

CAPÍTULO SEXTO

ROBERT ALEXY: LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

COMO DISCURSO RACIONAL	149
I. Introducción	149
1. Planteamiento general: argumentación práctico-general y argumentación jurídica	149
2. La teoría del discurso de Habermas	150
II. La teoría de la argumentación jurídica de Alexy	154
1. La teoría del discurso como teoría procedimental. Fundamentación de las reglas del discurso	154
2. Las reglas y formas del discurso práctico general	157
3. Los límites del discurso práctico general	162
4. El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general. La teoría de la argumentación jurídica	164
5. Los límites del discurso jurídico. El derecho como sistema de normas (reglas y principios) y de procedimientos	172
III. Una crítica a la teoría de la argumentación jurídica de Alexy	176
1. Crítica a la teoría del discurso en general	177
2. Críticas a la teoría del discurso jurídico	190

CAPÍTULO SEXTO

ROBERT ALEXY: LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO DISCURSO RACIONAL

I. INTRODUCCIÓN

1. *Planteamiento general: argumentación práctico-general y argumentación jurídica*

Como ya se ha indicado varias veces —y ahora habrá ocasión de comprobar—, la teoría de la argumentación jurídica formulada por Alexy en su *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* (Alexy, 1978a) y desarrollada y precisada —pero no modificada— después en numerosos artículos,¹ coincide substancialmente con la de MacCormick. Ambos han recorrido, cabría decir, la misma vía, pero en sentidos opuestos. MacCormick —como se ha visto— parte de las argumentaciones o justificaciones de las decisiones tal y como de hecho tienen lugar en las instancias judiciales y, a partir de ahí, elabora una teoría de la argumentación jurídica que acaba por considerar que forma parte de una teoría general de la argumentación práctica. Alexy, al contrario, arranca de una teoría de la argumentación práctica general que proyecta luego al campo del derecho (*cf.* Aarnio-Alexy-Peczenik, 1981, p. 260); el resultado al que llega, la tesis central de su concepción, consiste en considerar el discurso jurídico, a la argumentación jurídica, como un caso especial del discurso práctico general, esto es, del discurso moral. Esta diferente aproximación hace que la concepción de Alexy esté, en cierto modo, más alejada de la práctica real de la argumentación jurídica que la de MacCormick,² pero, a cambio, se trata de una

1 Véase la bibliografía de Alexy al final del libro.

2 Véase, sin embargo, Alexy (1980a), donde efectúa un pormenorizado análisis de una decisión concreta; también Alexy (1986).

teoría más articulada y sistemática. En cualquier caso, y al igual que MacCormick, Alexy no pretende elaborar simplemente una teoría normativa de la argumentación jurídica (que permita distinguir los buenos de los malos argumentos), sino una teoría que sea también analítica (que penetre en la estructura de los argumentos) y descriptiva (que incorpore elementos de tipo empírico).³ Esto, por otro lado, no deja de plantear — como luego se verá— algunos problemas a la teoría.

A fin de elaborar un bosquejo de una teoría del discurso práctico racional general como paso previo para la construcción de una teoría de la argumentación jurídica, Alexy utiliza fuentes muy variadas: diversas teorías de la ética analítica (especialmente, las de Hare, Toulmin y Baier), la teoría del discurso de Habermas, la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Earlange y la teoría de la argumentación de Perelman.⁴ Pero, de todas ellas, la influencia fundamental es, sin duda, la de Habermas. La teoría de Alexy viene a significar, por un lado, una sistematización y reinterpretación de la teoría del discurso habermasiana y, por otro lado, una extensión de esa tesis al campo específico del derecho.

2. *La teoría del discurso de Habermas*

Habermas parte, como Toulmin y Perelman, de un concepto amplio de razón, lo cual le permite sostener la tesis de que las cuestiones prácticas pueden decidirse racionalmente. Como ha escrito McCarthy, el más autorizado comentarista de Habermas:

Su posición es que las innegables diferencias entre la lógica de la argumentación teórica y la de la argumentación práctica no son tales como para desterrar a esta última del ámbito de la racionalidad; que las cuestiones práctico-morales pueden ser decididas “mediante razón”, mediante la fuerza del mejor argumento; que el resultado del discurso práctico puede ser un resultado “racionalmente motivado”, la expresión de una “voluntad racional”,

3 Aquí existe, sin embargo, cierta ambigüedad. En su *Teoría de la argumentación jurídica*, Alexy indica que la teoría del discurso racional es una teoría *normativa* (1978a, p. 178). En su artículo conjunto con Aarnio y Peczenick, la define como una “normative-analytic theory” (Aarnio-Alexy-Peczenick, 1981, p. 260). Y en un breve trabajo posterior (1978a) sugiere que incluye los tres aspectos: orientada hacia cuestiones normativas, útil desde una perspectiva analógica e informada empíricamente (p. 2).

4 Alexy dedica la primera parte de su obra (1978a) a una exposición detallada y parcialmente crítica de estas concepciones.

un consenso justificado, garantizado o fundado; y que, en consecuencia, las cuestiones prácticas son susceptibles de verdad en un sentido lato de este término (McCarthy, 1987, p. 360).⁵

Ese sentido lato de verdad es el que viene fijado en su teoría consensual de la verdad, que se contrapone a la teoría de la verdad como una correspondencia, esto es, a las concepciones que entienden la verdad como una correspondencia entre enunciados y hechos. De acuerdo con Habermas:

Sólo puedo [...] atribuir un predicado a un objeto si también cualquiera que *pudiera* entrar en discusión conmigo atribuyese el mismo predicado al mismo objeto; para distinguir los enunciados verdaderos de los falsos, me refiero al juicio de los otros y, por cierto, al juicio de todos aquellos con los que pudiera iniciar una discusión (incluyendo contrafácticamente a todos los oponentes que pudiere encontrar si mi vida fuere coextensiva con la historia del mundo humano). La condición para la verdad de los enunciados es el potencial asentimiento de todos los demás (Habermas, 1989a, p. 121).

Ahora bien, aunque en un sentido amplio los enunciados normativos serían, como los descriptivos, susceptibles de verdad, en un sentido estricto, los primeros⁶ no serían exactamente verdaderos o falsos, sino correctos e incorrectos.⁷ Para entender su concepción, debe tenerse en cuenta que, en relación con las teorías más usuales sobre la verdad, Habermas traslada este concepto desde el nivel semántico (la verdad en cuanto referida al sentido de las proposiciones o de las normas) al nivel pragmático (la verdad en cuanto referida a los actos que se realizan al decir algo: afirmaciones, promesas, mandatos, etc.); o, dicho de otra manera, su teoría supone un paso desde el nivel locucionario al nivel ilocucionario del lenguaje.⁸

5 Para una exposición de conjunto de la obra de Habermas, puede verse, además de este libro de McCarthy, Mardones (1985). Una breve y clara exposición de las ideas fundamentales de Habermas puede encontrarse en Giddens (1985); *cfr.* también Cortina (1985).

6 Por *enunciados normativos* se entienden aquí enunciados que expresan normas y juicios de valor. No se trata pues de las *proposiciones normativas* en el sentido de enunciados que *describen* normas —y juicios de valor— que, obviamente, pertenecen a la primera categoría y son susceptibles de verdad/falsedad en sentido estricto.

7 Traduzco la palabra alemana *Richtigkeit* por *corrección* (y *richtig* por *correcto*). En las versiones castellanas de Habermas (en particular en las traducciones de Manuel Jiménez Redondo) se traduce *rectitud*.

8 Sobre la teoría de los actos de habla o de lenguaje (uno de los pilares en que descansa la concepción de Habermas), *cfr.* Austin (1982) y Searle (1986).

La base de la teoría de Habermas es una pragmática universal que trata de reconstruir los presupuestos racionales implícitos en el uso del lenguaje. Según Habermas, en todo acto de habla (afirmaciones, promesas, mandatos, etc.) dirigido a la comprensión mutua, el hablante erige una pretensión de validez (*eine Anspruch auf Gültlichkeit*), es decir, pretende que lo dicho por él es válido o verdadero en un sentido amplio. Pero esa pretensión de validez significa cosas distintas según el tipo de acto de habla de que se trate. En los actos de habla constatativos (como afirmar, referir, narrar, explicar, predecir, negar, impugnar) el hablante pretende que su enunciado es verdadero. En los actos de habla regulativos (como los mandatos, las exigencias, las amonestaciones, las excusas, las recomendaciones, los consejos), lo que se pretende es que lo mandado, exigido, etc. es correcto. En los actos de habla representativos (como revelar, descubrir, admitir, ocultar, despistar, engañar, expresar) se pretende que lo que se expresa es sincero o veraz. Por otro lado, con cualquier acto de habla se plantea una pretensión de inteligibilidad. En definitiva, en los actos de habla consensuales (los que tienen como meta la obtención de un consenso o acuerdo) se presupone el reconocimiento recíproco de cuatro pretensiones de validez:⁹

El hablante tiene que elegir una expresión *inteligible* para que 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 (confiar en él); finalmente, el hablante tiene que elegir una emisión *correcta* en relación con las normas y valores vigentes para que el oyente pueda aceptar su emisión, de modo que hablante y oyente puedan *coincidir entre sí* en lo que se refiere al trasfondo normativo conocido (Habermas, 1976, p. 300; McCarthy, 1987, p. 334).

En la interacción ordinaria, las pretensiones de validez que se vinculan con cada acto de habla se aceptan de forma más o menos ingenua. Pero esas pretensiones pueden ser también problematizadas, y cuando lo que se problematiza son las pretensiones de verdad o de corrección se produ-

9 Como se vio al final del capítulo sobre Toulmin, en su *Teoría de la acción comunicativa*, Habermas (1987) enuncia una quinta pretensión de validez: la *adecuación* de los estándares de valor, que se corresponde a los enunciados evaluativos, y cuya fundamentación consiste en demostrar la preferibilidad de estos o aquellos valores.

ce el paso desde la acción (la acción comunicativa)¹⁰ a lo que Habermas llama el discurso. Eso quiere decir que el hablante tiene que dar razones para tratar de fundamentar el hecho de que sus aserciones son verdaderas (discurso teórico) o de que una determinada acción o norma de acción es correcta (discurso práctico). Por lo que se refiere a las otras dos pretensiones, la de inteligibilidad es condición, pero no objeto de la comunicación (y da lugar a lo que Habermas llama “discurso explicativo”), y la de veracidad no se resuelve discursivamente: si un hablante es o no sincero sólo puede reconocerse en sus acciones.¹¹

Si bien se mira, esta distinción entre acción y discurso se aproxima mucho a la que establecía Toulmin entre uso instrumental y uso argumentativo del lenguaje. Y al igual que Toulmin —y en cierto modo también Perelman— Habermas no considera la argumentación el discurso como una serie de proposiciones, sino como una serie de actos de habla; la argumentación no es —o no es sólo— un encadenamiento de proposiciones, sino un tipo de interacción, de comunicación.

En términos de Habermas —afirma McCarthy— el discurso es esa forma “peculiarmente improbable” de comunicación en que todos los participantes se someten a sí mismos a la “coacción no coactiva del mejor argumento” con la finalidad de llegar a un acuerdo sobre la validez o no validez de las pretensiones problemáticas. La suposición que lleva aneja tal acuerdo es que éste representa un “consenso racional”, esto es, un consenso que es resultado no de las peculiaridades de los participantes o de su situación, sino simplemente resultado de haberse sometido a sí mismos al peso de la

10 En Habermas, el concepto de acción comunicativa se contraponen básicamente al de acción estratégica. La acción estratégica es una acción orientada al éxito, mientras que la acción comunicativa es una acción orientada hacia la comprensión intersubjetiva, que alcanza su plenitud en el ejercicio sin trabas de la comunicación: “Mientras que en la acción estratégica un actor *influye* sobre el otro empíricamente mediante la amenaza de sanciones o la promesa de gratificaciones a fin de *conseguir* la deseada prosecución de una interacción, en la acción comunicativa cada actor aparece *racionalmente impelido* a una acción complementaria, y ello merced al efecto vinculante locutivo de una oferta del acto de habla” (Habermas, 1985, p. 78).

11 En *Teoría de la acción comunicativa* (Habermas, 1987), la pretensión de adecuación de los estándares de valor a que se ha hecho referencia en la nota 9 da lugar a la crítica estética; y la argumentación en relación con los enunciados expresivos —los que enuncian una pretensión de veracidad o sinceridad— da lugar a la crítica terapéutica. De todas formas, en estos dos últimos casos se trata de la expresión de vivencias subjetivas, de manera que se trataría de una misma pretensión de validez que tiene como referencia el mundo subjetivo y que habría que contraponer a la pretensión de verdad (mucho objetivo) y de corrección (mundo social); al final, sólo habría esas tres pretensiones de validez criticables, pues la de inteligibilidad —como se ha dicho— tiene un carácter previo (*cfr.* Mardones, 1985, pp. 110 y ss.).

evidencia y a la fuerza de la argumentación. El acuerdo es considerado válido no meramente “para nosotros” (los participantes de hecho) sino “objetivamente” válido, válido para todos los sujetos racionales (en tanto que participantes potenciales). En este sentido el discurso es, como Habermas dice, “la condición de lo incondicionado” (McCarthy, 1987, p. 338). En definitiva, el discurso, la argumentación, remite a una situación ideal de habla o de diálogo (el equivalente al perelmaniano auditorio universal). La verdad de las proposiciones o la corrección de las normas depende, en última instancia, de que se pueda alcanzar un consenso en una situación de total libertad y simetría entre todos los participantes en el discurso. En palabras de Habermas: “Llamo ideal a una situación de habla en que las comunicaciones no sólo no vienen impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que se siguen de la propia estructura de la comunicación. La situación ideal de habla excluye las distorsiones sistemáticas de la comunicación. Y la estructura de la comunicación deja de generar coacciones sólo si para todo participante en el discurso está dada una distribución simétrica de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla” (Habermas, 1989a, p. 153).

Dicha situación ideal de habla “no es ni un fenómeno empírico ni un mero constructor teórico, sino constituye más bien una inevitable suposición que recíprocamente nos hacemos en el discurso. Semejante suposición puede ser, aunque no necesita serlo, contrafáctica” (*ibidem*, p. 155). Las exigencias de simetría y libertad planteadas por Habermas, como en seguida veremos, constituyen el contenido de las reglas del discurso racional que Alexy denomina *reglas de razón*.

II. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ALEXY

1. *La teoría del discurso como teoría procedimental.* *Fundamentación de las reglas del discurso*

Como hemos visto, la teoría del discurso de Habermas, que Alexy hace suya, se puede caracterizar como una teoría procedimental. Referido al discurso práctico, ello quiere decir que un enunciado normativo es correcto “si y sólo si puede ser el resultado de un procedimiento P” (Alexy, 1985b, p. 45). Pero la teoría del discurso racional no es la única teoría procedimental. Caben diversas interpretaciones del procedimiento a que hacen referencia: 1) a los individuos que participan en el mismo; 2) a las

exigencias que se imponen al procedimiento; 3) a la peculiaridad del proceso de decisión.

- 1) Con respecto a los individuos, por un lado, puede tratarse de un solo individuo (como ocurre con la teoría del espectador imparcial de la que —vimos— hacía uso MacCormick), de varios individuos o de todos los individuos de una clase (el auditorio universal de Perelman); y, por otro lado, puede tratarse de individuos realmente existentes o de individuos contruidos o ideales (como “el espectador imparcial” o los “seres de razón”). La teoría del discurso se caracteriza porque en el procedimiento puede participar un número ilimitado de individuos en la situación en que realmente existen.
- 2) Con respecto a las exigencias, estas pueden formularse como condiciones o como reglas. La teoría del discurso puede formularse íntegramente a través de reglas, porque no se establece ninguna prescripción sobre cómo deben ser los individuos. No obstante —como luego veremos— Alexy no incluye sólo reglas, sino también formas de argumentos; pero esas formas también podrían formularse técnicamente como reglas (cfr. Alexy, 195b, p. 47; 1978a, p. 184).
- 3) Finalmente, el proceso de decisión puede incluir o no la posibilidad de la modificación de las convicciones normativas de los individuos, existentes al comienzo del procedimiento. Si no existe esta posibilidad (como ocurre, por ejemplo, con el modelo de Rawls en relación con la elección de los principios de justicia que efectúan los individuos en la posición originaria se trata, pues, de individuos ideales— para los individuos en la vida ordinaria [cfr. Rawls, 1971]), se podría decidir en un momento determinado. Sin embargo, la teoría del discurso se caracteriza porque “las convicciones fácticas y normativas (así como sus intereses) pueden ser modificadas en virtud de los argumentos presentados *en el curso del procedimiento*” (Alexy, 1985b, p. 47; cfr. también Alexy, 1988b). Más adelante se verá la trascendencia de este hecho.

Vistas las cosas desde otra perspectiva, cabe decir que una teoría procedimental como la del discurso racional ofrece una solución para el denominado *trilema de Münchhausen* (Alexy, 1978a, p. 177), que surge cuando se pretende fundamentar una proposición mediante otra proposición. En tal caso, la situación con la que nos enfrentamos consiste en que,

o bien nos vemos abocados a un regreso al infinito, o bien hay que renunciar a fundamentar en un determinado momento y la fundamentación se sustituye por una decisión, o bien la fundamentación se vuelve circular: los principios últimos se fundamentan a partir de los considerados derivados. La salida del problema consistiría en establecer exigencias de la actividad de fundamentación, esto es, reglas de la discusión racional, cuyo cumplimiento garantiza que el resultado —la norma particular o la aserción que se pretende fundamentar— sea racional. Pero que el resultado sea racional —como luego se verá— no significa que sea absolutamente correcto.

Estas reglas del discurso racional no se refieren sólo a las proposiciones, sino también al comportamiento del hablante, lo que significa que no son sólo reglas semánticas, sino también reglas pragmáticas. Según Alexy, para fundamentar las reglas del discurso (aquí nos interesa el discurso práctico racional general; se prescinde, pues, del discurso teórico) pueden seguirse cuatro vías. La primera consiste en considerarlas como reglas técnicas, esto es, como reglas que prescriben medios para lograr ciertos fines; esta es la vía que sigue, por ejemplo, la llamada *escuela de Erlangen* (a la que pertenecen autores como Lorenzen y Schwemmer), que parte de la idea de que el fin que se busca por medio del discurso es la eliminación no violenta del conflicto. La segunda vía es la de la fundamentación empírica, y consiste en mostrar que ciertas reglas rigen de hecho, o bien que los resultados obtenidos de acuerdo con determinadas reglas se corresponden con nuestras convicciones normativas realmente existentes. La tercera vía —que en realidad se entrecruza con las otras dos— es la de la fundamentación definitoria y consiste en analizar las reglas que definen un juego de lenguaje —una cierta praxis— y aceptarlas como criterio. Finalmente, la cuarta vía, a la que cabe llamar *pragmático-trascendental* o *pragmático-universal*,¹² consiste en mostrar que la validez de determinadas reglas es condición de posibilidad de la comunicación lingüística. Una variante débil —la que Alexy acepta— de este modo de fundamentación consiste en mostrar que: a) la validez de determinadas reglas es constitutiva de la posibilidad de determinados actos de habla; b) si renunciamos a estos actos de habla, abandonaríamos formas de comportamiento específicamente humanas.

12 En su *Theorie der juristischen Argumentation*, Alexy (1978a, p. 182) habla de “pragmática universal”. Sin embargo, en el postfacio de la edición castellana de dicha obra (Alexy, 1989, p. 305) afirma preferir ahora el término de “pragmática trascendental”.

Ahora bien, según Alexy, todos estos métodos tanto ofrecen ventajas como tienen puntos débiles, de manera que es preciso combinarlos. La fundamentación pragmático-universal suministra, por así decirlo, la base para la fundamentación de las reglas del discurso (*cfr.* Alexy, 1989, p. 306), pero sólo permite fundamentar muy pocas reglas. Cómo se han de aplicar estas cuatro vías de fundamentación, es decir, cómo ha de ser el discurso sobre las reglas del discurso (el discurso de teoría del discurso) es algo que debe dejarse en manos de los propios participantes en el discurso (*cfr.* Aarnio-Alexy-Peczenik, 1981, pp. 266 y ss.; también, *infra* apartado III, 1, D).

2. Las reglas y formas del discurso práctico general¹³

A. Las reglas fundamentales

El primer grupo de reglas del discurso práctico racional son las reglas fundamentales (*die Grundregeln*), cuya validez es condición para cualquier comunicación lingüística en que se trate de la verdad o de la corrección; esto es, se aplican tanto al discurso teórico como al discurso práctico. Dichas reglas enuncian los principios de no contradicción (incluyendo la no contradicción entre normas), de sinceridad, de universalidad (con una variante referida a los enunciados normativos y valorativos) y de uso común del lenguaje. Alexy las formula así:

(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 *a* en todos los aspectos relevantes.

(1.3') Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.

(1.4) Distintos hablantes no puede usar la misma expresión con distintos significados.

¹³ Todas las reglas y formas que se formularán a continuación pueden encontrarse en el apéndice de la obra de Alexy (1978a, pp. 283-287).

B. Las reglas de razón

El segundo grupo son las reglas de razón (*die Vernunftregeln*), que definen las condiciones más importantes para la racionalidad del discurso. A la primera de ellas se la puede considerar como la *regla general de fundamentación*, y las otras tres contienen los requisitos de la situación ideal de habla o de diálogo habermasiana, esto es, igualdad de derechos, universalidad y no coerción. En relación con cuestiones prácticas, estas reglas sólo se cumplen de manera aproximada; definen un *ideal* al que cabe aproximarse por medio de la práctica y de medidas organizativas. He aquí como las formula Alexy:

(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.

(2.3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2.), mediante coerción interna o externa al discurso

C. Las reglas sobre la carga de la argumentación

El uso irrestricto de las anteriores reglas [especialmente de las diversas variantes de (2.2)] podría bloquear la argumentación. Se necesita por ello añadir a las anteriores un tercer grupo de reglas de carácter esencialmente técnico (*cf.* Alexy, 1988c, p. 26), las reglas de carga de la argumentación (*die Argumentationsregeln*),¹⁴ cuyo sentido es, precisamente, el de facilitar la argumentación. Alexy considera que estas reglas se justifican de una forma que puede considerarse intuitiva (la primera de ellas, por otro lado, puede verse como una consecuencia de (1.3') y de las propias reglas de razón que establecen la igualdad de todos los participantes en el discurso), y enuncia estas cuatro:

(3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B, está obligado a fundamentarlo.

14 Sobre este tipo de reglas, véase el trabajo de Gizbert-Studmicki (1990).

(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 contrargumentos.

(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 manifiesto.

D. Las formas de los argumentos

El cuarto grupo lo constituyen las formas de argumento específicas del discurso práctico.¹⁵ Alexy parte de que, básicamente, hay dos maneras de fundamentar un enunciado normativo singular (N): por referencia a una regla (R), o bien señalando las consecuencias de N (F, de *Folge* = consecuencia). Ahora bien, si se sigue la primera vía, además de una regla debe presuponerse también un enunciado de hecho que describa las condiciones de aplicación de la misma (T, de *Tatsache* = supuesto de hecho); y, si se sigue la segunda, hay que sobrentender también que existe una regla que dice que la producción de ciertas consecuencias es obligatoria, o es algo bueno. En consecuencia, tenemos estas dos primeras formas de argumento:

$$(4.1) \quad \begin{array}{c} T \\ R \\ \hline N \end{array}$$

$$(4.2) \quad \begin{array}{c} F \\ R \\ \hline N \end{array}$$

Los dos siguientes argumentos pueden servir como ejemplos de aplicación de estas dos formas:

A ha mentido	Al mentir, A causa sufrimiento innecesario
<u>Es malo mentir</u>	<u>Es malo causar sufrimiento innecesario</u>
A ha actuado mal	A ha actuado mal

Por otro lado, (4.1) y (4.2) son subformas de una forma general de argumento que establece que un enunciado normativo cualquiera se funda-

15 En Aarnio-Alexy-Peczenik (1981), las formas de argumento aparecen expuestas después de todas las reglas del discurso.

menta aduciendo una regla de cualquier nivel y una razón (G , de *Ground* = razón, fundamento). Como es fácil ver, no se trata de otra cosa que del esquema básico de Toulmin:

$$(4) \quad \frac{G}{R^*} \\ \frac{\quad}{N^*}$$

En relación con (4.1) —y (4.2) y se trata de nuevo de proseguir con el esquema de Toulmin— es posible que surjan disputas sobre los hechos (sobre T o sobre F), o bien sobre las reglas. En el primer caso, la discusión se desarrollará en el marco de un discurso teórico. En el segundo supuesto, R podrá justificarse a su vez señalando las consecuencias de esa regla, más una regla R' que exija R bajo una condición T' . Por tanto, resultan dos formas de argumento de segundo nivel [que también son subformas de (4)]:

$$(4.3) \quad \frac{F_R}{R'} \\ \frac{\quad}{R}$$

$$(4.4) \quad \frac{T'}{R'} \\ \frac{\quad}{R}$$

Finalmente, puesto que si se usan reglas distintas se puede llegar a resultados incompatibles, se necesita añadir a las anteriores *reglas de prioridad* (*Vorrangregeln*), es decir, reglas que establecen que una determinada regla está en una relación de prioridad (P) con respecto a otra u otras. Dichas reglas pueden, a su vez, adoptar dos formas, según que la prioridad que se establezca sea absoluta o valga sólo bajo determinadas circunstancias (C). En consecuencia, tenemos:

$$(4.5) \quad R_i P R_k \text{ o bien } R'_i P R'_k$$

$$(4.6) \quad (R_i P R_k) C \text{ o bien } (R'_i P R'_k) C$$

E. *Las reglas de fundamentación*

Como las reglas anteriores dejan abierto un campo amplísimo de indeterminación, hay que añadir un quinto grupo, *las reglas de fundamentación* (*die Begründungsregeln*), que se refieren específicamente a las características de la argumentación práctica y regulan la forma de llevar a

cabo la fundamentación mediante las formas anteriores. Por un lado, Alexy formula tres variantes del principio de universalidad (al que Habermas considera, en el discurso práctico, como el equivalente al principio de inducción en el discurso teórico),¹⁶ que se vinculan, respectivamente, con las concepciones de Hare (principio de intercambio de roles), de Habermas (principio del consenso) y de Baier (principio de publicidad). Téngase en cuenta que entre las dos primeras formulaciones existe esta diferencia: mientras que en el primer caso se parte de las concepciones normativas de *cada* hablante, el segundo se refiere a las opiniones *comunes* por obtener en el discurso.¹⁷ He aquí las reglas:

(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 en forma abierta y general.

Un segundo subgrupo de reglas de fundamentación (la primera inspirada en ideas hegelio-marxistas y la segunda en Freud) se dirigen a garantizar la racionalidad de las reglas a través de su génesis social e individual.

(5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis *histórico-crítica*.

Una regla moral no pasa semejante prueba: a) si aunque originariamente se

16 “En el discurso teórico se salva el abismo entre las observaciones particulares y las hipótesis generales mediante cánones diferentes de la inducción. El discurso práctico precisa de un principio puente. Por este motivo, todas las investigaciones sobre la lógica de la argumentación moral conducen a la necesidad de introducir un principio moral que, en su calidad de norma de argumentación, cumple una función equivalente al principio de inducción en el discurso científico experimental [...]. Resulta interesante comprobar que, cuando intentan encontrar un principio moral de este tipo, los autores de diferentes procedencias filosóficas coinciden siempre en un fundamento en el que subyace la misma idea. *Todas* las éticas cognitivas se remiten a aquella intuición que Kant formuló como el imperativo categórico” (Habermas, 1985, p. 83). Es interesante observar que tanto el principio de inducción como el principio de universalidad desempeñan en la argumentación la función que Toulmin llamaba de respaldo (*backing*) (*cf.* Habermas, 1989a, p. 144).

17 Es decir, Habermas modifica el imperativo categórico kantiano. “Desde esta perspectiva, hay que volver a formular el imperativo categórico en el sentido propuesto: ‘En lugar de proponer a todos los demás una máxima como válida y que quiero que opere como una ley general, tengo que presentarles mi teoría al objeto de que quepa hacer la comprobación discursiva de su aspiración de universalidad. El peso se traslada, desde aquello que cada uno puede querer sin contradicción alguna como ley general, a lo que todos de común acuerdo quieren reconocer como norma universal!’” (Habermas, 1985, p. 88; las comillas de Habermas se refieren a MacCarthy, 1980, p. 371).

pueda justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o b) si originariamente no se pudo 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 *histórico-individual*. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

En fin, la última regla de este grupo trata de garantizar que se pueda cumplir con la finalidad del discurso práctico, que no es otra que la resolución de las cuestiones prácticas existentes de hecho:

(5.3) Hay que respetar los límites de realizabilidad dados de hecho.

F. *Las reglas de transición*

Para formular el sexto y último grado de reglas, las reglas de transición (*die Übergangsregeln*), se parte del hecho de que en el discurso práctico surgen problemas que obligan a recurrir a otros tipos de discurso; puede tratarse de problemas sobre hechos (discurso teórico), de problemas lingüísticos y conceptuales (discurso de análisis del lenguaje) o de cuestiones concernientes a la propia discusión práctica (discurso de teoría del discurso). Ello da lugar a estas tres últimas reglas:

(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.

3. *Los límites del discurso práctico general*

Las reglas del discurso no garantizan que pueda alcanzarse un acuerdo para cada cuestión práctica (es decir, que se puedan resolver todos los problemas de conocimiento), ni tampoco que, en caso de que se alcanzase dicho acuerdo, todo el mundo estuviera dispuesto a seguirlo (problema de cumplimiento). Las razones para lo primero son, básicamente, estas tres: algunas de las reglas del discurso [(2.1) (2.3)] sólo pueden cumplirse de manera aproximada; no todos los pasos de la argumentación están deter-

minados; todo discurso debe empezar a partir de las convicciones normativas de los participantes, las cuales están determinadas históricamente y son, además, variables. La razón para lo segundo descansa en una distinción, que Alexy toma de Kant, entre el *principium diudicationis* y el *principium executionis*, esto es, entre la formación del juicio y la formación de la voluntad: saber lo que es correcto no significa necesariamente estar dispuesto a actuar en ese sentido (*cf.* Alexy, 1988c, p. 31; 1989, p. 297).

Esta doble limitación de las reglas del discurso práctico hace que sea necesario establecer un sistema jurídico que sirva, en cierto sentido, para cerrar esta laguna de racionalidad. El derecho resulta, pues, justificado discursivamente tanto en su dimensión propiamente normativa, esto es, en cuanto conjunto de normas (como luego veremos, de reglas y principios) que, moviéndose dentro del campo de lo discursivamente posible, hacen que aumente la posibilidad de resolución de cuestiones prácticas, como en su dimensión coactiva, esto es, en cuanto que sus normas puedan imponerse también a quienes no están dispuestos a seguirlas de buen grado. Más en concreto, Alexy distingue tres tipos de procedimientos jurídicos que habría que añadir al procedimiento del discurso práctico general regulado por las reglas anteriores (*cf.* Aarnio-Alexy-Peczenik, 1981; Alexy, 1985b y 1988c).

El primero de estos procedimientos jurídicos es el de la *creación estatal de normas jurídicas*. Como las reglas del discurso práctico establecen que ciertas reglas son discursivamente imposibles, otras discursivamente necesarias, pero otras muchas tan sólo discursivamente posibles, ello podría llevar a que, sin contravenir las reglas del discurso, pudiesen fundamentarse normas incompatibles entre sí. El establecimiento de normas jurídico-positivas tiene, pues, el sentido de seleccionar tan sólo algunas de estas normas discursivamente posibles. Sin embargo, ningún sistema de normas jurídicas puede garantizar por sí mismo que todos los casos jurídicos puedan resolverse en forma puramente lógica, mediante el uso exclusivo de las normas vigentes y de la información sobre los hechos (*cf.* Alexy, 1978a, pp. 23 y ss.). Las razones que Alexy da para ello son, básicamente: la vaguedad del lenguaje jurídico, la imprecisión de las reglas del método jurídico y la imposibilidad de prever todos los casos posibles. Resulta por ello justificado un segundo procedimiento, al que Alexy denomina *argumentación jurídica* o *discurso jurídico*. Ahora bien, el discurso jurídico tiene también sus límites, en cuanto que no proporciona

siempre una única respuesta correcta para cada caso. Se necesita por ello un nuevo procedimiento que cierre esta laguna de racionalidad y que no es otro que el *proceso judicial*; una vez que se termina este último procedimiento, sólo queda una respuesta de entre las discursivamente posibles.

A diferencia de lo que ocurre con el procedimiento del discurso práctico general y con el del discurso jurídico, los otros dos procedimientos tienen carácter *institucionalizado* (es decir, están regulados por normas jurídicas, de manera que ello asegura que se llegue a un resultado definitivo y que sea, además, obligatorio) y contienen no sólo un aspecto argumentativo, sino también un elemento de decisión (*cf.* Aarnio-Alexy-Peczenik, p. 278, y Alexy, 1988c, pp. 31 y 33). Aunque Alexy no sea aquí del todo claro, las distinciones anteriores (que no aparecen, o al menos no tan claramente, señaladas en sus primeras obras) hacen pensar que distingue de alguna forma entre la argumentación jurídica en sentido estricto (la que se desarrolla en el contexto del segundo procedimiento y que —cabe suponer— sería básicamente la de la dogmática jurídica) y la argumentación jurídica en sentido amplio (que incluiría también la argumentación legislativa, la argumentación del juez, la de las partes en el proceso, la de la opinión pública, etc.). De todas formas, en lo que sigue la expresión *discurso jurídico* se utilizará en un sentido amplio y un tanto indefinido (como hace en general el propio Alexy).

4. *El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general. La teoría de la argumentación jurídica*

El discurso jurídico es, en opinión de Alexy, un caso especial del discurso práctico general. Esto quiere decir, más concretamente, que 1) en el mismo se discuten cuestiones prácticas, 2) se erige también una pretensión de corrección (la pretensión de justicia sería un caso de pretensión de corrección), pero ello 3) se hace (y de ahí que sea un caso *especial*) dentro de determinadas condiciones de limitación. En otras palabras, en el discurso jurídico no se pretende sostener que una determinada proposición (una pretensión o *claim* en la terminología de Toulmin) es sin más racional, sino que puede fundamentarse racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente. El procedimiento del discurso jurídico se define, pues, por un lado, por las reglas y formas del discurso práctico general y, por otro lado, por las reglas y formas específicas del discurso

jurídicos que, sintéticamente, expresan la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática. A su vez, Alexy distingue dos aspectos en la justificación de las decisiones jurídicas, la justificación interna y la justificación externa, de manera que existen también dos tipos de reglas y formas del discurso jurídico.

A. Reglas y formas de la justificación interna

Por lo que se refiere a la justificación interna, Alexy distingue una forma simple y una forma más general. La primera la enuncia así (T es un predicado que permite representar el supuesto de hecho de las normas en cuanto propiedad de personas; O es operador deóntico general; R es un predicado que expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma; y x y a simbolizan, respectivamente, una variable y una constante de individuo).

- (J.1.1) (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
 (2) Ta
 (3) ORa (1), (2)¹⁸

(J.1.11) satisface estas dos primeras reglas de fundamentación interna:

(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.

Sin embargo (J.1.1), es insuficiente en los casos complicados,¹⁹ en los que no cabe efectuar directamente la inferencia deductiva. Entonces hay que acudir a una forma más general —aunque rudimentaria— de justificación interna que establezca diversos pasos de desarrollo (reglas para el uso de T), de manera que la aplicación de la norma al caso no sea ya discutible:

- (J.1.2) (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
 (2) $(x) (M^1x \rightarrow Tx)$
 (3) $(x) (M^1x \rightarrow M^1x)$

18 El punto a la izquierda de una línea indica que se trata de una premisa. A la derecha de la línea de la conclusión se indica, entre paréntesis, el número de las premisas de las que deriva.

19 Véase una tipología de estos supuestos en Aarnio-Alexy-Peczenik (1981, pp. 152 y ss.) y Alexy (1980a).

- (4) $(x) (Sx \rightarrow M^n x)$
- (5) Sa
- (6) $ORa (1)-(5)$

El siguiente argumento puede servir como ejemplo para aclarar el sentido de este esquema:

- 1) Quien comete asesinato debe ser castigado con la pena de reclusión mayor.
- 2) Quien mata alevosamente, comete un asesinato.
- 3) Quien se aprovecha de la indefensión o buena fe de otro, actúa alevosamente.
- 4) Quien mata a una persona mientras está dormida, se aprovecha de su estado de indefensión.
- 5) X mató a Y mientras este último estaba dormido.
- (6) A X se le debe imponer la pena de reclusión mayor.

(J.1.2) satisface, a su vez, las siguientes reglas adicionales de la justificación interna:

- (J.2.3) Siempre que exista duda sobre si a es un T o un M , 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 posible de pasos de desarrollo.

B. Reglas y formas de la justificación externa

La justificación externa, como ya sabemos, se refiere a la justificación de las premisas. Estas últimas, para Alexy, pueden ser de tres tipos: reglas de derecho positivo (cuya justificación consiste en mostrar su validez de acuerdo con los criterios del sistema); enunciados empíricos (que se justifican de acuerdo con los métodos de las ciencias empíricas, las máximas de la presunción racional y las reglas procesales de la carga de la prueba); y un tercer tipo de enunciados (que serían básicamente reformulaciones de normas), para cuya fundamentación hay que acudir a la argumentación jurídica;²⁰ en concreto, a las formas y reglas de la justificación externa.

20 Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estos tres procedimientos de justificación interactúan entre sí; en particular, las reglas de derecho positivo y los enunciados empíricos juegan un papel considerable en la fundamentación de este tercer tipo de premisas.

Alexy distingue seis grupos de reglas y formas de la justificación externa, según que las mismas se refieran: a la interpretación, a la argumentación dogmática, al uso de los precedentes, a la argumentación práctica general, a la argumentación empírica o a las formas especiales de argumentos jurídicos. La argumentación práctica general constituye el fundamento mismo de la argumentación jurídica, y ya hemos visto cuáles son sus reglas y formas. Por lo que se refiere a la argumentación empírica, Alexy concede que la misma tiene una gran relevancia tanto en la argumentación jurídica como en la argumentación práctica general, pero no elabora reglas y formas específicas; se limita a constatar que aquí rige la regla (6.1), que autoriza a pasar en cualquier momento de la argumentación a un discurso empírico. Veamos, pues, qué pasa con los otros cuatro grupos.

a. Reglas y formas de la interpretación

Para explicar qué son los cánones de la interpretación, Alexy parte de un modelo sencillo de justificación interna:

- (J.1.2') (1) $(Tx \rightarrow ORx)$ (R)
 (2) $(Mx \rightarrow Tx)$ (W)
 (3) Ma
 (4) ORa (1)-(3)

De la regla R [(1)] y de la regla de uso de las palabras W [(2)], se sigue la regla R'

- (2') (x) $Mx \rightarrow ORx$ (R')

que es una interpretación de R a través de W (). Una de las funciones más importantes de los cánones —aunque no la única— es la de fundamentar tales interpretaciones, esto es, justificar el paso de R a R'. A su vez, Alexy distingue seis grupos de argumentos interpretativos: semánticos, genéticos, teleológicos, históricos, comparativos y sistemáticos, pero sólo elabora formas de los tres primeros.

En relación con la *interpretación semántica*, ofrece tres formas de argumentos, según se usen para justificar, criticar o mostrar que una inter-

pretación (la regla W debe entenderse aquí como una *descripción* del uso del lenguaje) es admisible:

(J.3.1) R' *debe* aceptarse como interpretación de R sobre la base de W_i .

(J.3.2) R' no puede aceptarse como 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 .

Mediante el *argumento genético* se justifica una interpretación R' de R , porque se corresponde con la *voluntad del legislador*. Hay dos formas de interpretación genética.

(J.4.1) (1) R' ($=I_W^R$) es querido por el legislador

(2) R é

(J.4.2) (1) Con R el legislador pretende alcanzar Z

(2) $\neg R'$ ($=I_W^R$) $\rightarrow \neg Z$

(3) R'

En cuanto a la *interpretación teleológica* (cfr. Alexy, 1980b), su forma fundamental sería esta:

(J.5) (1) OZ

(2) $\neg R'$ ($=I_W^R$) $\rightarrow \neg Z$

(3) R'

que viene a corresponderse con (J.4.2), pero con la diferencia de que ahora el fin, Z , es algo objetivo, que se fundamenta por referencia a una norma o un grupo de normas, y no porque lo quiera el legislador.

Las anteriores formas de interpretación se presentan con frecuencia de manera incompleta, esto es, presuponen (generalmente en forma implícita) enunciados que son los que harían completas a las formas; a esto lo llama Alexy “requisito de saturación”. Por ejemplo, en relación con (J.4.1), hay que entender como implícita una premisa adicional o regla de inferencia como la siguiente: *El que el legislador desee que R se interprete mediante W ($I_W^R=R'$) es una razón para la validez de R'* . Rige por ello la regla

(J.6) debe resultar saturada toda forma de argumento que haya de contar entre los cánones de la interpretación.

Pero el problema fundamental de los cánones de la interpretación consiste en que, según unos u otros, se llega a resultados distintos. En relación con

ello, Alexy entiende que aunque no se pueda establecer una jerarquía clara entre los mismos, sí cabe establecer ciertas reglas que atribuyen cierta prevalencia en favor de los argumentos semánticos y genéticos, y que extienden al uso de los cánones interpretativos la vigencia del principio de universalidad [tanto en la formulación contenida en (1.3) como en (2.2a) y (2.2b)]. Estas reglas son las siguientes:

(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.

b. Reglas de la argumentación dogmática

Una de las características de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy es la importancia que concede a la dogmática jurídica, y que él entiende como

(1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo (Alexy, 1978a, p. 246).

Hasta qué punto tiene Alexy una concepción positiva de la dogmática jurídica lo demuestra el hecho de que a la misma le atribuye las siguientes funciones: de estabilización (puesto que fija durante largos períodos de tiempo determinadas formas de decisión); de progreso (amplía la discusión jurídica en su dimensión temporal, objetual y personal); de descarga (no hay que volver a discutirlo todo cada vez); técnica (la presentación unificada y sistemática de la materia sirve como información y promueve la enseñanza y la capacidad de transmisión); de control (al permitir decidir casos en relación con los ya decididos y por decidir, acrecienta la eficacia del principio de universalidad y de justicia); heurística (las dogmáti-

cas contienen modelos de solución y sugieren nuevas preguntas y respuestas). Las reglas de la argumentación dogmática que formula Alexy se refieren: a la necesidad de fundamentar los enunciados dogmáticos, en último término, en enunciados prácticos de tipo general; a la posibilidad de que los enunciados dogmáticos sean comprobados sistemáticamente, tanto en sentido estricto (se trata de ver si el enunciado se ajusta a los enunciados dogmáticos ya aceptados y a las normas jurídicas vigentes), como en sentido amplio (en este caso se trataría de ver si las decisiones a fundamentar con ayuda de enunciados dogmáticos y normas jurídicas, son compatibles entre sí según puntos de vista prácticos de tipo general); y a la necesidad de utilizar argumentos dogmáticos, puesto que su uso no sólo no contradice los principios de la teoría del discurso, sino que es “un tipo de argumentación exigido por ésta en el contexto especial del discurso jurídico” (Alexy, 1978a, p. 261). Se formulan así:

(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 argumentos dogmáticos, deben ser usados.

c. Reglas sobre el uso de los precedentes

La argumentación a partir de los precedentes tiene muchos puntos en común con la argumentación dogmática. El uso del precedente se justifica, desde el punto de vista de la teoría del discurso, porque el campo de lo discursivamente posible no podría llenarse con decisiones cambiantes e incompatibles entre sí; el uso del precedente significa aplicar una norma y, en este sentido, es una extensión más del principio de universalidad. Por otro lado, la obligación de seguir el precedente no es absoluta, pues ello iría en contra de las reglas del discurso —en particular, de (2.2.a)—, pero la carga de la argumentación la tiene quien se aparta del precedente. Las reglas más generales para la utilización de los precedentes son, pues, para Alexy, estas dos:

(J.13) Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión, debe hacerse.

(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

d. Formas de argumentos jurídicos especiales

Finalmente, Alexy incluye tres formas de argumentos jurídicos especiales, esto es, que se usan especialmente —pero no exclusivamente— en la metodología jurídica: el argumento *e contrario*, la analogía y la reducción al absurdo. Los representa, respectivamente, así:

- (J.15) (1) $(x) (OGx \rightarrow Fx)$
 (2) $(x) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx)$
- (J.16) (1) $(x) (Fx \vee F \text{ sim } x \rightarrow OGx)$
 (2) $(x) (Hx \rightarrow F \text{ sim } x)$
 (3) $(x) (Hx \rightarrow OGx)$ (1), (2)
- (J.17) (1) $\neg OZ$
 (2) $R' \rightarrow Z$
 (3) $\neg P'$

Lo que Alexy destaca aquí, sobre todo, es que estas tres formas de argumento son casos especiales del discurso práctico general: “(J.15) es un esquema de inferencia válido lógicamente;²¹ (J.16) es exigido por el principio de universalidad;²² y (J.17) es un caso en que se toma en consideración las consecuencias” (Alexy, 1978a, pp. 270-1).²³ Por otro lado, y al igual que ocurría con los cánones de la interpretación, el uso de estas formas sólo es racional en la medida en que las mismas resultan saturadas y en que los enunciados insertados para la saturación puedan fundamentarse en el discurso jurídico. Por ejemplo, en relación con la forma del argumento por analogía, la premisa (1) se fundamenta a partir de la norma expresada en la ley que cabría formular así: $(x) (Fx \rightarrow OGx)$, y de una regla que a su vez que puede verse como un caso especial del principio de universalidad: “Los supuestos de hecho que son semejantes desde un punto de visto jurídico deben tener las mismas consecuencias jurídicas” (*ibidem*, p. 269). En definitiva, para el uso de las formas especiales de argumentos jurídicos rige la siguiente regla:

- (J.18) Las formas de los argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.

21 Téngase en cuenta que las reglas del discurso práctico general van más allá de las de la lógica deductiva, pero presuponen estas reglas.

22 Además de ser también un esquema de inferencia válido lógicamente.

23 De hecho, (J.17) se basa en el mismo esquema en que se basan (J.4.2) y (J.5), que, a su vez, podría reducirse a la forma (4.2), es decir, a la forma de fundamentar un enunciado normativo singular por referencia a las consecuencias.

5. *Los límites del discurso jurídico. El derecho como sistema de normas (reglas y principios) y de procedimientos*

Si bien la argumentación jurídica es una exigencia de la racionalidad práctica, en cuanto que permite, para la resolución de las cuestiones prácticas, ir más allá de donde deja las cosas el discurso práctico general, el discurso jurídico tiene también sus límites: una solución que se haya alcanzado respetando sus reglas es una solución racional, pero las reglas no garantizan que en cada caso se pueda llegar a una única respuesta correcta. Al igual que ocurría con el discurso práctico general, el discurso jurídico delimita también, junto con las esferas de lo discursivamente necesario y lo discursivamente imposible, una tercera de lo discursivamente posible: frente a un mismo caso, las reglas del discurso jurídico permiten que varios participantes en el mismo lleguen a soluciones incompatibles entre sí, pero racionales (esto es, fundamentadas discursivamente). Esto se debe, como antes se vio, a que el discurso comienza sobre la base de las convicciones fácticamente existentes de los participantes en el mismo, a que todos los pasos de la argumentación no están determinados y a que algunas de las reglas del discurso sólo pueden ser satisfechas de manera aproximada. Ni siquiera en un discurso ideal, es decir, en un discurso en que los participantes cumplen completamente con las reglas (lo que quiere decir, que el mismo tiene lugar en condiciones de tiempo ilimitado, participación ilimitada, ausencia total de coacción, claridad lingüística y conceptual total, información empírica completa, capacidad y disponibilidad para el intercambio de roles y ausencia de prejuicios) podría asegurarse que el discurso práctico permite alcanzar siempre un consenso, es decir, una única respuesta. Esto es así, porque no cabe excluir —aunque tampoco afirmar— que existan diferencias antropológicas entre los participantes que supongan un freno para el discurso y excluyan, en consecuencia, el consenso (*cfr.* Alexy, 1988, p. 29; 1989, p. 301; 1988d, p. 151 y 1988b, p. 62).

En resumen, la pretensión de corrección que se plantea en el discurso jurídico no es sólo una pretensión *limitada* en el sentido de que se efectúa bajo las exigencias señaladas por la ley, la dogmática y los precedentes (y, en general, bajo los límites de las reglas del discurso jurídico), sino que, además, es relativa a los participantes en el discurso (en el sentido de que el resultado depende de ellos y, por tanto, de sus convicciones normativas), a

un determinado momento temporal (el resultado del discurso puede ser distinto en el tiempo t y en el tiempo t) y, finalmente, en la mayoría de los casos, el procedimiento no puede realizarse en la práctica (*cfr.* Alexy, 1985b, pp. 47 y ss.; 1988c, ps. 27 y ss.; 1988b, pp. 61-2).

Pero estas dificultades, en opinión de Alexy, no desacreditan en absoluto a la teoría del discurso. En primer lugar, porque el que sean posibles discursivamente diversas respuestas no significa que *todas* sean posibles. El procedimiento discursivo cumple al menos una función negativa, consistente en señalar límites que no pueden ser franqueados. Y, por otro lado, sostener la tesis de que existe una única respuesta correcta —a la manera, por ejemplo, de Dworkin (1977, 1985 y 1986)— le parece a Alexy equivocado, pues para ello habría que sostener también una teoría *fuerte* de los principios “que contuviera además de todos los principios del sistema jurídico en cuestión, todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y, por ello, determinara unívocamente la decisión en cada uno de los casos” (Alexy, 1988d, p. 145). Como en seguida veremos, Alexy piensa que sólo puede defenderse una teoría *débil* de los principios, lo que no implica tampoco entender los mismos simplemente como un catálogo de topoi. En segundo lugar, la relativización con respecto a los participantes no es sólo un inconveniente.

Toda discusión tiene que tener un punto de partida. No puede comenzar en la nada. Este punto de partida consiste en las convicciones normativas de los participantes fácticamente existentes. La teoría del discurso no es nada más que un procedimiento para su tratamiento racional. Y aquí, cada convicción normativamente relevante es un candidato para una modificación basada en una argumentación racional (Alexy, 1985b, p. 51).

Este último punto tiene una gran importancia, pues indica también que, a diferencia de teorías como la de Aarnio (que se apoya en el concepto wittgensteiniano de *forma de vida*), la de Perelman (*cfr.* Alexy, 1979c) o la del propio MacCormick, según Alexy los valores últimos son también objeto de una discusión racional y pueden modificarse en el desarrollo del discurso. En tercer lugar, el que los resultados puedan modificarse a lo largo del tiempo puede verse incluso como una ventaja, pues ello permite que se puedan eliminar deficiencias existentes en un momento temporal anterior. Y, finalmente, aunque el procedimiento (para determinar si una respuesta es correcta) no pueda en la mayoría de los casos realizarse en la

práctica, cabe la posibilidad de que quien se formula la pregunta realice mentalmente —hipotéticamente— el procedimiento.²⁴

Además, Alexy entiende que una teoría de la argumentación jurídica sólo despliega todo su valor práctico en el contexto de una teoría general del Estado y del derecho. esta última teoría tendría que ser capaz de unir dos modelos distintos de sistema jurídico:²⁵ el sistema jurídico como sistema de procedimientos, y el sistema jurídico como sistema de normas. El primero representa el lado activo, y consta de los cuatro procedimientos ya mencionados: el discurso práctico general, la creación estatal del derecho, el discurso jurídico y el proceso judicial. El segundo es el lado pasivo y, según Alexy, debe mostrar que el derecho, en cuanto sistema de normas, consiste no sólo en reglas, sino también en principios.

Alexy acepta un concepto de principio que está muy próximo al de Dworkin.²⁶ Para él —al igual que para Dworkin— la diferencia entre reglas y principios no es simplemente una diferencia de grado, sino de tipo cualitativo o conceptual.

Las *reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello *determinaciones* en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente (Alexy, 1988d, pp. 143-144).

La forma característica de aplicación de las reglas es, por ello, la *subsunición*. Los *principios*, sin embargo,

24 Esto último plantea todavía el siguiente problema. Las cuestiones prácticas tratan normalmente con conflictos de intereses, y la interpretación de los intereses de los participantes puede cambiar por medio de argumentos, pero quien tiene que aceptar dichos cambios es cada uno de los participantes. Dicho de otra manera, puesto que el discurso es esencialmente no monológico (dialógico), surge el problema de cómo un discurso desarrollado en la mente de un apersona puede aproximarse al que desarrollarían diversas personas. Según Alexy, tal aproximación es posible, porque “uno nunca puede estar seguro de los argumentos, las interpretaciones de intereses y los cambios en las interpretaciones de otras personas, pero es posible hasta un grado considerable hacer conjeturas fundadas sobre ello. Sobre casi todas las cuestiones prácticas diversas personas han pronunciado numerosos argumentos. La vida ordinaria, la literatura y la ciencia provee numerosas informaciones sobre posibles maneras de interpretación y cambios de intereses” (Alexy, 1988b, p. 65).

25 Alexy es aquí un tanto ambiguo: en ocasiones habla de una teoría del derecho y del Estado (Alexy, 1988c, p. 30; 1985b, p. 54), y otras veces de una teoría de la legislación y de la sociedad (1978a, p. 275); pero el bosquejo que presenta lo sería, simplemente, de una teoría *del derecho*.

26 Sobre ello, *cfr.* Alexy (1985c). Su concepción de los principios está plasmada en los trabajos de Alex, 1979a, 1985^a, 1985a, 1988 y 1988d.

...son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados (*ibidem.*, p. 143).

Por eso, la forma característica de aplicación de los principios es la *ponderación*.

Si bien —como ya se ha dicho— no es posible construir una teoría de los principios que establezca una jerarquía estricta entre ellos, sí cabe establecer un orden débil entre los mismos que permita su aplicación ponderada (de manera que sirvan como *fundamento* para decisiones jurídicas) y no un uso de los mismos puramente arbitrario (como ocurriría si no fueran más que un catálogo de topoi). Tal orden débil consta de tres elementos: 1) Un sistema de condiciones de prioridad, que hacen que la resolución de las colisiones entre principios en un caso concreto tenga también importancia para nuevos casos: “Las condiciones bajo las que un principio prevalece sobre otro forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevalente” (Alexy, 1988d, p. 147); ello quiere decir que también aquí rige el principio de universalidad. 2) Un sistema de estructuras de ponderación que derivan de la consideración de los principios como mandatos de optimización en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Respecto a las posibilidades *fácticas*, cabe formular dos reglas que expresan el principio de optimalidad de Pareto (y que suponen el paso del campo de la subsunción y la interpretación al de la decisión racional). La primera consiste en que “una medida M está prohibida con respecto a P_1 y P_2 si no es eficaz para proteger el principio P, pero es eficaz para socavar el principio P_2 ”; y la segunda, que “una medida M está prohibida en relación con P_1 y P_2 , si existe una alternativa M que protege a P al menos igual de bien que M pero que socava menos a P_2 ” (Alexy, 1988c, p. 37). Y respecto a las posibilidades *jurídicas*, la obligación de optimización corresponde al principio de proporcionalidad que se expresa en esta ley de ponderación: “Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro” (Alexy, 1988d, p. 147). 3) Un sistema de prioridades *prima facie*: la prioridad establecida de un principio sobre otro puede ceder en el futuro, pero quien pretenda modificar esa prioridad corre con la carga de prueba.

Este modelo del derecho en tres niveles (el de las reglas, el de los principios y el de los procedimientos) no permite alcanzar siempre una única respuesta correcta para cada caso, pero es el que lleva a un mayor grado de racionalidad práctica y es también el modelo de racionalidad incorporado en el derecho moderno y, en particular, en el derecho de un Estado democrático y constitucional (*cfr.* Alexy, 1987b; 1990). Para Alexy el derecho —fundamentalmente el derecho moderno— contiene una dimensión ideal que lo conecta, en forma conceptualmente necesaria, con una moralidad procedimental y universalista. Esta dimensión no es otra cosa que la pretensión de corrección que necesariamente plantean tanto las normas y las decisiones jurídicas consideradas individualmente como el sistema jurídico considerado en su conjunto. Ahora bien, la pretensión de corrección tiene, por un lado, un carácter relativo (en el sentido ya explicado), pero, por otro lado, considerada como idea regulativa, tiene carácter absoluto. Ello lleva a Alexy, en definitiva, a no abandonar del todo la tesis de la única respuesta correcta:

El punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener pleno sentido, deben, independientemente de si existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa. La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta (Alexy, 1988d, p. 151).

III. UNA CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ALEXY

Utilizando la sistematización que efectúa el propio Alexy (*cfr.* Alexy, 1989a, p. 291), a su teoría de la argumentación se le pueden dirigir —y, de hecho, se le han dirigido— dos tipos de críticas: las primeras tienen como blanco la teoría del discurso en cuanto tal; las segundas, la tesis de que la argumentación jurídica sea un caso especial del discurso práctico general.

1. *Críticas a la teoría del discurso en general*

Con respecto al primer tipo de críticas, algunas de ellas —y a las que Alexy presta considerable atención— se dirigen a poner en entredicho la aplicabilidad o utilidad de la teoría. No me ocuparé aquí, sin embargo, de esta cuestión, en parte porque ya ha sido tratada anteriormente al mostrar los límites que Alexy traza del procedimiento discursivo, y en parte porque lo que me interesa básicamente no es tanto la utilidad de la teoría del discurso en general, sino la del discurso jurídico en particular, y esta es una cuestión que consideraré dentro del segundo grupo de críticas. Ahora me ocuparé de cuatro perspectivas críticas dirigidas contra la teoría del discurso, las cuales se refieren, respectivamente: a la idea de que la verdad o la corrección de los enunciados sea algo por establecer en un procedimiento —el del discurso racional—; a la idea de que la fundamentación de enunciados teóricos y —sobre todo— prácticos implique esencialmente un proceso comunicativo o dialógico; al énfasis que la concepción discursiva pone en la noción de consenso; y a la fundamentación de las reglas del discurso racional.

A. Sobre el carácter procedimental de la teoría de la verdad o de la corrección

Weinberger —entre otros— ha objetado a la concepción de Alexy y de Habermas que el procedimiento discursivo no puede constituir el criterio de la verdad o corrección de los enunciados (*cfr.* Weinberger, 1983).²⁷ En su opinión, el discurso juega un papel importante en el contexto del descubrimiento, pero en el contexto de la justificación, lo que cuenta no son las opiniones subjetivas de los participantes en una discusión, sino la verdad objetiva; no el que sean razones aceptadas por consenso (el consenso puede ser el resultado, pero no la causa de que una teoría esté justificada), sino el que se trate de “buenas razones”.²⁸ La radicalidad de la crítica de Weinberger se basa, en definitiva, en una concepción de la racionalidad que difiere radicalmente de la de Alexy: “Para mí, la racionalidad es el

27 La crítica de Weinberger, sumamente pormenorizada, se refiere al artículo conjunto de Aarnio-Alexy-Peczenik (1981) *cfr.* también Summers, 1983.

28 Weinberger critica, a este respecto, a Alexy, por no haber distinguido entre justificación (*Rechtsfertigung*), que implica una dimensión subjetiva, y fundamentación (*Begründung*) que tendría un sentido objetivo. De hecho, Alexy (1978a, p. 52, nota 3) afirma utilizar estos dos términos como sinónimos.

problema de las buenas razones; para Robert Alexy, el problema de la forma del discurso [...]. Para mí, como fundamentaciones valen argumentos válidos de la lógica, la experiencia y el análisis crítico; para Robert Alexy, los resultados del discurso. Los resultados de un discurso regido por reglas constituyen para él verdad y corrección; para mí, sólo opiniones” (Weinberger, 1983, p. 205).

A ello, Alexy (1989a, pp. 291 y ss.) contraargumenta afirmando que su concepción de la racionalidad no es en realidad tan distinta de la de Weinberger, sino, simplemente, más rica; y que la diferencia entre ambas estriba más bien en que Weinberger es un nocognoscitivista en cuestiones prácticas, lo que le lleva a pensar que “donde ni el análisis lógico ni la experiencia llevan a una solución, sólo queda la decisión. La teoría del discurso —añade Alexy— pretende hacer factible la argumentación racional, tanto como sea posible, también en el campo específicamente valorativo” (*ibidem*, p. 293).

En mi opinión, la crítica de Weinberger, en lo que tiene de rechazo radical de la concepción procedimental de la racionalidad, es injusta en cuanto que, efectivamente, traza un cuadro sesgado de la teoría del discurso al afirmar, por ejemplo, que esta reemplaza la experiencia y el análisis por el simple consenso (*cf.* Alexy, 1989a, p. 293; Weinberger, 1983, p. 191). Además, la concepción consensual de la verdad parece, en principio, presentar muchas más dificultades en relación con el discurso teórico que con el discurso práctico, al que Alexy limita su análisis. Sin embargo, con su crítica, Weinberger apunta a diversos aspectos concretos que en la obra de Alexy no parecen estar bien resueltos.

Uno de ellos es el de la relación entre corrección procedimental y consenso. Contestando precisamente a una crítica de Weinberger, Alexy afirma que “el criterio real de corrección no es el consenso, sino cumplir con el procedimiento” (Alexy, 1988b, p. 67). Pero con esto quizás no se resuelva del todo el problema de fondo, que es el del papel que juega el consenso en la justificación de las decisiones prácticas. Se puede estar de acuerdo con Alexy en que es posible respetar el procedimiento y no llegar, sin embargo, a un consenso. Pero, cuando esto no es así, ¿no añade nada —en términos de justificación— el consenso al hecho de que en relación con una determinada cuestión práctica se hayan respetado las reglas del procedimiento?²⁹

29 Sobre el problema del consenso, puede verse Aarnio (1987 y 1990).

Otro de los problemas consiste en que algunas de las reglas formuladas por Alexy son quizás discutibles. Weinberger indica, por ejemplo, que la sinceridad no parece ser constitutiva de cualquier comunicación lingüística, pues en ese caso el juez no podría comunicarse con el inculpado, el cual tiene derecho a defenderse con afirmaciones falsas (*cf.* Weinberger, 1983, p. 195).³⁰ Y duda de que las reglas de la carga de la argumentación puedan verse como reglas generales de la razón práctica (*cf.* *ibidem.*, pp. 187 y ss.).

Un tercer problema consiste en que la teoría del discurso presupone —según Alexy— una determinada capacidad de juicio y de imaginación por parte de los participantes; esto es, presupone que éstos, tal y como existen en la realidad, son capaces de distinguir las buenas razones de las malas, de tener ideas, etc. Alexy aclara que esto “no significa que una suficiente capacidad de imaginación y de juicio sea una exigencia del procedimiento”. Pero el problema, en mi opinión, estriba, precisamente, en la manera como justifica esta última afirmación:

La relación entre el procedimiento del discurso y la capacidad de juicio y de imaginación suficiente de los participantes en el mismo se corresponde más bien con la que existe entre la Constitución de un Estado democrático-constitucional y la capacidad de sus ciudadanos para actividades políticas, económicas y sociales. Lo último no viene exigido por normas constitucionales, sino que es presupuesto por la Constitución (Alexy 1989a, p. 294).

Ahora bien, una crítica estándar contra la democracia (o, si se quiere, un límite de esta) consiste en que, puesto que este presupuesto es falso, esto es, puesto que no todos tienen esa capacidad —o, al menos, no en el mismo grado—, un Estado democrático no puede considerarse, por ser tal, un Estado justo. Trasladado esto al terreno del discurso, cabría decir que el presupuesto al que se refiere Alexy, si se interpreta como una afirmación empírica, es, sin duda, falso; y si se interpreta de otra forma, corre el riesgo de convertirse en una ficción, que probablemente no pueda cumplir más que una función ideológica: la de ocultar que un discurso racional no siempre es posible.

El último problema consiste en que Alexy es un tanto ambiguo a la hora de establecer cuál es el papel —si es que es alguno— que juega el

30 A esto podría replicarse que en realidad el diálogo entre ambos no constituye un discurso, pero eso iría en contra de la tesis central de Alexy, que luego se discutirá.

elemento decisional en el tratamiento de las cuestiones prácticas. Antes vimos que en el procedimiento de establecimiento de normas jurídicas y en el proceso judicial, lo que tienen lugar no son sólo argumentaciones, sino también decisiones, a diferencia de lo que ocurriría en el discurso práctico general y en el discurso jurídico. Pero, ¿significa esto que, según Alexy, en la moral no hay ningún lugar para la decisión? Si esto fuera así (y el hecho de que la racionalidad moral tenga una prolongación en la razón jurídica no es un argumento en contra: el derecho no cierra todas las lagunas de racionalidad que deja abiertas la moral, entre otras cosas porque hay cuestiones de moral privada que no conciernen al derecho), entonces podría tener alguna razón Weinberger cuando acusa a la teoría del discurso de presentar el proceso de argumentación moral como determinado completamente por medio de reglas y, en ese sentido, como una teoría que oculta una parte de la realidad: que la resolución de los problemas morales no es puramente una tarea cognoscitiva.

B. *Sobre el carácter comunicativo de la fundamentación de los enunciados prácticos*

La crítica que Tugendhat dirige a Habermas y a Alexy (*cfr.* Tugendhat, 1980 y 1988) en el sentido de que la fundamentación de los enunciados prácticos (y mucho más de los teóricos) no implica esencialmente un proceso comunicativo o dialógico, se conecta también con la objeción anterior de no tener en cuenta el aspecto no racional y volitivo del discurso real que exige la moral (*cfr.* Tugendhat, 1988, p. 139). Dicha crítica descansa en una distinción entre reglas *semánticas* y *pragmáticas* que tanto Habermas como Alexy no habrían tenido en cuenta.

Para evitar confusiones —señala Tugendhat— propongo llamar reglas semánticas a las reglas que determinan aquel uso de una oración en el que es indiferente que sea o no utilizada comunicativamente, y reglas pragmáticas a aquellas que hay que observar en una comunicación, más allá de las semánticas (*ibidem*, p. 126).

Esto quiere decir que, por ejemplo, en relación con las reglas fundamentales de Alexy, la regla de que *ningún hablante puede contradecirse* es una regla semántica, porque vale tanto para un monólogo como para

un diálogo, mientras que la que establece que *distintos hablantes no pueden emplear una misma expresión con distintos significados* sería una regla pragmática, ya que hace referencia a distintos hablantes y afecta a un problema que sólo puede existir entre diversos hablantes (*cf.* Tugendhat, 1980, pp. 6 y 7). Si ahora se reserva la expresión *discurso* para el diálogo comunicativo entre varios (*ibidem*, p. 7), entonces cabe decir que las reglas para la fundamentación de enunciados no son discursivos; no son reglas pragmáticas, sino semánticas.

Tugendhat parte —como Habermas— de una concepción universalista de la moral de impronta Kantiana, de manera que para él “una norma moral está fundamentada cuando es igualmente buena para todos” (Tugendhat, 1988, p. 129). Ahora bien, cuándo una norma es buena para todos es algo que puede juzgar cada uno por sí mismo monológicamente, aplicando, por tanto, reglas semánticas. Las reglas pragmáticas cumplen aquí sólo la función de asegurar que el proceso de fundamentación se vea libre de obstáculos (*cf.* Tugendhat, 1980, p. 8). Ciertamente, este juicio monológico utiliza como criterio el consenso de los afectados (Tugendhat acepta, —al igual que Habermas—, un principio de fundamentación de las normas que se formularía así: una norma es correcta —justa— sólo si todos pueden asentir a ella); pero aquí no se trata de un consenso que atienda a los intereses de cada uno, por tanto, de un consenso volitivo, fáctico:

Una de las reglas que resultan del proceso de fundamentación moral —que, como tal, puede realizarse también en el pensamiento solitario— prescribe que sólo están fundadas moralmente aquellas normas jurídicas que se han introducido sobre la base de un acuerdo de todas las partes implicadas. De aquí —continúa— se deduce también que el aspecto irreductiblemente comunicativo no es cognitivo, sino volitivo. Lo que exige un acto efectivo de acuerdo, de consenso colectivo, es el respeto moralmente prescrito de la autonomía de la voluntad de todas las personas implicadas. Pero este acuerdo ya no es... un acuerdo cualificado. Ciertamente, queremos que el acuerdo sea racional, sea un acuerdo fundado en argumentos y, a ser posible, sobre argumentos morales, y, sin embargo, lo definitivo en última instancia es el acuerdo fáctico; por ello, no hay derecho a pasarlo por alto sobre la base de que no ha sido racional...

El problema de que aquí se trata no es un problema de fundamentación, sino el problema de la participación en el poder.

Habermas —y Alexy—, en definitiva, habrían descuidado “el factor volitivo y, con él, el problema del poder” (Tugendhat, 1988, pp. 138-139).

La réplica de Habermas es como sigue. Para Tugendhat, la argumentación no tiene que posibilitar la *imparcialidad del juicio*, sino el hecho de que no se pueda influir en la *formación de la voluntad*, esto es, que sta sea autónoma. Ahora bien, de esta forma no puede explicarse la idea de imparcialidad de que parte del propio Tugendhat, pues la misma no puede reducirse a una negociación, a un *equilibrio de poderes*: “En el discurso práctico, los afectados intentan poner en claro un interés común mientras que al negociar un acuerdo pretenden compensar intereses particulares y contrapuestos” (Habermas, 1985, pp. 93-94). Al haber igualado la argumentación con los procesos de la formación de la voluntad, “Tugendhat tiene que pagar un precio: no puede sostener la diferencia entre la validez y la vigencia social de las normas” (*ibidem*, p. 94). Y al equipar las pretensiones de validez y de poder destruye la base sobre la que descansaba su intento de distinguir entre normas justificadas e injustificadas. Las intenciones de “arrebatar a la validez de las normas su sentido cognitivo” y, sin embargo, aferrarse a “la necesidad de su justificación” son contradictorias, y de ello resulta un “*déficit de justificación*” (*ibidem*, p. 95), que sólo puede superarse “si en vez de buscar una explicación semántica del significado de un predicado, se expresa lo que quiere decirse con el predicado *igualmente bueno para todos* mediante una norma de argumentación para el discurso práctico” (*ibidem*, p. 97).³¹

En realidad, es muy posible que entre la concepción de Habermas y la de Tugendhat no exista una contraposición frontal, sino que cabe pensar en que este último —como afirma Muguerza— pretende poner de relieve “la tensión que entre voluntad y razón se da *en el interior* de la voluntad racional habermasiana”.³²

A diferencia de Marcuse —continúa Muguerza— Habermas no despacha como irrelevante el dato de la pluralidad de las voluntades individuales, que ya sabemos presupuesta —al igual que los intereses privados o los fi-

31 En el prólogo de su libro *Problemas de ética*, en donde se recogen diversos trabajos del autor a lo largo de una década, Tugendhat reconoce “el carácter insostenible e ingenuo de esta concepción semántica. Esta concepción fracasa simplemente porque de la mera significación de una palabra, es decir, de un *a priori* comprendido de forma meramente analítica, no puede deducirse nada moralmente sustancial” (Tugendhat, 1988, p. 11).

32 Para un desarrollo de las ideas de Habermas al respecto puede verse Habermas (1988 y 1990). En este último trabajo trata de mostrar cómo la formación de la voluntad colectiva racional puede proceder sin distorsión en el medio del derecho y del poder político (*cf.* también Tuori, 1990).

nes particulares que mueven a esas voluntades— por el propio discurso. Pero, a diferencia ahora de Tugendhat, se resiste a quedarse ahí, juzgando que la racionalidad de la voluntad discursivamente formada ha de ponerse a prueba para alumbrar un interés común, para hacer concordar a los individuos en torno a algún fin último o valor, para instaurar, en suma, una legislación ética de alcance universal (Muguerza, 1990, p. 313).³³

Alexy arranca también de estas consideraciones de Habermas para hacer frente a la crítica de Tugendhat. En su opinión, hay dos aspectos que permiten concluir que la acción de fundamentar tiene una estructura necesariamente comunicativa. El primero radica en el hecho de que la solución correcta de un problema moral consiste generalmente en la solución de un conflicto de intereses, y la argumentación juega un papel esencial en la interpretación de los intereses y en los cambios de intereses para llegar a un equilibrio justo. El segundo consiste en que cómo se haya de interpretar, sopesar y modificar los intereses, es algo que debe dejarse a los afectados, pues en otro caso no se respetaría el principio de autonomía; pero eso quiere decir que estas cuestiones no pueden resolverse monológicamente (*cf.* Alexy, 1989a, pp. 298 y 299).

Ahora bien, me parece que también en este caso puede decirse que las diferencias entre Tugendhat y Alexy no son tan profundas como pudiera parecer a primera vista. E incluso cabe plantearse si existe alguna diferencia entre ellos, habida cuenta de que Alexy —como antes se vio— reconoce que el procedimiento del discurso no puede, en la mayoría de los casos, realizarse en la práctica, sino que quien se plantea si una norma concreta —la respuesta a una cuestión práctica— es correcta, tiene que realizar mentalmente —hipotéticamente— el procedimiento. Un diálogo efectuado en esa forma hipotética es —podría pensarse— lo más parecido a un monólogo.

La crítica de Richards (1989) contra Alexy coincide, al menos en parte, con la de Tugendhat. Por un lado, Richards le reprocha a Alexy el haber separado excesivamente el razonamiento jurídico y el razonamiento práctico general. La argumentación jurídica, por ejemplo, a propósito del alcance y del contenido de derechos fundamentales, como la libertad religio-

33 Aquí añade todavía Muguerza: “Y tal y como yo veo la cuestión, me parece que ya va siendo hora de caer en la cuenta de que el proceso de formación discursiva de la voluntad racional es un equilibrio ‘dinámico’ y no estático, de que la voluntad racional, en fin, no constituye un *érgon* sino es constitutivamente *enérgia*” (p. 313).

sa o la libertad de expresión, no tendría que partir de los materiales jurídicos dados; la razón práctica juega aquí un papel central y no es independiente de tales materiales. Pero, por otro lado, Richards pone en tela de juicio —y aquí es donde enlaza con Tugendhat— el carácter discursivo de toda la ética. La estructura de los principios éticos exige cierto tipo de justificabilidad, pero esta justificabilidad no tiene por qué hacerse visible para los otros cuando se actúa éticamente. La ética política que necesita ser comunicativa, debido a la naturaleza coactiva del poder político (es decir, a los efectos que produce en los otros). Pero esto no es necesariamente así en relación con la ética personal: “Con seguridad, muchos viven vidas ricas y humanas sin enrolarse en tal discurso” (Richards, 1989, p. 311).

En mi opinión, la primera de las observaciones de Richards apunta a una de las dificultades fundamentales que plantea la obra de Alexy y de la que volveré a ocuparme en relación con el segundo tipo de críticas. Para decirlo brevemente, en su teoría no está nada claro de qué manera se puede unir armoniosamente la interpretación discursiva de la argumentación jurídica y la adhesión al derecho positivo. La segunda observación, sin embargo, puede pasarse aquí por alto, pues parece claro que el derecho es uno de los ámbitos donde el discurso justificatorio tiene necesariamente que hacerse visible a los demás. Justificar algo jurídicamente tiene que significar, necesariamente (con independencia de si el procedimiento para ello es o no discursivo), justificarlo frente a otros; si se quiere decirlo en términos clásicos, la alteridad del derecho está presente también en el momento de la justificación de las decisiones jurídicas.

C. *Sobre los límites del consenso*

Una crítica de la teoría del discurso habermasiana que juzgo de gran interés es la que le ha dirigido Javier Muguerza, quien reprocha a la misma el haber enfatizado excesivamente la importancia del consenso, olvidándose (o, al menos, no prestando la suficiente atención) a los fenómenos de disenso. Con ello no se pretende efectuar una crítica radical de la ética comunicativa habermasiana, sino que lo que Muguerza propone es una corrección de la misma a partir del concepto —inspirado también en su caso en Kant— de la *concordia discorde*.

La *concordia discorde* —como la *discordia concorde* que, más que su contraria, sería su complemento— no dará de sí siempre para plasmarse en un

consenso con que rematar el diálogo emprendido, pero podría servir al menos para canalizar a través de él cualquier discurso. Y, más que presuponer el paso de la acción al discurso, equivaldría a entender *el discurso como acción*, a saber, como la ininterrumpida acción comunicativa que tendría que hacerse cargo del conflicto y resistirse —incluso allí donde, por el momento, no se vislumbre la posibilidad de resolverlo discursivamente— a abandonar a la pura acción estratégica, que ya sabemos que no excluye la posibilidad de confiar su resolución a la engañosa persuasión ideológica y, si ésta no resulta, lisa y llanamente a la fuerza y, en último extremo, a la violencia. En tanto que discurso como acción, o discurso en acción, la concordia discorde vendría, en suma, a coincidir con el proceso de la formación discursiva de la voluntad colectiva racional siempre que tal proceso sea entendido como más importante en sí que su consumación (Muguerza, 1990, p. 325).³⁴

La concordia discorde estaría también en condiciones de incorporar fenómenos de lucha de clases, como huelgas laborales, movilizaciones contra la guerra, contra la contaminación nuclear, el desempleo o la opresión de la mujer, que no pueden sin más ser sustituidos por la argumentación y que no deben tampoco verse simplemente como acciones estratégicas (como parece que habría que hacer desde la perspectiva habermasiana), sino también como un *diálogo incoado*.

La concordia discorde entraña, pues, una visión de la comunidad de comunicación, incompatible en cuanto tal con la absoluta discordia y la ausencia de diálogo. Pero el diálogo tampoco tiene en ella por misión la instauración de la concordia absoluta. Y, de hecho, le es tan imprescindible incorporar factores de discordia tales como la lucha de clases u otros géneros de conflictos cuanto excluir de su seno cualquier género de consenso que suponga la uniformización de los individuos y, en definitiva, la anulación de la individualidad (*ibidem*, p. 330).

Esta aspiración comunitaria es conciliable con el individualismo ético, si por tal se entiende

[...] la doctrina —plenamente kantiana— según la cual el individuo es la *fuerza* de toda moralidad y por tanto su árbitro supremo, que es lo que im-

34 Y añade aquí Muguerza: “[la concordia discorde] suministra también una adecuada denominación para eso que, cuando no usamos y abusamos en vano de su nombre, solemos entender por democracia” (*ibidem*).

pide que cualquier definición de lo que sean los intereses *comunes* a los miembros de una comunidad se pueda adelantar al efectivo acuerdo de éstos y la razón, también, por la que la concordia discorde ha de dejar la puerta siempre abierta al desacuerdo (*ibidem*).

Una exigencia fundamental de este individualismo ético es lo que Mugerza llama *el imperativo de la disidencia*:

Un individuo nunca podrá legítimamente imponer a una comunidad la adopción de un acuerdo que requiera de la decisión colectiva, pero se hallará legitimado para desobedecer cualquier acuerdo o decisión colectiva que atente —según el dictado de su conciencia— contra la condición humana. La concordia discorde, en consecuencia, no sólo habrá de hacer lugar al desacuerdo en el sentido de la falta de acuerdo o de consenso dentro de la comunidad, sino también al desacuerdo activo o disidencica del individuo frente a la comunidad. Pues si la humanidad representaba el límite superior de la ética comunicativa, el individuo representa su límite inferior y constituye, como aquélla, una frontera irrebachable (*ibidem*, 333; *cfr.* también Mugerza, 1989, pp. 43 y ss.).

Si se trasladan estas consideraciones a la obra de Alexy, lo primero que hay que decir es que la teoría de este último sí tiene en cuenta —quizás en mayor medida que la de Habermas— el fenómeno del disenso. Por ejemplo como antes vimos—, Alexy admite que dos soluciones contradictorias pueden ser ambas correctas y sin que ello implique la vulneración de la regla de que ningún hablante puede contradecirse (lo que no cabría es que *un mismo participante* en el discurso propusiera dos soluciones contradictorias) (*cfr.* Alexy, 1988b, pp. 68 y ss.). Por otro lado, y por razones obvias, el disenso —o, si se quiere, la ausencia de concordia— es menos *tolerable* en el derecho que en otras instituciones sociales y, en particular, que en la ética; en cierto modo, eso es lo que llevaba a Alexy a justificar discursivamente el derecho. Pero la rectificación, o el enriquecimiento, de la ética del discurso que supone la propuesta de Mugerza me parece que podría cumplir un papel importante para contrarrestar cierta tendencia al conservadurismo a la que es proclive —como luego se verá— la teoría de la argumentación de Alexy. Para decirlo brevemente, el *imperativo de la disidencia* —con todas las puntualizaciones y precisiones que se quiera— tendría que trasladarse también al campo de la argumentación jurídica. Una teoría de la argumentación no debe partir

sin más del postulado de que el derecho permite una respuesta correcta para cada caso (aunque no sea *una única*, como sostiene Alexy y MacCormick en oposición a Dworkin). Quizás haya supuestos en que, manteniéndose dentro del derecho, no puede llegarse a ninguna respuesta correcta, pero en los que, sin embargo, sigue habiendo necesidad de argumentar jurídicamente (*cfr.* Atienza, 1989a).

D. Sobre la fundamentación de las reglas del discurso

Una cuarta crítica que cabe dirigir a la teoría del discurso en cuanto tal, que formula Alexy, concierne al problema de la justificación de las reglas del discurso. Ya hemos visto que en su *Teoría de la argumentación jurídica*, Alexy (1978a), por un lado, distinguía cuatro modos de justificación (técnico, empírico, definicional y pragmático-universal), y, por otro lado, señalaba cómo habría que usar los mismos. Sin embargo, en un trabajo posterior (*cfr.* Aarnio-Alexy-Peczenik, 1981, pp. 266 y ss.), además de este *modelo de discurso acerca el discurso*, Alexy menciona otro posible modelo de justificación de las reglas del discurso: el *modelo de los principios*.

En el modelo de los principios, cabe distinguir tres niveles: el de las ideas, el de los principios y el de las reglas.

La idea general de racionalidad práctica se encuentra en el primer nivel. En el segundo, a esta idea muy vaga se le da una interpretación más precisa por medio de los principios de la racionalidad práctica. Finalmente, en el tercer nivel, los principios relativamente vagos y que frecuentemente entran en colisión entre sí se definen y se coordinan en un sistema de reglas (Aarnio-Alexy-Peczenik, 1981, p. 266).

La teoría del discurso práctico general —la idea de racionalidad— puede ser descrita íntegramente por medio de seis principios. Todas las reglas del discurso práctico general —las 22 reglas y 6 formas de argumento— pueden asignarse a uno o más- de los siguientes principios: el principio de *consistencia* o de no contradicción; el principio de *eficiencia*, que se refiere, por un lado, a la eficiencia de la comunicación que tiene lugar en el discurso y, por otro, a la eficiencia de las propuestas normativas efectuadas durante el discurso; el principio de *contrastabilidad* (*testa-*

bility); el principio de *coherencia*, según el cual la conexión entre los enunciados y las teorías debe ser tan comprehensiva y cohesiva —unitaria— como sea posible;³⁵ el principio de *generalizabilidad* y el principio de *sinceridad*.

Ahora bien, lo que no está muy claro es cómo haya que coordinar estos dos modelos. Alexy se muestra un tanto ambiguo a este respecto.³⁶ Por un lado (*cf.* Aarnio-Alexy-Peczenik, 1981, p. 266) afirma que el modelo de los principios cumple básicamente una función explicativa, y sólo en un sentido débil una función de justificación, mientras que en el caso del modelo de discurso de teoría del discurso (aunque Alexy no lo diga expresamente) la situación parecería ser la inversa. Pero si esto es así, entonces lo que no se ve es por qué considerar al primero como un modelo de *justificación* de las reglas del discurso; y, además —como vimos a propósito de MacCormick—, parece razonable pensar que los principios cumplen, en relación con las normas, tanto una función de explicación como una función de justificación, y que incluso ambos aspectos no pueden separarse del todo. Por otro lado, sin embargo, al analizar el principio de coherencia,³⁷ podría pensarse (aunque tampoco aquí lo diga expresamente) que ambos modelos —el de los principios, representado por la idea de coherencia, y el del discurso de teoría del discurso, por la de consenso— se refieren a una misma idea de justificación, pero vista, respectivamente, desde el lado pasivo (el derecho como sistema de normas) o desde el lado activo (el derecho como sistema de procedimientos).

35 Un desarrollo de esta noción de coherencia puede verse en Alexy-Peczenik (1990).

36 Aquí es interesante indicar que Alexy agradece expresamente a Peczenik por haberle sugerido esta idea del modelo de los principios (*cf.* Aarnio-Alexy-Peczenik, 1981, p. 266, nota 95).

37 *Cfr.* Alexy-Peczenik (1990). Las tesis que ahí sostienen, las resumen así: “La idea principal o el concepto de coherencia puede expresarse de la siguiente manera: Cuanto más se aproximen los enunciados pertenecientes a una determinada teoría a una perfecta estructura de apoyo, tanto más coherente es la teoría. El grado de *perfección* de una estructura de apoyo depende del grado en que se cumplan los siguientes criterios de coherencia: 1) el mayor número posible de enunciados apoyados pertenecientes a la teoría en cuestión; 2) la mayor longitud posible de las cadenas de razones pertenecientes a ella; 3) el mayor número posible de enunciados fuertemente apoyados pertenecientes a la teoría; 4) el mayor número posible de conexiones entre varias cadenas de apoyo pertenecientes a la teoría; 5) el mayor número posible de relaciones de preferencia entre varios principios pertenecientes a ella; 6) el mayor número y la mayor complejidad posible de las relaciones de apoyo recíprocas entre varios enunciados pertenecientes a la teoría; 7) el mayor número posible de enunciados universales pertenecientes a la teoría; el mayor número posible de conceptos generales pertenecientes a ella; el grado de generalidad más alto posible de los conceptos implementados en ella; el número más alto posible de semejanzas entre conceptos usados en ella; 8) el mayor número posible de interconexiones conceptuales entre varias teorías; 9) el mayor número posible de casos cubiertos por la teoría; y 10) el mayor número posible de ámbitos de la vida cubiertos por la teoría” (p. 130).

Estas limitaciones —concluyen Alexy y Peczenik— no destruyen la idea de un sistema coherente de enunciados. Sin embargo, muestran que hay otro nivel que es importante, esto es, el nivel procedimental, en el cual las personas y sus actos de razonamiento juegan el rol decisivo. La idea de justificación conecta entre sí a estos dos niveles. La justificación requiere dos cosas. En primer lugar, requiere la creación de un sistema de enunciados tan coherente como sea posible. Por ello, es verdadero, quizás analíticamente verdadero, que si un sistema de normas o valores es más coherente que cualquier otro sistema con el que entre en competencia,³⁸ entonces el consenso sobre aquél sería *prima facie* racional. En segundo lugar, la justificación requiere un procedimiento de argumentación tan racional como sea posible, que lleve a un consenso razonable. En una teoría del discurso racional se trata precisamente de este requisito (Alexy-Peczenik, 1990, pp. 145-6).

En definitiva, lo que no parece quedar claro es qué es lo que justifican cada uno de estos modelos.

Hay todavía otros dos aspectos en la exposición que Alexy efectúa de la fundamentación de las reglas del discurso que resultan ambiguos. Por un lado, no queda claro hasta qué punto las reglas del discurso racional tienen o no un carácter universal. Puesto que el discurso de teoría del discurso parte de las convicciones realmente existentes de los participantes, la existencia de diversas formas de vida parece llevar también a que quepa formular diversos sistemas de reglas. Dicho de otra manera, algunas de las reglas del discurso racional formuladas por Alexy serían contingentes, esto es, culturalmente dependientes, mientras que otras tendrían un valor universal (*cf.* Aarnio-Alexy-Peczenik, 1981, pp. 371-372). Pero, ¿cuáles serían contingentes y cuáles no? Supongamos que cabe aceptar —como Alexy lo hace— que las reglas de razón tienen un carácter universal. Pero, ¿qué pasa con las otras? Si fuera racional también dejar de seguir alguna de estas, entonces no es ya que pueda existir más de una respuesta correcta (esto es, más de una respuesta que se mantenga dentro de los límites marcados por las reglas del discurso), sino que podría ser correcta también una respuesta dada en infracción de alguna de estas reglas. Pero entonces, ¿sigue teniendo sentido sostener que las reglas del discurso suministran un criterio de corrección objetivo?³⁹

38 Según Günther, el principio de coherencia no se refiere a la verdad o corrección de una norma, sino al carácter apropiado de su aplicación a un caso. Por ello, los argumentos de coherencia son esenciales en la aplicación imparcial de una norma (*cf. infra*, apartado III, 2, A).

39 El resultado del discurso, según Alexy, no es ni sólo relativo ni sólo objetivo: “Es relativo en la medida en que se determina por medio de las características de los participantes; y objetivo en la

Por otro lado, para justificar el carácter universal de las reglas de razón, Alexy apela a la fundamentación pragmático-universal o pragmático-trascendental. Sin embargo, él considera también que el argumento pragmático trascendental sólo tiene éxito si se completa con una premisa empírica: la de que

[...] existe un número tan elevado de personas que tienen un interés en llevar a cabo el discurso no estratégicamente, que para aquéllos que quieren dirigirlo estratégicamente merece la pena actuar como si para ellos las reglas del discurso valieran también subjetivamente. Esto tendría como consecuencia que los participantes por razones estratégicas deberían orientar sus procedimientos de argumentación objetivamente hacia las reglas del discurso, para tener éxito y escapar a la crítica (Alexy, 1989, pp. 308-9).

Ahora bien, el problema aquí no es sólo el que puedan darse situaciones en que no exista un número suficiente de personas que tengan el interés mencionado (esto es, que falle la premisa empírica), sino que yo no veo que se pueda combinar de la forma que Alexy sugiere el modo pragmático-trascendental y el modo empírico de fundamentación. Si el argumento pragmático trascendental depende, en efecto, de una premisa empírica, entonces el fundamento no es ya pragmático-trascendental, sino empírico. La fundamentación pragmático-trascendental o bien es la fundamentación última, o no es fundamentación. Hablar de una fundamentación pragmático-trascendental débil, como hace Alexy (1989, p. 306), me parece tan inadecuado como hablar de razones *morales* débiles. Si se tiene una razón moral para efectuar X, entonces lo único que puede justificar no efectuar X es *otra razón moral* —pero no una razón de tipo distinto a la moral— que me lleve a preferir no-X.

2. Críticas a la teoría del discurso jurídico

La tesis central de la teoría de Alexy —como se ha dicho repetidamente— consiste en afirmar que la argumentación jurídica —el discurso jurídico— es un caso especial del discurso práctico general. A esta tesis se le puede dirigir tanto una crítica conceptual como una crítica que se centra en el alcance práctico de la teoría, o bien en su significado ideológico.

A. Aspectos conceptuales. Sobre la pretensión de corrección

Desde un punto de vista conceptual, el primer reproche que cabe dirigir a la tesis del caso especial es que la misma resulta ser ambigua y por partida doble. Una primera ambigüedad deriva de que el acento de la tesis puede ponerse en la circunstancia de que el discurso jurídico sea un *caso* del discurso práctico general, con lo cual, lo que se subraya es el carácter racional de la argumentación jurídica, su proximidad al discurso moral; o bien en el hecho de que se trata de un caso *especial*, con lo cual, lo que se resalta son los déficits de racionalidad del discurso jurídico (*cfr.* Neumann, 1986, pp. 90-91). El segundo tipo de ambigüedad consiste —como ya se indicó antes— en que no está muy claro qué es lo que Alexy entiende por argumentación jurídica o discurso jurídico: en sentido estricto, el discurso jurídico sería un procedimiento de establecimiento estatal del derecho y el proceso judicial; en sentido amplio, también se argumenta jurídicamente en el contexto de estos últimos procedimientos, aunque Alexy reconozca que en ellos no sólo es cuestión de argumentar, sino también de decidir. Y aquí, a propósito de lo que he llamado *discurso jurídico en sentido estricto*, y que Alexy llama *discurso jurídico en cuanto tal* (1989a, p. 312), surge de nuevo cierta ambigüedad. Por un lado, Alexy indica que este —el discurso jurídico en cuanto tal— es un tipo de procedimiento no institucionalizado (lo que para él significa recordarse que no está regulado por normas jurídicas que aseguren que se llega a un resultado definitivo y que sea, además, obligatorio), lo que hace pensar que con ello se está refiriendo básicamente a la argumentación de la dogmática jurídica. Pero, por otro lado, cuando Alexy contrapone el *discurso jurídico en cuanto tal* al discurso en el proceso judicial (*ibidem.*), incluye en este último apartado las argumentaciones que llevan a cabo *las partes* en el proceso, mientras que la argumentación que lleva a cabo el juez pertenecería al primer contexto (que —recuérdese— había caracterizado como *no institucionalizado*).

El primer tipo de ambigüedad le permite a Alexy sortear —poniendo el énfasis en uno u otro aspecto de su tesis— las diversas críticas que se pueden dirigir contra su teoría, pero, naturalmente, el precio que tiene que pagar por ello es que, al final, la misma queda un tanto desdibujada. Por lo que se refiere al segundo tipo de ambigüedad (o sea, al problema de qué es lo que hay que considerar como discurso jurídico), podría pensarse que la

misma no es en realidad muy relevante, pues Alexy sostiene que la pretensión de corrección (lo que esencialmente hace que el discurso jurídico sea un tipo de discurso práctico general) se da en todos los tipos de argumentación jurídica de que se ha hablado. Sin embargo, me parece que esto no es del todo así; la ambigüedad sí alcanza plenamente a la segunda parte de su tesis, pues la especificidad de la argumentación jurídica —los déficits de racionalidad que plantea— es algo que varía con cada tipo de argumentación, y esto es algo que no está suficientemente subrayado por Alexy.

Ahora bien —dejando a un lado estos problemas de ambigüedad y yendo a cuestiones más substantivas—, ¿es cierto realmente, como pretende Alexy, que en los diversos contextos de la argumentación jurídica se erige una *pretensión de corrección* (*einen Auspruch auf Richtigkeit*)? ¿Y qué significa realmente esta pretensión de corrección?

Según Alexy, tanto en relación con las normas y decisiones jurídicas tomadas individualmente, como en relación con el sistema jurídico en su conjunto, se plantea una pretensión de corrección, la cual constituye un elemento necesario, respectivamente, del concepto de norma jurídica, de decisión jurídica y de derecho (*cf.* Alexy, 1989b). Referido al caso de una decisión judicial, lo que quiere decir con ello es lo siguiente. Un juez que pronunciara el siguiente fallo: “En nombre del pueblo, se condena al señor N a diez años de pena de privación de libertad, lo cual es una interpretación equivocada del derecho vigente”, incurriría en una *contradicción performativa*, pues al efectuar el acto de dictar una sentencia, el juez plantea una pretensión (la de que su sentencia es correcta, esto es, que resulta de una aplicación correcta del derecho vigente) que contradice el contenido del fallo. Se trataría de un supuesto análogo al de quien afirmara: “El gato está sobre el felpudo, pero yo no lo creo”,⁴⁰ pues el acto de efectuar una afirmación forma parte la pretensión de lo que se afirma que es verdadero. Ahora bien, esta tesis de Alexy puede criticarse desde diversos puntos de vista.

En primer lugar, la existencia de una pretensión de corrección es, sin duda, más fácil de aceptar en ciertos ámbitos de la argumentación jurídica que en otros. Y donde más dudoso es que se dé dicha pretensión es en relación con la argumentación que llevan a cabo las partes en un proce-

40 A este último ejemplo, tomado de Hare, se refiere Alexy en diversas ocasiones. Véase, para este caso en concreto, Alexy (1989a, p. 314).

so.⁴¹ Aquí no es sólo que exista un reparto asimétrico de roles y limitaciones de carácter temporal y objetual (que significaría vulnerar las reglas de razón), sino que, además, lo que parece que motiva, en general, la conducta de las partes no es tanto que el juicio sea justo o correcto, sino que el resultado a que se llegue les resulte beneficioso; lo que les mueve a actuar no es la búsqueda cooperativa de la verdad, sino la satisfacción de sus intereses (*cf.* Neumann, 1986, pp. 84-85; Alexy, 1989a, p. 327). Alexy no niega del todo esto, pero considera que, a pesar de ello, las argumentaciones de las partes deben conceptualizarse como un caso especial del discurso práctico general, ya que aquí sigue planteándose una pretensión de corrección que se manifiesta en el hecho de que los participantes “al menos, hacen como que sus argumentos están contruidos de manera tal que, bajo condiciones ideales, podrían encontrar el acuerdo de todos (*ibidem*, p. 317). Ahora bien, por un lado, el que se plantee una pretensión de corrección en el sentido antes indicado por Alexy no parece que sea una condición para la existencia de un discurso, sino, más bien, una condición para llevar a cabo una acción estratégica exitosa: quien desea llevar a buen término una negociación pretende —al menos muchas veces así lo hace— que el resultado que trata de alcanzar no es solamente el que favorece sus intereses —o los intereses que defiende—, sino también que el resultado es justo o correcto. La *pretensión de corrección* no parece significar aquí más que “pretensión de seriedad”, esto es, que las partes —o sus representantes— plantean sus argumentos tomándose en serio las reglas del *juego* y su rol en el mismo; pero es difícil atribuir a esto algún significado moral. Además, si basta con ello para que pueda hablarse de discurso,⁴² entonces lo que ocurre es que se desvanece la diferencia entre discurso y acción estratégica (*cf.* Neumann, 1986, p. 85).

En segundo lugar, es posible pensar que la argumentación que lleva a cabo un juez y, sobre todo, un cultivador de la dogmática, está libre de los límites que hemos visto que afectan a las partes en un proceso. Pero hay al menos un tipo de limitación al que no pueden escapar: tanto la argumentación judicial como la argumentación dogmática tiene que darse

41 Habermas sostuvo en un momento que el proceso era un supuesto de acción estratégica, pero luego modificó su postura: “Robert Alexy [...] me han convencido de que las argumentaciones jurídicas, en todas sus acuñaciones institucionales, han de entenderse como un caso especial de discurso práctico” (Habermas, 1987, tomo 1, p. 60, nota 63).

42 Nótese que Alexy no exige que sea sincero al plantear la corrección, sino que “se haga como que...”.

dentro del marco que fija el derecho positivo (incluyendo aquí los precedentes judiciales). Se puede aceptar sin más que la existencia de normas jurídicas que califican como obligatorio un comportamiento discursivamente posible no sólo no contraviene la racionalidad práctica, sino que es una exigencia de la misma; pero el problema surge en relación con las normas jurídicas injustas, esto es, las que obligan o permitan llevar a cabo acciones discursivamente imposibles, o prohíben acciones discursivamente obligatorias. ¿Sigue siendo la argumentación jurídica un ejemplo de racionalidad discursiva cuando hay que aplicar una norma claramente irracional o injusta?⁴³ Alexy (1989a, pp. 315-317) piensa que incluso en esta circunstancia no se destruye la tesis del caso especial. Su argumento fundamental para ello es que en la pretensión de corrección que se plantea con las decisiones judiciales hay que distinguir dos aspectos. El primer aspecto se refiere a que la decisión se fundamenta correctamente *en el marco del orden jurídico válido*. El segundo aspecto, sin embargo, apunta a que el derecho válido sea racional o justo. “Una decisión judicial que aplica correctamente una ley irracional o injusta no satisface, por tanto, en todos sus aspectos, la pretensión de corrección planteada con ella” (*ibidem*, p. 316). Un fallo como: “Se condena al señor N, en base a una ley injusta, a diez años de privación de libertad”, no es una decisión perfecta jurídicamente, sino que padece de un defecto: en él se niega el segundo aspecto de la pretensión de corrección.

Ahora bien, lo que yo no veo es que con ello Alexy esté argumentando a favor de la tesis del caso especial. Él afirma que tampoco en este caso se rompe la conexión entre la racionalidad discursiva y el derecho, porque, aunque la racionalidad discursiva no pueda ya determinar el contenido de la decisión, “conforma la razón para su incorrección y la medida para su crítica” (*ibidem*, p. 317). Pero lo que no parece tener en cuenta es que afirmar que la argumentación jurídica *es* supuesto de argumentación práctica racional y sostener que la racionalidad discursiva ofrece un modelo desde el cual se puede valorar el derecho —o la argumentación jurídica— son dos cosas distintas. Si la tesis de Alexy se reduce a lo segundo, su contenido sería más bien trivial. Y si se interpreta en el primer

43 El problema, naturalmente, se plantea también en relación con la dogmática, puesto que una de sus funciones centrales es la de suministrar a los jueces criterios que estos han de usar en la práctica. La mayor *distancia* del dogmático no significa que él no haya de adoptar también una actitud *comprometida* en relación con las normas; el suyo sería también un *punto de vista interno* frente a las normas, aunque su grado de compromiso sea de menor intensidad que el del juez.

sentido (como Alexy parece, en general, hacer), entonces habría que decir que, al menos en este supuesto, es falsa. En el ejemplo de fallo antes transcrito, cabe decir que se da el primer aspecto de la pretensión de corrección, pero no el segundo. Y si el juez quisiera evitar ese *defecto* de su decisión y justificara su fallo, por ejemplo, en el siguiente sentido: “Dado que la ley aplicable al caso es injusta, no se condena al señor N a la pena ahí establecida”, entonces cumpliría con el segundo aspecto de la pretensión de corrección, pero no con el primero; su decisión sería ahora defectuosa, porque no está tomada en el marco del ordenamiento jurídico válido. En ninguna de las dos alternativas —y no parece que pueda plantearse una tercera— es posible satisfacer simultáneamente ambos aspectos de la pretensión de corrección. En definitiva, la tesis del caso especial sólo vale si se presupone la justicia del derecho positivo.⁴⁴

En tercer lugar, la estrategia que utiliza Alexy en la defensa de su tesis es, por lo menos, discutible. El parte de que en las decisiones jurídicas —por ejemplo, en las decisiones judiciales— se plantea una pretensión de corrección, y de ahí infiere que el *proceso* para llegar a ese *resultado* puede describirse en términos de discurso práctico racional (Tuori, 1989, pp. 138-139). Si se entra a considerar, sin embargo, no sólo el resultado, la decisión, sino también el procedimiento para llegar a ella, es fácil ver que en el mismo no se respetan muchas reglas del discurso: en la argumentación que llevan a cabo las partes puede faltar el requisito de la simetría, de la ausencia de coacción y de la sinceridad; y en el caso de la argumentación dogmática, lo más que podría decirse es que se trata de discursos advocatorios o simulados, pues en ellos el derecho de participación está limitado a los expertos o a los funcionarios, los cuales vendrían a actuar *en nombre de* o *como si* ellos fueran las partes reales (*ibidem*, pp. 139-141; también Tuori, 1988).

En cuarto lugar —y esta crítica tiene mucho que ver con las dos anteriores—, Alexy no distingue con claridad entre estos dos tipos de discurso posibles a propósito de normas: el discurso dirigido a justificar una norma y el discurso dirigido a aplicarla. En el primero se trata de justifi-

44 La caracterización que Alexy hace de la argumentación jurídica en relación con el discurso moral es análoga a la que presenta Carlos Nino a propósito de la institución democrática. Para Nino, la democracia es un *sucedáneo* del discurso moral, pues “se trata de una especie de discurso moral *regimentado* que preserva en más alto grado que cualquier otro sistema de decisiones los rasgos del discurso moral originario, pero apartándose de las exigencias que hacen que ese discurso sea un método inestable e inconcluyente para arribar a decisiones colectivas” (Nino, 1989, p. 388).

car que una norma es válida, lo cual exige un procedimiento en el que se tomen en consideración los intereses de todos los afectados; en el segundo se trata de mostrar el carácter apropiado (*die Angemessenheit*) de la aplicación, lo que exige un procedimiento en que se consideren todos los aspectos de la situación (*cf.* Günther, 1989a y, con mayores detalles, 1989b). Alexy reconstruye la lógica de la argumentación jurídica según el modelo del discurso de fundamentación (el primer tipo de discurso), y de ahí su tesis de que la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico racional. Sin embargo, las reglas y formas del discurso práctico general no se cumplen en la argumentación jurídica. La única regla —entiende Günther— que caracteriza el discurso de fundamentación es el principio de universalización de la ética discursiva (esto es, la consideración recíproca de los intereses de todos los afectados), pero esta regla no aparece —y no puede aparecer— en el discurso jurídico. La argumentación jurídica no sería un caso especial del discurso práctico general, sino un *aliud* (*cf.* Günther, 1989b, p. 187). Sería un caso especial (bajo condiciones de tiempo escaso y conocimiento incompleto) del discurso moral de aplicación, el cual no se caracteriza por la existencia de una pretensión de corrección (en el discurso de aplicación se presupone —no se establece— la corrección o validez de las normas), sino por la pretensión del carácter apropiado de la aplicación. Un enunciado normativo singular sólo puede pretender ser correcto si se apoya en una norma válida y si su aplicación es apropiada, esto es, tiene en cuenta de forma imparcial todas las circunstancias del caso (*cf.* Günther, 1989b, p. 190).

En quinto lugar, el modelo de racionalidad discursiva utilizado por Alexy no puede aceptarse como un modelo *general*, válido para todos los campos de la argumentación jurídica. Sólo cubriría lo que Habermas llama el derecho *como institución*, esto es, el derecho que regula las esferas de actividad del mundo de la vida, pero no el derecho *como medio*, esto es, las reglamentaciones jurídicas que organizan los subsistemas de la economía, del Estado o de la Administración pública (*cf.* Tuori, 1989, p. 134 y Habermas, 1987). O, si se quiere decir de otra manera, en la justificación de las decisiones jurídicas se utilizan no sólo razones de corrección, sino también razones finalistas.⁴⁵ Puede pensarse que las razones de

45 *Cfr.* Summers (1978) y *supra*, capítulo quinto, apartado II, 6. La distinción viene a coincidir también con la que efectúa Dworkin entre argumentos basados en principios y argumentos a partir de *policies* (*cf.*, por ejemplo, Dworkin, 1985, capítulos 18 y 19).

corrección están situadas en un nivel superior a las otras (esto es, las razones de corrección controlan las razones finalistas), pero, con todo, parece claro que en relación con las argumentaciones que se producen, por ejemplo, en el campo del derecho administrativo o del derecho económico, justificar una decisión significa a menudo no tanto —o no sólo— mostrar que es correcta (que es discursivamente racional), sino que permite alcanzar determinados fines. Es cierto que Alexy no descuida del todo este aspecto de la argumentación jurídica, pero la atención que le presta es seguramente insuficiente. No basta con reconocer que en las argumentación jurídica tienen lugar razonamientos consecuencialistas o teleológicos, sino que habría que mostrar también cómo se articulan estas dos dimensiones, esto es, cómo se relacionan entre sí las razones finalistas y las razones de corrección (*cfr.* Summers, 1983).

B. *El alcance de la teoría*

Esto último enlaza con otra perspectiva crítica que puede adoptarse en relación con la concepción de Alexy: la de la aplicabilidad o utilidad de su teoría. En el apartado II, 5 hemos visto cómo el propio Alexy estaba consciente de los límites de su planteamiento, que, en su opinión, consistían en que la concepción discursiva de la racionalidad no podía garantizar que para cada problema jurídico exista una única respuesta correcta; este límite, por otro lado, no afecta únicamente al discurso real, sino también al discurso ideal. Pero eso, según Alexy, no anula en absoluto la utilidad de la teoría. Veamos ahora hasta qué punto esto es así.

En primer lugar, una teoría de la argumentación jurídica que pretenda dar cuenta de los diversos procesos de razonamiento que tienen lugar en el derecho tendría que partir, probablemente, de un modelo más complejo que el considerado por Alexy. En concreto, es razonable pensar que tendría que permitir integrar la racionalidad discursiva con criterios de racionalidad estratégica (dirigidos a establecer compromisos entre intereses particulares) y de racionalidad instrumental (dirigidos a conectar medios y fines; por ejemplo, cómo lograr ciertos objetivos mediante el establecimiento —o aplicación— de las normas). Como ha escrito Tuori —en relación con el campo de la aplicación del derecho—:

La reconstrucción racional del procedimiento de aplicación del derecho —al igual que la reconstrucción racional de la dogmática jurídica— parece tam-

bién requerir como soporte una teoría general de los discursos prácticos o de la formación racional de la voluntad colectiva, y no meramente una teoría de los discursos práctico-morales tal como el que ha proporcionado la teoría de la ética discursiva (Tuori, 1989, p. 141).

Por otra parte, una teoría verdaderamente general de la argumentación jurídica tendría que delimitar con más precisión que lo que lo hace Alexy los diversos contextos de la argumentación jurídica, entrando en detalles sobre las especificidades de cada uno de ellos y sobre sus relaciones mutuas. En particular, sería importante desarrollar una lógica de la argumentación que se lleva a cabo en el establecimiento de las normas jurídicas, que es algo que en la obra de Alexy apenas se insinúa.

En segundo lugar, si se compara el concepto de racionalidad práctica de Alexy con el de MacCormick, quizás haya que llegar a la conclusión de que el progreso que en principio parecía suponer la asunción de una concepción más amplia de la racionalidad y el paso de una concepción monológica (representada por la idea del espectador imparcial) a otra dialógica (caracterizada por la noción de comunidad ideal de diálogo) es más aparente que real. La razón práctica de Alexy no llega en realidad más allá de donde dejaba las cosas MacCormick, pues —como se ha visto— Alexy, por un lado, reconoce que en el proceso de establecimiento y de aplicación del derecho (y la argumentación dogmática está dirigida, en última instancia, a alguno de estos dos confines del ordenamiento jurídico) se trata no solamente de argumentar racionalmente, sino también de decidir; al igual que para MacCormick, para Alexy la racionalidad práctica es una virtud limitada. Y, por otro lado, Alexy reconoce que el procedimiento discursivo no puede realizarse normalmente en la práctica, sino que se lleva a cabo hipotéticamente, en la mente de una persona. Ahora bien, si esto es así, la ventaja que en principio supondría la comunidad ideal de diálogo frente al espectador imparcial puede desaparecer; no hay mayor diferencia entre apelar —como criterio último de la racionalidad jurídica— a una u otra instancia. Probablemente sea esto lo que explique que Alexy, en forma semejante a MacCormick, sitúe su concepción de la argumentación jurídica en un lugar intermedio entre el decisionismo o irracionalismo, por un lado, y el absolutismo o cognoscitivismo, por el otro (*cf.* Alexy, 1982, p. 30).

En tercer lugar, el criterio que ofrece Alexy para medir la racionalidad o justificabilidad de las decisiones jurídicas es, por un lado, demasiado

lato y, por otro lado, demasiado estrecho. En efecto, las reglas del discurso jurídico que elabora no pueden servir como criterio para los casos difíciles, pues dado el carácter más bien formal y flexible de las mismas, lo que normalmente ocurrirá es que las diversas soluciones en presencia (por ejemplo, las opiniones sostenidas por la mayoría y la minoría de un tribunal en un caso controvertido) se mantendrán dentro de lo discursivamente posible. De la misma forma que MacCormick —para resolver un problema análogo— acudía a la argumentación consecuencialista (que —recuérdese— tenía que operar dentro de los límites marcados por los principios de universalidad, consistencia y coherencia), Alexy tendría que haber desarrollado algo así como una teoría de la razonabilidad que suministrara algún criterio para elegir, de entre las diversas soluciones racionales, la más razonable. Pero los criterios de racionalidad práctica de Alexy son, al mismo tiempo, demasiado estrictos. Por un lado, ya hemos visto que la regla fundamental del discurso práctico general (la consideración recíproca de los intereses de todos los afectados) no parece regir en el discurso jurídico de aplicación de las normas. Además, la exigencia de sinceridad [formulada en la regla (1.2)] no puede respetarse cuando se argumenta utilizando ficciones, lo que no parece ser siempre una forma condenable de argumentación en el derecho (*cf.* Atienza, 1989a). Y otras reglas, como la de la obligación de citar los precedentes (J.13) o de usar los argumentos dogmáticos (J.12), no parecen regir en ordenamientos jurídicos —por ejemplo, en el español— en que la doctrina de los autores y la jurisprudencia de los tribunales no forman parte de las fuentes obligatorias del sistema.

En cuarto lugar, la teoría de la argumentación jurídica de Alexy no aporta demasiado en el plano analítico (esto es, no contribuye significativamente al análisis de la estructura del razonamiento jurídico) ni en el empírico (no puede considerarse que lleve a una descripción adecuada de la argumentación jurídica tal y como, de hecho, tienen lugar). Su objetivo fundamental no parece ser el análisis o la descripción de la justificación de las decisiones jurídicas, sino la justificación de tales procesos de justificación.

Si interpretamos —pero ya hemos visto que ésta no es la interpretación de Alexy— que la teoría no es ni descriptiva ni analítica, sino prescriptiva, entonces quizás se pueda comprender mejor —y aceptar— la tesis de que existe una conexión necesaria entre el discurso jurídico y el discurso práctico general. Una decisión jurídica, o una norma jurídica, sólo puede considerarse racional si se puede justificar desde una instancia —metaju-

rídica— caracterizada por el cumplimiento de las reglas del discurso. Ello quiere decir, por ejemplo, que un participante en el proceso de la argumentación jurídica —un juez o un jurado— podría incumplir alguna de las reglas del discurso (por ejemplo, el principio de sinceridad: engaña a los otros miembros del tribunal o del jurado; deja de utilizar —o evita que se utilicen— argumentos que piensa podrían hacer que los otros participantes en la discusión se decantasen hacia una solución que no es la que a él le parece justa), pero esa regla tendría que seguir vigente en el nivel metajurídico, desde el que se produce la evaluación de la argumentación (aquí, la mentira tiene que poder justificarse declarándola como tal, esto es, sin mentir). Y si se ven así las cosas, entonces el discurso jurídico no sería un caso especial del discurso práctico general, sino que este sería simplemente la instancia desde la que puede —y debe— evaluarse aquél.

C. *Crítica ideológica*

Sin embargo (y ello sería el tercer motivo general de crítica a la tesis de Alexy), este no ha mantenido siempre con claridad la distinción entre el plano de la descripción y el de la prescripción. Tuori ha escrito acertadamente que

El principio de legitimación formulado en términos de una teoría del discurso reconstructiva no debe entenderse como una descripción de la práctica presente de la adjudicación. De otra manera, existe el peligro de que este principio se transforme en una ideología de legitimación. En orden a evitar este peligro, tenemos que enfatizar el carácter normativo-crítico del principio de legitimación, en lugar de su uso descriptivo (Tourí, 1989, p. 142).

Pero en la obra de Alexy hay por lo menos indicios de que no ha sorteado del todo este peligro y de que su teoría de la argumentación cumple, entre otras, una función ideológica consistente en justificar —de manera acrítica— un determinado modelo de derecho: el del Estado democrático y constitucional. Señalaré ahora cuáles son esos indicios.

En primer lugar, conviene recordar que el objetivo central que se traza Alexy es el de formular un código de la razón jurídica que se sitúe en el interior del código de la razón práctica general (*cf.* Alexy, 1988c). Ahora bien, mientras que en la parte de su teoría destinada a exponer las reglas

del discurso práctico general la perspectiva de Alexy es inequívocamente normativa, cuando pasa al discurso jurídico se vuelve esencialmente descriptiva: las reglas de la razón jurídica propuestas por Alexy no son otra cosa que las reglas tradicionales del método jurídico (*cfr.* Gianformaggio, 1984, pp. 495-496). Tanto es así, que Tugendhat ha podido escribir que, de acuerdo con Alexy, parecería como que el nuestro fuese “el mejor de todos los mundos jurídicos imaginables” (Tugendhat, 1980, p. 4).

En segundo lugar (y esto va muy unido a la anterior consideración), en ocasiones da la impresión de que Alexy idealiza algunas de las instituciones centrales del derecho moderno. Esta actitud es especialmente manifiesta en relación con la dogmática jurídica, que él tiende a presentar más que como una instancia que opera dentro de los límites del derecho positivo, como la que marca los límites a éste. Y también en relación con el proceso. Como ha escrito —a propósito de esta última cuestión— Gianformaggio: “Mediante la vinculación que Alexy opera entre *proceso* y *discurso*, no es ya que el discurso pierde los requisitos fijados por el autor precedentemente,⁴⁶ sino que el proceso asume connotaciones positivas que en el uso corriente no comporta” (Gianformaggio, 1984, p. 503).

En tercer lugar —y como hemos visto que ocurría también con MacCormick—, Alexy elude más bien plantearse la cuestión de qué significa argumentar jurídicamente a partir de normas que se consideran injustas. Al igual que MacCormick, él parte de la distinción entre casos fáciles y casos difíciles y acepta que, en relación con estos últimos, no existe una *única* respuesta correcta. Pero lo que no parece tomar en consideración —como antes anticipé— es la posible existencia de casos —a los que quizás se podría llamar casos *trágicos* (*cfr.* Atienza, 1989a)— en los que no existe *ninguna* respuesta correcta, esto es, casos jurídicos que no pueden decidirse si no es vulnerando el ordenamiento jurídico.

Finalmente, la tesis de Alexy de que existe una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral se presta también a una utilización ideológica en el siguiente sentido. Según Alexy (1989b y 1990), esta conexión tiene un carácter *definicional* en relación con el sistema jurídico tomado como un todo, lo que quiere decir que un orden social *sin sentido* (su único propósito es asegurar la explotación de los gobernantes —*rulers*—) no sería un orden *jurídico*; se trataría, sin embargo, de un sistema jurídico —por muy injusto que fuera— si quienes establecen las normas

46 Gianformaggio se refiere a la crítica que Rottleuthner (1979) dirige a Alexy.

—los gobernantes— plantean una pretensión de corrección no sólo frente a su grupo —como ocurriría en el caso de una banda de ladrones—, sino frente a todos. Y tiene un carácter *cualificador* (*a qualifying character*) en relación con las normas jurídicas y con las decisiones jurídicas tomadas individualmente, lo que quiere decir que una norma o una decisión que no cumpla ciertos criterios morales (por ejemplo —como antes hemos visto— una decisión que aplica una norma irracional o injusta) es una norma o jurídica, pero que padece un defecto jurídico; o sea, no es jurídicamente perfecta. Ahora bien, vincular a la noción de pretensión de corrección —tal y como la entiende Alexy— un significado moral no me parece que cumpla ninguna función de clarificación conceptual, pero sí lleva a atribuir a lo jurídico —por lo menos en principio— un sentido encomiástico en forma, me parece, un tanto arbitraria.⁴⁷ Por un lado, en relación con el sistema jurídico en su conjunto, este podría estar dotado de pretensión de corrección pero —como hemos visto— ser considerablemente injusto. Y una norma o una decisión jurídica podría no satisfacer del todo la pretensión de corrección, sin dejar por ello de ser jurídica. Pero entonces, ¿de qué vale decir que existe una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral? ¿No suena a paradójico el que existiendo una conexión conceptualmente necesaria pueda, sin embargo, hablarse de derecho injusto, de norma jurídica injusta o de decisión jurídica injusta? ¿No sería preferible partir de una noción más fuerte de la moral —que incluso podría basarse en una ética discursiva— que, desde luego, no permitiría explicar satisfactoriamente —pero tampoco justificar sin más— el derecho positivo, sino tan sólo juzgarlo como más o menos valioso según su grado de aproximación a la moral?

47 Algo parecido podría decirse de la concepción de Peczenik (1990). En mi opinión, es bastante sintomático el hecho de que todo esto se parezca bastante no solo a la respetable —pero no se si muy interesante— teoría de la *moralidad interna* del derecho de Fuller (1964, *cf.* Siltala, 1990), sino también —al menos para mí— poco estimulante definición que del derecho daba Legaz en la época franquista, al caracterizarlo como “un punto de vista sobre la justicia” (Legaz 1961, p. 292).