larrañaga), en *Ratio Juris*, V.2, N°2, 1989, pp 167-183

ALEXY,R.: "Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft". Conferencia presentada en el 15 Congreso Mundial del Derecho y Filosofía Social, Gottinga, 1991

ALEXY,R.: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica" (trad. de M. Atienza), en *Doxa 5*, Alicante, 1988 y *Derecho y razón práctica*, México, 1993, pp 9-22

ALEXY,R.: "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional", texto leído en el Simposio sobre Problemas de Argumentación en el marco del Primer Seminario Eduardo García Máynez, ITAM-Escuela Libre de Derecho (trad. de Pablo Larrañaga), México, 1991, incl. en *Derecho y razón práctica*, México 1993, pp 23 a 35

ALEXY,R.: "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica" (trad. de E. Garzón Valdés), en *Derecho y filosofía*, Fontamara, México, 1992, incl., en *Derecho y razón práctica*, México, 1993, pp 59 a 73

ALEXY,R.: *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993 [1ª ed., 1ª reimpresión, 1993]

ALEXY,R.: *Teoría de los derechos fundamentales* (del título original *Theorie der grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986, trad. de E. Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 [1ª ed., 1ª reimp., 1997]

ALEXY,R.: *Begriff und geltung des rechts*, Munchen: Alber, 1994

ALEXY,R.: *El concepto y la validez del Derecho* (trad. de Jorge M. Seña), Barcelona, 1994 [1ª ed., reimpresión, 1997]

ALEXY,R.: "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", incluido en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, 1994, pp 131 a 157

ALEXY,R.: "Derechos individuales y bienes colectivos", en *El Concepto y validez del Derecho*, Barcelona, 1994, pp 179-208

ALEXY,R.: "Sistema jurídico y razón práctica", incluido en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, 1994, pp 159 a 177

(En inglés) ALEXY,R.: *A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification*, Oxford, Clarendon Press, 1989

(En italiano) ALEXY,R.: *Teoria dell'arumentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica/Robert Alexy; a cura e con uno scritto di Maximo La Torre; presentazione di Luigi Mengoni*, Milano: Dott. A. Guiuffrè, 1998

(Sobre ALEXY) GARCÍA FIGUEROA, A.: *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998

(Colaboraciones) VÁZQUEZ, R.: *Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*. Edición a cargo de R. Vázquez, con contribuciones de R. Alexy [et al.], Gedisa, Barcelona, 1998

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO,A.: *Lo Racional como Razonable*, (Título original en inglés: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, D. Reidel Publishing Company, 1987, versión castellana de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991

AARNIO,A., ALEXU,R., y PECZENICK,A.: "The Foundation of Legal reasoning", en *Rechtstheorie*, nº. 12, 1981, pp 133-158, 257-279 y 423-448

AARNIO,A.: *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*, [trad., cast., de P. Larrañaga], Fontamara, México, 1995

AARNIO,A.: "Sobre la predecibilidad de las decisiones jurídicas" [publicado en finlandés en el *Festschrift* en honor de G.H. von Wright en su 70 aniversario] y en *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*, [trad., cast., de P. Larrañaga], Fontamara, México, 1995

ADOMEIT,K.: *Introducción a la Teoría del Derecho: lógica normativa, teoría del método, politología jurídica* [trad., cast., de E. Bacigalupo], Civitas, Madrid, 1984

ADORNO,T.: *Dialectica negativa*, [versión cast. de J.M Ripalda, revisada por J. Aguirre, 1ª ed.], Taurus, Madrid, 1986

ALBERT.H.: *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen, 1968

ALCHOURRÓN,C.E.: "Systematization and Change in the Science of Law", en T. Eckhoff, L.M. Friedmann, J. Uusitalo (comps), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart (Rechtstheorie)*, Beiheft 10, 1983

ALCHOURRÓN,C.E. y BULYGIN,E.E.: *Normative Systems*, Viena, 1971 [Versión castellana: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974]

ALCHOURRÓN,C.E. y BULYGIN,E.E.: "Límites of Logic and Legal Reasoning", 1990 (no publicado hasta la fecha)

ALCHOURRÓN,C.E. y MARTINO,A.E.: "Logic without Truth", *Ratio Juris*, vol. 3, nº 1, 1990, pp 46-67

ALDISERT,R.J.: Sobre "Legal Reasoning and Legal Theory", en *Duquesne Law Revue*, nº 20, 1982, pp 383-398

AMBROSE,A. y LAZEROWITZ,M.(ed): *Ludwig Wittgenstein. Philosophy and Language*, London/New York, 1972

ANDRADA HERRERO,N.: *La equidad como elemento catalizador entre la norma jurídica y la justicia*, [tesis doctoral dirigida por J.Iturmendi], Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1988

APEL,K.O.: "Analytic Philosophy of Language and the Geisteswissenschaften", en *Foundation of Language*, Supplementary Series, Vol. 4, Dordrecht, 1967

APEL,K.O.: "El problema de la fundamentación última filosófica a la luz de una pragmática trascendental del lenguaje (Ensayo de una metacrítica del racionalismo crítico)", *Dianoia*, 21, 1975, pp 140-173

APEL,K.O.: *Penser avec Habermas contre Habermas* [trad., del alemán por M. Charrière], L'Éclat, París, 1990

APEL,K.O.: *Teoría de la verdad y ética del discurso* (trad., de N. Smilg), Paidós, Barcelona, 1991

APEL,K.O.: *Discurso y realidad: en debate con K.O. Apel*. ed., de Domingo Blanco [et al.], Trotta, Madrid, 1994

APOSTEL,L.: "What is the force of an argument", en *Revue Internationale de Philosophie*, num. 127, 1979

ARANGUREN,J.L.: *Ética*, Revista de Occidente, Madrid, 1958

ARANGUREN,J.L.: *Ética y Política*, Editorial Orbis, Barcelona, 1985

AROSO LINHARES,J.M.: "Habermas y la argumentación jurídica", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1991/92, (79), pp 27-53

ATIENZA, M.: Recensión de la "Lógica jurídica y la nueva retórica" de Ch. Perelman, *Sistema*, nº 34, Madrid, 1980, pp 142-151

ATIENZA, M.: *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986

ATIENZA, M.: "Sobre lo razonable en el Derecho", *Revista española de Derecho constitucional*, nº 27, Madrid, 1989, pp 93-110

ATIENZA, M.: "La argumentación jurídica en un caso difícil. La huelga de hambre de los 'Grapo'", en *Jueces para la democracia*, nº 9, Madrid, 1990, pp 31-37

ATIENZA, M.: "Sobre los límites del análisis lógico del derecho", en *Theoría*, Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, 1992, 7 (16-18), pp 1007-1018

ATIENZA, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993

ATIENZA, M.: *Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 1993

ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996

AUSTIN, J.L.: *Philosophical papers*, London/Oxford/New York, 1970

AUSTIN, J.L.: *Others Minds*, en: J.L. Austin, *Philosophical papers*, London/Oxford/New York, 1970, pp 76-116

AUSTIN, J.L.: "Truth", in *Philosophical papers*, London/Oxford/New York, 1970, pp 117-133

AUSTIN, J.L.: "How to talk" *Philosophical papers*, London/Oxford/New York, 1970, pp 134-153

AUSTIN, J.L.: *Cómo hacer cosas con palabras (How to do things with Words)*, London, Oxford, New York, 1962, trad. de G.R. Carrió y E.A. Rabossi), Paidós, Barcelona, 1982

AYER, A.J.: *Language, Truth and Logic*, Harmondsworth, 1971 [Lenguaje, verdad y lógica, trad., de M. Suarez, ed., de Martínez Roca S.A., Barcelona, 1981]

BACIGALUPO, E.: "La motivación de la subsunción típica en la sentencia penal", *Cuadernos de derecho judicial*, 1992, (13), pp 161-179

BAIER, K.: *The Moral Point of View*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1974

BAIER, K.: "Value Judgments", en *The Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1974, pp 47-80

BAIER, K.: "Why are we moral?", en *The Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1974, pp 257-295

BALLVEG, O.: *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Helbing-Lichtenhahn, Basel, 1970

BENTHAM, J.: *Principles of Morals and Legislation*, en *Works I*, ed., de J. Bowring (ed. Original, Edimburgo, 1938), Nueva York, 1963

BENTHAM, J.: *Of Laws in general*, Ed. De H.L.A. Hart, London, 1970

BERNSTEIN, R.J.: *Habermas y la modernidad (Habermas and Modernity)*, trad. cast. de F. Rodríguez Marín), Cátedra, Madrid, 1988

BIERLING, E.R.: *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 2ª parte, Gota, 1983

BIERLING, E.R.: *Juristische Prinzipienlehre*, t.1, Friburgo de Brisgovia/Leipzig, 1984

BINKLEY, T.: *Wittgenstein's Language*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1973

BITTNER, C.: *Recht als interpretative Praxis*, Berlín, 1988

BLACK, M.: "Reasonableness", en R.F. Dearden, R.F. Hirst and R.S. Peters (editores), *Reason*, II, Londres, 1972

BOBBIO, N.: *Teoría general del Derecho* [trad., cast., de E. Rozo], Debate, Madrid, 1993

BOBBIO, N. y CONTE, A.: *Derecho y lógica. Bibliografía de la lógica jurídica* (1936-1960), Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1965

BROAD, C.D.: *Five Types of Ethical Theory*, London, 1930

BUCHANAN, J.M.: *The Limits of Liberty*, Chicago/Londres, 1975

BULYGIN, E.: "Legal Dogmatics and the Systematization of Law", en T. Eckhoff, L.M. Friedmann, J. Uusitalo (comps), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart (Rechtstheorie)*, Beiheft 10, 1986

BVerfGE 34, 269 (286 s). El T.C.F. se pronuncia en esta sentencia en contra de lo preceptuado en art. 253 del Código Civil Alemán en lo que claramente parece una decisión *contra legem*.

BYDLINSKY, F.: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Viena/Nueva York, 1982

CANARIS, C.W.: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin, 1983

CARNAP, R.: "Meaning and Necessity", Chicago/London, 1956

CARR, D.: "The Logic of Knowing and Ability" in *Mind*, 88, 1979

CARRIÓ, G.R.: *Apéndice a LEVI, E.H.: An Introduction to legal reasoning*, Eudeba, Buenos Aires, 1964

CAVELL, St.: *The Claim of Reason*, Oxford, 1979

COPI, I.: *Introducción a la lógica* (trad. de N. A. Mínguez), Eudeba, Buenos Aires, 1986

CORTINA, A.: *Crítica y Utopía: La escuela de Farnçfort*, Cincel, Madrid, 1985

CORTINA, A.: "Diskursethik und Menschenrechte", en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 76 (1990)

DEAÑO, A.: *Introducción a la lógica formal*, Alianza Editorial, Madrid, 1981.

DIEDRICHSEN,U.: "Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz", en *NJW*, 1966, pp 697-705

DÍEZ PICAZO,L.: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1993

DREIER,R.: *Was ist und wozu a Allgemeine Rechtstheorie?*, Tübingen, 1975

DREIER,R.: "Recht und Moral" en Ralf Dreier *Recht-Moral-Ideologie*, Francfort del Meno,1981, pp 180-216

DREIER,R.: "Neus Naturrechts oder Rechtspositivismus?" en *Rechtstheorie* 18, 1987, pp 368-385

DURKHEIM,E.: *De la división del trabajo social*, Buenos Aires 1967

DURKHEIM,E.: *L`éducation morale*, París, 1955

DURKHEIM,E.: *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, 5ª edición, París, 1968

DWORKIN,R.: *Los derechos en serio* (título original, *Taking Rights Seriously*, G. Duckworth & Co. Ltd. Londres, trad. de M. Gustavino), Ariel Derecho, Barcelona, 1984

DWORKIN,R.: *A matter of principles*, Harvard University Press, 1985

DWORKIN,R.: *El imperio de la Justicia (Law´s Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986, trad. de C. Ferrari), Gedisa, Barcelona, 1988

EDWARDS,P.: *The Logic of Moral Discourse*, New York/London, 1955

ENGELMANN,P.: *Letters from Ludwig Wittgenstein: with a memoir*, Basil Blackwell, Oxford, 1967

ENGISCH,K.: *Einführung in das juristische Denken*, 5ª ed., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1971 [Trad. cast. de E. Garzón Valdés, *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1975]

ESSER,J.: *Principio y norma en la colaboración jurisprudencial del derecho privado* (trad. de E. Valenti), Bosch, Barcelona, 1961

- ESSER, J.: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1972
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J.: *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J.: *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J.: *El voto particular* [estudio introductorio de J. Igartua Salaverría] Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990
- FANN, K.T.: *Wittgenstein's Conception of Philosophy*, 1969. (Trad. esp. *El concepto de filosofía en Wittgenstein*, Madrid, 1975)
- FARIÑAS DULCE, M.J.: *El problema de la validez jurídica* [prólogo de G. Peces Barba], Cuadernos Civitas, Madrid, 1991
- FEYERABEND, P.: *Irrwege der Vernunft*, Frankfurt del Meno, 1989
- FIKENTSCHER, W.: *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 1977
- FOOT, Ph.: *Moral Arguments*, en "Mind" 67 (1958), pp 502-513
- FORSTHOFF, E.: *Der Staat der Industriegesellschaft: Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, München, C.H. Beck, cop., 1971, 2ª ed. Munich, 1971
- FOUCAULT, M.: *L'ordre du discours*, 1971 (trad. cast. *El orden del discurso*, 1974)
- FRANK, J.: *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester, Massachusetts, 1970
- FRANKENA, W.K.: "Decisionism and Separatism in Social Philosophy", en *Rational Decision*, "Nomos", vol. 7 [1964]
- FRANKENA, W.K.: *Analytische Ethik*, München, 1972
- FULLER, L.: *The Morality of Law*, New Haven Conn, 1969

GARCÍA AMADO, J.A.: "Tópica, Derecho y método jurídico" en *Doxa*, 4, 1987, pp 161-188

GARCÍA AMADO, J.A.: *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, 1988

GARCÍA MARZÁ, V.D.: *Ética de la justicia: J. Habermas y la ética discursiva*, Tecnos, Madrid, 1992

GARCÍA MORENTE, M.: *La Filosofía de Kant*, Espasa Calpe, Madrid, 1982

GAUTHIER, D.: *Morals by Agreement*, Oxford, 1986

GEIGER, Th.: *Moral y Derecho, Polémica con Upsala*, [Título original *Über Recht und Moral -Streitgespräch mit Uppsala-*, trad., de E. Garzón Valdés], Editorial Alfa, S.A., Barcelona, 1982

GIANFORMAGGIO, L.: *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Edizione di Comunità, Milano, 1973

GIANFORMAGGIO, L.: *In difesa del sillogismo pratico ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Giuffrè, Milano, 1987

GIL CREMADES, J.J.: "Razón práctica y razón jurídica", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1977 (017), pp 1-41

GOLDING, M.P.: *Legal Reasoning*, Borzoi, New York, 1984

GUASP, J.: *Derecho*, Madrid, 1971

GIDDENS, A.: "Razón sin revolución? La Theorie des Kommunikativen Handelns de Habermas", en *Habermas y la modernidad (Habermas and Modernity)*, trad. cast. de F. Rodríguez Marín), Cátedra, Madrid, 1988, pp 153 a 192

HABERMAS, J.: *Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf J. Habermas*, en J. Habermas/N. Luhmann, *Theorie oder Gesellschaft der Sozialtechnologie*, Frankfurt a. M., 1972, pp 291-405

HABERMAS, J.: *Wahrheitstheorien en Wirklichkeit, und Reflexion, Festschrift für W. Schulz* [versión cast. *Teorías de la verdad en J. Habermas, Teoría de la acción*

comunicativa: complementos y estudios previos (trad. de M. Jiménez), Madrid, 1989 pp 113-158], edición de H. Fahrenback, Pfullingen, 1973, pp 211-265

HABERMAS,J.: *Legitimation Crisis*, (discusión sobre la justificación de las normas), Boston, 1975

HABERMAS,J.: *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt a. M., 1973 [trad. en cast., *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, 1975]

HABERMAS,J.: "Some Distinctions in Universal Pragmatics", en *Theory and Society* 3 (1976), p 161

HABERMAS,J.: "Legitimation Problems in the Modern State", en , *Communication and the Evolution of Society*, Boston, 1979, pp 183-198

HABERMAS,J.: "Aspects of the Rationality of Action", en Gerats Th.F. (edt.), *Rationality To-day*, Ottawa, 1979, pp 185-205

HABERMAS,J.: "Was heisst Universalpragmatik?", en "Rationality of Action", en Gerats, Th.F. (edt.) *Rationality To Sprachpragmatik und Philosophie*, ed. de K.O. Apel, Frankfurt a.M, Ottawa, 197, pp 192 y ss] Main, 1976, pp 174-272 (trad. inglesa: "What is Universal Pragmatics" en *Communication and the Evolution of Society*, Boston, 1979)

HABERMAS,J.: "The Dialectics of Rationalization: An Interview with J. Habermas", *Telos*, 1981

HABERMAS,J.: *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona, 1985;

HABERMAS,J.: *Erkenntnis und Interesse. Mit einen neuen Nachwort*, Frankfurt a. M., 1973 [Trad. cast. de F. Ivas y M. Jiménez, *Conocimiento e interés*, Taurus, Madrid, 1986]

HABERMAS,J.: *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social* (título original *Theorie und Praxis*, Frankfurt a. Main, 1972, trad. de S. Mas y C. Moya), Tecnos, Madrid, 1987

HABERMAS,J.: *Teoría de la acción comunicativa (Theorie des kommunikativen Handelns*, trad. de M. Jiménez), Vol. I y II, Taurus, Madrid, 1987

HABERMAS,J.: "¿Cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad?", *Doxa*, nº 5, 1988, pp 21-45

HABERMAS,J.: "¿Qué significa pragmática universal?", en J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (trad. de M. Jiménez), Madrid, 1989

HABERMAS,J.: "Acciones, operaciones y movimientos corporales" en J.Habermas *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (trad. de M. Jiménez), Madrid, 1989, pp 233-259

HABERMAS,J.: "Intención, convención e interacción lingüística" en J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* (trad. de M. Jiménez), Madrid, 1989 pp 261-280

HABERMAS,J.: "Towards a Communication-concept of rational collective will-formation. A thugh-experiment", *Ratio Juris*, v. 2, nº 2, 1989, pp 144-154

HABERMAS,J.: "La unidad de la razón en la multiplicidad de sus voces", en J. Habermas, *Pensamiento postmetafísico*, Taurus, Madrid, 1990

HABERMAS,J.: *El discurso filosófico de la modernidad*, [versión cast., de M. Jiménez, 1ª ed., 1ª reimp.], Taurus, Madrid, 1991

HAFT,F.: *Juristische Rhetorik* (3ª edición), 1985

HARE,R.M.: *The Language of Morals*, London/Oxford/New York, 1952 [trad. cast. de G.R. Carrió y E. Rabossi, *El lenguaje de la moral*, Universidad Autónoma de México, 1975]

HARE,R.M.: *An Examinations of the Place of Reasons in Ethics*. By Stephen Edelson Toulmin, en "Philosophical Quarterly", 1 (1950/51), pp 371-374

HARE,R.M.: *Freedom and Reason*, Oxford, 1963

HART,H.L.A.: *The Concept of Law* [*El concepto de derecho*, trad. cast. de G.R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963] Oxford, 1963

HART,H.L.A.: "Der Positivismus und die Trennung von Recht un Moral", en HART,H.L.A. *Recth und Moral*, Gotinga, 1971, pp 14-57 (edición original, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, en *Harward Law Review* 71 [1958], pp 593-629) [trad. cast. de G.R. Carrió, *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962]

HART,H.L.A.: "Bentham on Legal Rights" en A.W.B. Simpson ed., *Oxford essays in Jurisprudence*, Oxford, 1973

HART, H.L.A.: "Introduction" en Ch. Perelman *The Idea of Justice and Problem of Argument*, Routledge & Kegan Paul (eds.), London and Henly, 1977

HARTMAN,G.: "Rationality in Agreement" en *Social Philosophy and Policy* 5, (1988)

HARTMANN,N.: *Ethik*, Berlin/Leipzig, 1926

HARRIS,J.W.: *Legal philosophies*, Butterworths, London, 1980

HASSEMER,W.: *Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik*, en "Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie" 2 (1972), pp 467-480

HASSEMER,W.: "Sistema jurídico y codificación: La vinculación del Juez a la Ley (trad. de Martínez Bretones), incl.en: *El pensamiento jurídico contemporáneo*, del título original: *Einführung in rechtsphilophie und rechtstheorie der gegenwart*. Versión castellana, ed. Debate, Madrid, 1992, pp 202 a 217

HAYEK,F.A.: *Derecho, Legislación y Libertad: formas y orden* [Tit. original: *Law, Legislation and Liberty*], V. 1, Unión Editorial, S.A., Madrid, 1978

HEGEL,G.W.F.: *Principios de la filosofía del derecho, o derecho natural y ciencia política* [trad., y prólogo de J.L. Vermal], Edhasa, Madrid

HOBBS,Th.: *Leviatán*, Editora Nacional, Madrid, 1983

HOERSTER,N.: "Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff", en *Juristische Schulung*, 1987, pp 181-188

HOERSTER,N.: "Ética jurídica sin metafísica", en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, pp 50-74

HOERSTER,N.: "Prejuicio, consenso e interpretación del Derecho", incl. en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, pp 105 a 121

HOERSTER,N.: "El deber moral de obediencia al Derecho", incl. en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, pp 147 a 158

HOERSTER,N.: *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992.

HOERSTER,N.: "Teoría iusfilosófica del concepto de derecho", en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, pp 122-146

HÖFFE,O.: *Politische Gerechtigkeit*, Frankfurt, 1987

HÖFFE,O.: *Kategorische Rechtsprinzipien*, Frankfurt del Meno, 1990

HOHFELD,W.N.: "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", en *Ibidem, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and other Legal Essays*, [trad. Cast. de G.R. Carrió, Conceptos jurídicos fundamentales, Buenos Aires , Centro Editorial de América Latina, 1968] New Haven, 1923 pp 23-114

HORN,N.: "Topik in der rechtstheoretischer Diskussion", en *Topik. Beiträge zur interdisziplinären diskussion*, Breuer y Schanze eds. Fink, München, 1981, pp 57-64

HUNTER,J.F.M.: "Forms of Live" en *Wittgenstein`s Philosophical Investigations*, en "American Philosophical Quaterly", 5 (1968), pp 233-243

HUSSERL,E.: *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía hermenéutica*, Fondo de Cultura Europeo, México, 1962

HUSSERL,E.: *Investigaciones Lógicas*, (trad. esp. de M. García Morente y J. Gaos), 2 vols. , Madrid, 1967

IGARTUA SALAVERRÍA,J.: *Márgenes y límites en la aplicación del derecho*, Librería Carmelo, Facultad de Derecho, Donostia, 1992

IGARTUA SALAVERRÍA, J.: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995

IGARTUA SALAVERRÍA, J.: *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Instituto Vasco de Administración Pública, ed., Civitas, S.A., Madrid, 1998

ITURMENDI MORALES, J.: *Una aproximación a los problemas del método jurídico desde la filosofía del derecho* [Separata de Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en memoria y homenaje al catedrático Legaz y Lacambra], Centro de Estudios Constitucionales, Facultad de Derecho de la U.C.M., Madrid 1983, pp 571-608

ITURRALDE, V.: *Lenguaje legal y Sistema jurídico*, Tecnos, Madrid, 1988

JANIK, A. y TOULMIN, S.E.: *Wittgenstein's Vienna*, Touchstone, New York, 1973

JHERING, R.: *Geist römischen Rechts aufden verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 5ª ed., parte 3ª, Leipzig, 1906

JHERING, R.: *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1884 [trad. cast. de la 3ª ed. de D. Abad, Cajica, Puebla, Méjico, 1961]

JOHNSON, D.G.: *Ética Informática*, trad., de Porfirio Barroso, Universidad Complutense de Madrid, 1996

JORGENSEN, J.: "Imperatives and logic", *Erkennis*, 7, 1937-38

KALINOWSKI, G.: *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semántica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica (Introducción a la logique juridique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, trad. de J.A. Csaubón), Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973

KAMBARTEL, F.: *Practische Philosophie und konstruktive Wissenschaftstheorie*, en Kambartel, F., ed., Frankfurt a. Main, 1974, [*Filosofía práctica y teoría constructiva de la ciencia*, trad. de J. Seña, Alfa, Barcelona, 1975]

KANGER, S.: *New Foundations for Ethical Theory*, en *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, ed. de R. Hilpinien, Dordrecht-Holland, 1971

- KANT, I.: *Crítica de la Razón Pura (Kritik der Reinen Vernunft)*, trad., de P. Ribas, Alfaguara, Madrid, 1978
- KANT, I.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 8ª ed., trad. de García Morente, Espasa Calpe, 1983
- KANT, I.: *Metafísica de las Costumbres (Metaphysik der Sitten, 1797)*, trad. de A. Cortina y J. Conill, Altaya, Barcelona, 1973
- KANTOROWICZ, H.: *Der Begriff des Recht* [La definición del Derecho, edición de A. Campbell, trad., del inglés por J.M. de la Vega], Revista de Occidente, Madrid, 1964
- KAPLAN, M.F.: "A model of information integration in jury deliberation", en *Academic Psychology Bulletin*, nº 5
- KAUFMANN, A.: "Panorámica histórica de los problemas de la Filosofía del Derecho", trad., de Martínez Bretones y Robles Morchón, en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, 1992, pp. 47 a 141
- KAUFMANN, A.: *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, 1992
- KELSEN, H.: *Society and Nature*, Chicago University Press, 1943
- KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*, 2º edición, Viena, 1960
- KELSEN, H.: *Derecho y lógica*, trad. de U. Schmill y J. Castro, en Cuadernos de Crítica, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 1978
- KELSEN, H.: *Die allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979 [trad. de M. Torre (de la ed. italiana de M. G. Losano, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985)]
- KENNY, A.: *Wittgenstein*, Frankfurt, a. M., 1973 [trad., esp., de A. Deaño, Revista de Occidente, Madrid, 1974]
- KLEIN, W.: "Argumentation und Argument", en *Z.F.Litwiss. u. Ling.* fasc. 38-39, 1980

- KLUG, U.: *Lógica jurídica (Juristische Logik, trad. de J.C. Gardella)*, Temis, Bogotá, 1990
- KRAWIETZ, W.: *Rationalität des Rechts versus Rationalität der Wissenschaften?*, en "Rechtstheorie", 15
- KRIELE, M.: *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2ª ed., Berlin, 1976
- KRIELE, M.: *Recht und praktische Vernunft*, Gotinga, 1979
- LARENZ, K.: *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, 1979
- LARENZ, K.: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., Berlin/Heidelberg/New York, 1975 [trad. cast. de M. Rodríguez, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona/Caracas/México, 1980]
- LEVI, E.H.: *Introducción al razonamiento jurídico (An introduction to legal reasoning, 1951)*, trad. de G.R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1964
- LORENZEN, P.: *Normative Logic and Ethics*, Mannheim/Zürich, 1969
- LORENZEN, P.: *Pensamiento metódico (Methodisches Denken, trad. de E. Garzón Valdés)*, Sur, Buenos Aires, 1973
- LORENZEN, P. y SCHWEMMER, O.: *Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie*, Mannheim/Wien/Zürich, 1973
- LUHMANN, N.: *Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf J. Habermas*, en J. Habermas/N. Luhmann, *Theorie oder Gesellschaft der Sozialtechnologie*, Frankfurt a. M., 1972, pp 291-405
- LUHMANN, N.: *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. de I. de Otto), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983
- LUHMANN, N.: *Fin y racionalidad en los sistemas (Zweckbegriff und Systemrationalität, trad. J.N. Muñoz)*, Editora Nacional, Madrid, 1983
- MACCARTHY, Th.: *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas (The Critical Theory of Jürgen Habermas, trad. M. Jiménez Redondo)*, Tecnos, Madrid, 1987

MACCARTHY, Th.: "Epílogo a la edición castellana: La Teoría de la Acción Comunicativa", en *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas (The Critical Theory of Jürgen Habermas)*, trad. M. Jiménez Redondo), Tecnos, Madrid, 1987, pp 446-479

MACCARTHY, Th.: "Reflexiones sobre la racionalización de la Teoría de la Acción Comunicativa", en *Habermas y la modernidad (Habermas and Modernity)*, trad. cast. de F. Rodríguez Marín), Cátedra, Madrid, 1988, pp 277-304

MACCORMICK, N.: "Rights in Legislation" en *Law, Morality, and Society, Essays in Honour of H.L.A. Hart*, ed. Hacker/Raz, Oxford, 1977, pp 189-209

MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, University Press, 1978.

MACCORMICK, N.: "Deductive Justification" in *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, pp 19-52

MACCORMICK, N.: "The Limits of Reason and the Infinity of Argument" (Réplica a H. Haakonssen), *A.R.S.P.* n° 67, 1981

MACCORMICK, N.: "The Nature of Legal Reasoning: A brief Reply to Dr. Wilson", *Legal Studies*, n° 2, 1982, pp 286-290

MACCORMICK, N.: "Legal Reason and Practical Reason", *Midwest Studies in Philosophy*, n° 7, 1982

MACCORMICK, N.: "On Legal Decisions and their Consequences: from Dewey to Dworkin", *New York University Law Review*, vol. 58, n° 2, 1983, pp 239-258

MACCORMICK, N.: "On Reasonableness", en *Les notions a contenu variable en Droit. Etudes publiée par Chaïm Perelman et Raymond Vander Est*, Bruselas, 1984

MACCORMICK, N.: "Coherence in Legal Justification" en *Weinberger-Festschrift*, 1984, pp 37 a 53

MACCORMICK, N.: "Universalization and Induction in Law" en *Reason in Law. Proceedings of de Conference Held in Bologna 12-15 December 1984*, Giuffrè, Milán, 1987, pp 91-105

MACCORMICK,N.: "Legal Deduction, Legal Predicates and Expert Systems", en *Lógica-Informática-Diritto* (conferencia internacional), Florencia, 1989

MACCORMICK,N.: "The Ethics of Legalism", en *Ratio Juris*, vol. 2, n° 2, 1989, pp 184-193

MACCORMICK,N.: "Law as Institutional Fact", en MACCORMICK,N. and WEINBERGER,O.: *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Reidel Publishing Company, Doordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo, 2ª ed. 1992, pp 49-76

MACCORMICK,N.: "Institutional Morality and The Constitution", en MACCORMICK,N. and WEINBERGER,O.: *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Reidel Publishing Company, Doordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo, 2ª ed. 1992, pp 171-186

MACCORMICK,N. and WEINBERGER,O.: *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Reidel Publishing Company, Doordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo, 2ª ed. 1992

MACKIE,J.L.: *Ethik*, Stuttgart, 1981

MACINTYRE,A.: *After Virtue*, Londres, 1985

MARTINO,A.: "Sistemas expertos legales", en *Theoría*, 1987, 1988, (7-9), pp 216-241

MATEOS,A.: *A Teoría dos valores de Miguel Reale: fundamento de seu tridimensionalismo jurídico* [trad., de Talia Bugel del título original *La Teoría de los valores en Miguel Reale*], Saraiva, S. Paulo, 1999

MAUS,I.: "Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts" en *Rechtstheorie*, 1989, pp 191-210

MEYER-CORDING,U.: *Kann der Jurist heute noch Dogmatik sein?*, Tübingen, 1973

MOORE,G.E.: *Principia ethica*, Cambridge, 1970 (trad. cast. de N. Roig, *Principia ética*), Laia, Barcelona, 1982

- MUGUERZA, J.: "La alternativa del disenso" en *El fundamento de los derechos humanos* [Ed. de G. Peces Barba], Debate, Madrid, 1989
- MÜLLER, Fr.: *Juristische Methodik*, 2ª ed., Berlin, 1976
- NEUMANN, U.: *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986
- OGDEN, C.K. y RICHARDS, I.A.: *The Meaning of the Meaning*, London, 1923
- OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A.: "La razón práctica y la legitimación del derecho", en *Estudios filosóficos*, 1988, (37), 9-12
- OTT, W.: *Der Rechtspositivismus*, Ducker und Humbol, Berlin, 1976, pp 33-98
- OTTE, G.: *Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben*, en "Rechtstheorie" 1, (1970), pp 183-197
- PATTARO, E.: "Modelos de razón y tipos de razón jurídica", en *Estudios de Deusto*, 1989, V., 37 (2), pp 423-440
- PECES BARBA, G.: *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, 1984
- PECZENIK, A.: *Reasoning on legal reasoning*, Vammala, 1979
- PECZENIK, A.: "Non equivalent transformations and the law" en A. Peczenik y J. Usitalo, *Reasoning on legal reasoning*, Vammala, 1979, pp 96 y ss
- PERELMAN, Ch.: "The Dialectical Method and the Part played by Interlocutor in dialogue", en *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, London, New York, 1963, pp 161-167
- PERELMAN, Ch.: *De la justicia* (trad. de R. Guerra, con introd. de L. Recaséns Siches), Centro de Estudios Filosóficos, Cuaderno, 14, Universidad Autónoma de México, 1964
- PERELMAN, Ch.: "Pragmatic Arguments", en *The Idea of Justice and Problem of Argument*, Routledge & Kegan Paul (eds.), London and Henly, 1977, pp 196-207

PERELMAN, Ch.: *La Lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. de Díez Picazo. Título original: *Logique juridique-nouvelle rhetorique*, Dalloz, París, 1976), Civitas, Madrid, 1979

PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: "Logique et Rhetorique", en *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, Paris, 1950

PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: "Act and Person in Argument" en *Ethics* 61 (1950/51) pp 251-269

PERELMAN, Ch y OLBRECHT-TYTECA, L.: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (título original *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhetorique*, trad. cast. de J. Sevilla Muñoz), Gredos, Madrid, 1989

PIKE, N.: *Rules of Inference in Moral Reasoning*, en "Mind" 70 (1961), pp 391-399

POLE, D.: *Conditions of Rational Inquiry*, Londres, 1971

POPPER, K.: *Logik der Forschung*, 5ª ed., Tubingen, 1973 [trd. cast. de R. Puppó, *La lógica de la investigación científica*, Laia, Barcelona, 1986]

RADBRUCH, G.: "Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht", en Radbruch, G., *Rechtsphilosophie*, 7ª Ed, Koehler, Stuttgart, 1946, pp 347-357. (Ed. castellana de E. Garzón Valdés, F.C.E., México)

RADBRUCH, G.: *Rechtsphilosophie*, 7ª edición., Koehler, Stuttgart, 1970

RADBRUCH, G.: *Rechtsphilosophie* 8ª edición, Stuttgart, 1973.

RADBRUCH, G., SCHMIDT, E., WELZEL, H.: *Derecho injusto y Derecho nulo*, Introducción, selección de textos y traducción de J.M. Rodríguez Paniagua, Aguilar, Madrid, 1971

RAZ, J.: *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, Londres, 1975

RAZ, J.: "Hart on Moral Rights and Legal Duties", en *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 4, nº 1, 1984

RAZ, J.: "Legal Principles and the Limits of Law" en *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, London, 1984, pp 73-87

RAWLS, J.: *A Theory of justice*, Oxford, 1972

REALE, M.: *Nova Fase do Direito Moderno*, Saraiva, Sao Paulo, 1990

REALE, M.: *Filosofia do Direito*, 16ª ed., Saraiva, Sao Paulo, 1994

REALE, M.: *Estudos de Filosofia Luso Brasileira*, Lisboa, 1994;

REALE, M.: *Teoria Tridimensional do Direito*, 4ª ed., revisada y actualizada, Saraiva, Sao Paulo, 1995 [*Teoría Tridimensional del Derecho*, trad., e introducción de Angeles Mateos, ed., Tecnos, S.A., Madrid, 1997

REALE, M.: *Paradigmas da Cultura Contemporânea*, Saraiva, Sao Paulo, 1996

RECASÉNS SICHES, L.: *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Dianoia, México, 1956

RICHARDS, D.A.: "A Theory of legal Argumentation", (recensión de R.Alexy), *Ratio Juris*, vol. nº 2, 1989, pp 304-317

RICOEUR, P.: *El discurso de la acción*, [trad. de P. Calvo, Cátedra, Madrid, 1981

ROCHE, M.: "Conceptual Analysis", en M. Roche, *Phenomenology, Language and Social Sciences*, Londres, 1973

RODINGEN, H.: *Pragmatik der juristischen Argumentation was Gesetze anrichten und was rechtens ist*, Freiburg/München, 1977

RODRÍGUEZ MOLINERO, M.: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Librería Cervantes, Salamanca, 1991

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Civitas, Madrid, 1988

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.: *La ética de los valores como ética jurídica*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1972

- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.: *Derecho y ética*, Tecnos, Madrid, 1977
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.: *Derecho y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1979
- ROSS, A.: *Lógica de las normas (Directives and norms)*, Routledge and Kegan Paul; Londres), trad. J.S.P. Hierro, Tecnos, Madrid, 1971
- ROTTLEUTHNER, H.: *Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik*, Frankfurt a. M., 1973
- ROTTLEUTHNER, H.: *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Friburgo-München, 1981
- ROTTLEUTHNER, H.: *Rechtstheorie in die Rechtssoziologie*, Darmstadt, 1987
- ROUSSEAU, J.J.: *El Contrato Social*, SARPE, Madrid, 1983;
- ROUSSEAU, J.J.: *Escritos de combate* (trad. cast. de S. Masó), Alfaguara, Madrid, 1979
- RUIZ MIGUEL, A.: *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983
- RYLE, G.: *The Concept of Mind*, Londres, 1949
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: *Sociología del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1987
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: *Curso de Sociología del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967
- SCHULZ, W.: *Philosophie in der veränderten Welt*, Pfullingen, 1972
- SCHWEMMER, O.: *Philosophie der Praxis*, Frankfurt a. Main, 1971
- SCHWEMMER, O. y LORENZEN, P.: *Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie*, Mannheim/Wien/Zürich, 1973
- SCHMITT, C.: "Die Tyrannei der Werte" en *Säkularisation und Utopie für E. Forsthoff*, Stuttgart/Berlin/Colonia/Maguncia, 1967

SEARLE, J.R.: *Actos de habla (Speech Acts)*, trad. cast. de L. Valdés Villanueva, Cambridge, 1969), Cátedra, Madrid, 1986

SINGER, M.G.: *Generalization in Ethics*, New York, 1961

SMART, R.N.: "Negative Utilitarianism" en *Mind*, 67 (1985)

STEINER, J.M.: "Judicial Discretion and the Concept of Law", en *Cambridge Law Journal* 35 (1976), pp 135-157

STEVENSON, Ch.L.: *Ethics and Language*, (Ética y Lenguaje, trad. cast. de E. Rabossi, Madrid, Paidós, 1984) New Haven/London, 1944

STEVENSON, Ch.L.: *The Emotive Meaning of Ethical Terms*, en *Facts and Values*, New Haven/London, 1963, pp 10-31

STEVENSON, Ch.L.: *Retrospective Comments*, en *Facts and Values*, New Haven/London, 1963 pp 186-232

STRAWSON, P.F.: "Truth", en *Truth*, ed. de G. Pitscher, Englewood Cliffs, N.J., 1964, pp 32-53

STRAWSON, P.F.: "Austin and Locutionary Meaning", in *Essays on J.L. Austin*, Oxford, 1973, pp 46-68

STRUCK, G.: *Topische Jurisprudenz*, Frankfurt a. Main, 1971

TAYLOR, Ch.: "Explaining Action", *Inquiry*, 13, 1970, pp 54-89

TARSKI, A.: *The Semantic Conception of Truth and the Foundation of Semantics*, en "Philosophy and Phenomenological Research" 4, 1943-44, pp 341-375

TARSKI, A.: *On the Concept of Logical Consequence*, en *Logic, Semantics, Metamathematics*, Oxford, 1956, pp 409-420

TOULMIN, S.E.: *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958

TOULMIN, S.E.: *Human Understanding*, Princeton, 1972

TOULMIN,S.E.: *El puesto de la razón en la ética* [*An examination of the Place of Reason in Ethics*, Cambridge, 1950, trad. de J.F. Ariza], Alianza Editorial, Madrid, 1979

TOULMIN,S.E.: "Lógica y vida" en *El puesto de la razón en la ética* (*An examination of the Place of Reason in Ethics*, Cambridge, 1950, trad. de J.F. Ariza), Alianza Editorial, Madrid, 1979, pp 85-135

TOULMIN,S.E.: "La Naturaleza de la ética" en *El puesto de la razón en la ética* (*An examination of the Place of Reason in Ethics*, Cambridge, 1950, trad. de J.F. Ariza), Alianza Editorial, Madrid, 1979, pp 166-208

TOULMIN-RIEKE-JANIK.: *An Introduction to Reasoning*, MacMillan, New York, 1984.

TUGENDHAT,E.: "Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen in modernen Recht", *A.R.S.P.*, Nueva serie, Cuaderno 14, 1980, pp 1-20

TUGENDHAT,E.: "Tres lecciones sobre problemas de la ética", en *Problemas de la ética* (trad. de J.Vigil), Barcelona, 1988

URSOM,J.O.: *The Emotive Theory of Ethics*, London, 1968

URDANOZ,T.: "Kant, idealismo y espiritualismo", en *Historia de la Filosofía*, B.A.C., t. IV, Madrid, 1975, pp 3-118

VERNENGO,R.J.: "Lógicas normativas y la reconstrucción del razonamiento jurídico", en *Theoría*, 1992, 7 (6-18), pp 1115-1124

VIEHWEG,T.: *Tópica y jurisprudencia*,(trad. de Díez Picazo. Prólogo de E. García de Enterría), Taurus, Madrid, 1964

VIEHWEG,Th.: "Some Considerations Concerning Legal Reasoning", en *Law, reason and justice*, ed. de G. Hughes, New York/London, 1969, pp 257-269

VIEHWEG,Th.: *Tópica y filosofía del derecho* (trad. de J.M. Seña y revisión de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling), Gedisa, Barcelona, 1990

WEINBERGER, O.: "Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation", en *Metatheorie juristischer Argumentation* (ed. de R. Alexy), Duncker-Humblot, Berlín, 1983

WELLMER, A.: "Razón, utopía y dialéctica de la ilustración", en *Habermas y la modernidad* [*Habermas and Modernity*, trad. cast. de F. Rodríguez Marín], Cátedra, Madrid, 1988, pp 65 a 110

WELZEL, H.: *Naturrech und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., Göttingen, 1962

WHITE, A. R.: *Truth*, London/Basingstoke, 1970

WIEACKER, Fr.: *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft*, en *Xenion. Festschrift für P.J. Zepos*, Atenas, 1974

WILSON, A.: "The Nature of Legal Reasoning: A Commentary with special reference to professor MacCormick's Theory", en *Legal Studies*, nº 2, 1982, pp 269-285

WINDSCHEID, B.: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9ª ed., edición de Th. Kipp, t.1, Francfort del Meno, 1906

WITTGENSTEIN, L.: *Über Gewissheit*, Frankfurt a. M., 1970 [*Sobre la certeza*, trad. cast. de J.L. Prades y V. Raga, Gedisa, Barcelona, 1987]

WITTGENSTEIN, L.: *Philosophische Untersuchungen*, en *Schriften*, I, Frankfurt a. M., 1969, pp 279-544 (Tit. en castellano *Investigaciones filosóficas*, trad. de E. García y U. Moulines, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Editorial Crítica, Barcelona, 1988)

WITTGENSTEIN, L.: *Tractatus lógico-philosophicus*, (traducción e introducción de J. Muñoz e I. Reguera), Alianza Universidad, Madrid, 1992

- *Tractatus lógico-philosophicus*, en: L. Wittgenstein, *Schriften*, vol.1, Frankfurt, a. M., 1969 pp 279-544). Edición a la que hace referencia la Teoría de la Argumentación Jurídica de Alexy

WRIGHT, G. H. V.: *The Logic of Preference*, Edimburgo, 1963

WRIGHT, G. H. V.: *Norm and action*, London, 1963

WRIGHT,G.H.v.: *Wittgwnstein on Certainty*, en *Problems in the Theory of Knowledge*, Den Haag, 1972

WRIGHT,G.H. von (ed).: *Letters to Russell, Keynes and Moore*, 1974

WRIGHT,G.H. von.: *Lógica deóntica [Deontic Logic*, 1951, trad. J. Rodríguez Marín], Cuadernos Teorema, Valencia, 1979

WROBLEWSKI,J.: "Legal Decision and its Justification", en *Le raisonnement juridique*, Actas del Congreso Mundial de Filosofía jurídica y social, Bruselas, 1971, pp 409-419

WROBLEWSKI,J.: "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", en *Rechtstheorie*, núm, 5, 1974, pp 33-46

WROBLEWSKI,J.: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* [trad., de A. Azurza, revisión y notas de J. Igartua Salaverría], Civitas, Madrid, 1988

ZUBIRI SALINAS,F.: "La motivación de las sentencias", en *Cuadernos de derecho judicial*, 1992, (13), pp 355-376

